

APOLOGÍA, ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO Y PRINCIPIOS PENALES

ALBERTO ALONSO RIMO

Profesor titular de Derecho Penal
Universitat de València

Resumen: En este trabajo se realiza un análisis crítico de la interpretación que generalmente se viene haciendo de la apología regulada en el art. 18 CP, y asimismo, y en íntima conexión con lo anterior, del delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP. Para ello se tienen en cuenta las diversas posiciones doctrinales existentes sobre la materia, así como la reciente doctrina interpretativa mantenida por el Tribunal Constitucional a este respecto, y se presta particular atención a la flexible aplicación del tipo de apología del terrorismo del art. 578 que en los últimos tiempos está llevando a cabo la jurisprudencia ordinaria, mostrándose las peligrosas consecuencias a las que tales tesis hermenéuticas conducen en relación con algunos principios penales esenciales y con el derecho fundamental a la libertad de expresión. A la vista de lo anterior, se formula aquí una propuesta de reinterpretación de la regulación de la apología del art. 18 y, sobre esta base, se defiende una concepción restrictiva del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, de tal manera que resulte compatible con los presupuestos garantistas de nuestro marco político-constitucional, examinándose igualmente desde esta perspectiva las nuevas previsiones sobre la cuestión contenidas en el Proyecto de reforma penal de 2009.

Palabras clave: Apología; provocación; enaltecimiento o justificación del terrorismo; libertad de expresión; principios penales; delitos de clima.

Abstract: This paper analyzes, from a critical point of view, the criteria which are generally used in order to interpret the regulation of

the apologia stated in section 18 of the Criminal Code and also the «glorification of terrorism» crime (section 578 Criminal Code). For this purpose, it takes into account the approaches of the different authors and the recent decisions of the Spanish Constitutional Court on this matter, and it also pays particular attention to the flexible application that the ordinary Courts make of this criminal offence, showing how such hermeneutic thesis lead to dangerous consequences in relation to some basic principles of Criminal Law and to the fundamental right of freedom of speech. According to all that, the paper offers a proposal of reinterpretation of section 18 CP which leads to a restrictive conception of the «glorification of terrorism» crime (section 578 Criminal Code) so that the punishment of this conduct becomes compatible with our political-constitutional framework. The last part of the research examines also from this perspective the new regulation provided in the Draft Criminal Code 2009.

Key words: Apologia; incitement; glorification or justification of terrorism; freedom of speech; Criminal Law principles; «atmosphere crimes».

I. Planteamiento

«Un fantasma recorre el Derecho penal de la democracia». Con esta expresiva afirmación ha subrayado el profesor VIVES ANTÓN la presencia constante que la figura de la apología ha tenido en nuestra legislación penal durante el período democrático que sucedió a la dictadura franquista¹. Por lo que se refiere en particular al Código penal de 1995², éste introdujo en su parte general, como es sabido, un concepto de apología de vocación restrictiva. Tal regulación legal, contenida en el art. 18.1 CP, si bien todavía hoy suscita dudas acerca de su verdadero alcance, lo cierto es que según interpretación claramente mayoritaria se estima que concede vigencia a las manifestaciones apologéticas en relación con la generalidad de los delitos en los

¹ «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico», *Lustada*, Serie II, n.º 4-5, 2007, pp. 172 y ss. (puede verse asimismo este trabajo en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXV, 2005, pp. 399 y ss.).

² Sobre la relevancia de la apología en la etapa democrática previa a la vigencia del actual Texto punitivo y también durante el período codificador español, vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 58, 1996, pp. 70 y ss., y BELLOCH JULBE, J. A., «Contemplación jurisprudencial sobre el binomio libertad de información terrorismo: la apología del terrorismo», *Estudios jurídicos en honor de J. Gabaldón López*, Madrid, 1990, pp. 17 y ss.

que los actos preparatorios resultan punibles y ello aun cuando tal eficacia se entienda sometida a los requisitos de la provocación («directa»). El legislador de 1995 mantuvo además, en el actual art. 607.2 CP, el castigo de la difusión de ideas o doctrinas favorecedoras del genocidio, ampliando en principio el margen de tipicidad de estas conductas frente a su versión inmediatamente anterior, que se debía a la LO 4/1995 de 11 de mayo, por cuanto en ésta, a diferencia de lo que ahora sucede, se restringía de forma explícita su sanción a los supuestos en que por su naturaleza y circunstancias pudieran constituir «una incitación directa a cometer delito».

Poco tiempo después de la aprobación del llamado Código penal de la democracia, SILVA SÁNCHEZ se preguntaba si realmente se estaba dispuesto a asumir la configuración restrictiva de la apología que podía comportar la nueva regulación del art. 18 en terrenos delictivos como el del terrorismo³. La respuesta no tardaría mucho en llegar en forma de modificación legal: la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre da un nuevo contenido al art. 578 CP, que pasa a penalizar con prisión de 1 a 2 años, y junto a otras conductas, el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución.

A partir de lo anterior, puede decirse que mantiene todo su sentido y vigencia la tradicional polémica en torno a la tipificación penal de la apología y a la tensión que ésta origina con principios penales esenciales y con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la discrepancia ideológica. Por lo que respecta en concreto a la apología del terrorismo confluyen además recientemente al menos dos motivos que, según creo, confieren al tema especial relevancia. De un lado, y sobre todo, la —relativa— frecuencia con que están cayendo en los últimos tiempos pronunciamientos jurisprudenciales sobre el art. 578 CP; algo que contrasta de forma llamativa con el escaso reflejo que los delitos de naturaleza apologética han obtenido tradicionalmente en nuestra práctica forense⁴. En este con-

³ *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 156.

⁴ Vid. en este sentido, BELLOCH JULBE, aludiendo a la «extraordinaria parquedad, cuantitativa y cualitativa, del esfuerzo jurisprudencial» que la normativa sobre apología ha generado, y destacando que hasta la aprobación de la CE de 1978 sólo se conocen siete sentencias del TS sobre dicha infracción (cinco de las cuales absuelven y las otras dos condenan por una falta de apología), todo lo cual le lleva a concluir lo siguiente: «ciento cuarenta años de historia, una veintena de textos legales, una docena escasa de sentencias del TS referidas al delito de «apología», de las que sólo una de ellas se refiere a un supuesto de «apología del terrorismo», y dos sentencias del TC (...)».

texto, irrumpe a finales de 2007 la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007 de 7 de noviembre, declarando inconstitucional el art. 607.2 CP en cuanto al comportamiento de negación del genocidio y estableciendo una serie de criterios hermenéuticos en lo que atañe a la difusión de ideas o doctrinas justificadoras de dicho delito. Ésta es la segunda razón que, según decía, concede interés a la materia, pues es manifiesto el paralelismo de la apología específica del art. 578 con el art. 607.2 y en concreto con la conducta de justificación del genocidio, en relación con la cual el citado pronunciamiento ya se ha dicho que adquiere carácter interpretativo. El propio Tribunal Constitucional, por lo demás, ha tenido ya ocasión de aplicar la doctrina de dicha sentencia al tipo delictivo que aquí es objeto de estudio en su Auto 4/2008 de 9 de enero, a través del cual inadmitió la demanda de amparo presentada por De Juana Chaos contra la STS de 26 de febrero de 2007 en la que se le condenaba por un delito de enaltecimiento del terrorismo y otro de amenazas del art. 170.1 CP.

En las siguientes páginas se pretende reflexionar sobre el ámbito de aplicación que se le debe otorgar al delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo a la luz de los principios y garantías penales. El debate sobre este punto, quizás es obvio decirlo pero conviene no perderlo de vista, refleja con especial intensidad —por la gravedad y especiales características de los delitos terroristas, de un lado, y por la importancia de los derechos fundamentales en juego, de otro— el eterno problema sobre la verdadera vigencia de los límites del Estado de Derecho en la lucha contra el delito.

Balance pobre, ciertamente» («Contemplación...», cit., pp. 17, 27 y ss. y 36). Vid. asimismo, poniendo de manifiesto dicha circunstancia, DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología...», cit., p. 86 o SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, V. 2, ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 900 y 901. El contraste indicado en el texto resulta todavía más patente si se atiende, además de al número de sentencias dictadas en aplicación del tipo de enaltecimiento del art. 578 a lo largo de sus diez años de vigencia (cfr. *infra*: epígrafe III.1.1), también al de medidas cautelares que se adoptan sobre la base de prevenir eventuales delitos de apología del terrorismo y a partir de la constatación de indicios de futura comisión de los mismos. Vid. sobre esto último, el interesante trabajo de MARTÍNEZ GARAY, L./MIRA BENAVENT, J., *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Valencia, Tirant lo blanch, en prensa.

II. La apología del terrorismo y la regulación general de la apología del art. 18 CP

La delimitación del marco de trascendencia del delito de exaltación del terrorismo del art. 578 viene necesariamente condicionada por el significado que se dé a la regulación general de la apología que establece el art. 18 CP. Y ello, en contra de lo que quizás a primera vista pudiera parecer, no porque sea posible interpretar ambos preceptos de forma integradora sino más bien al contrario. Pues si bien, por una parte, es evidente el solapamiento —incuestionable al menos en lo que se refiere a la conducta de enaltecimiento— entre la definición de apología de dicho precepto y el primero de los tipos contenidos en el art. 578, no lo es menos que el art. 579.1 castiga la provocación para cometer delitos de terrorismo con una pena distinta (la inferior en uno o dos grados a la del concreto delito provocado), y que normalmente será bastante mayor, a la que prevé el art. 578. Lo dicho obliga a concluir que en estos dos últimos preceptos, en lo que aquí ahora interesa, no se castiga lo mismo; de tal modo que si en el primero de ellos fuera posible dar cabida, a través del art. 18, al castigo de la apología como acto preparatorio punible —y, en concreto, como modalidad de provocación— la apología específica del art. 578 tendría entonces que albergar un contenido de injusto diverso (o al menos menor)⁵.

Conviene, por eso, antes que cualquier otra cosa, y bien entendido que el art. 18 en relación con el 579.1 viene a acotar negativamente la esfera de tipicidad del delito de enaltecimiento del terrorismo, determinar con precisión qué margen de relevancia cabe dispensar, a la vista del art. 18, a la apología como acto preparatorio genérico.

Tal cuestión, como ya se ha adelantado, se resuelve de forma claramente dominante en la doctrina en el sentido de considerar que la apología resulta punible con carácter general —es decir, en relación con todos aquellos delitos en los que lo son la proposición, la conspiración y la provocación— siempre que la específica manifestación apologética reúna los requisitos del art. 18.1 para el castigo de la provocación; lo cual se concreta fundamentalmente, y al margen ahora de los diversos matices o grados de exigencia (provocadora) según los autores, en la necesidad de que aquélla revista carácter incitador⁶. En

⁵ Similares consideraciones cabe hacer respecto del art. 607.2 CP. Cfr. sobre ello, *infra*: nota 41.

⁶ Vid., entre otros, ASÚA BATARRITA, A., «Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (comentario a la sentencia de 29 de noviembre de 1998 de la Sala Penal del Tribunal Supremo)», en

esta línea señala, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES⁷ que con la definición de apología contenida en el citado precepto la Ley extiende el concepto de provocación a los supuestos de «alabanza del delito o del delincuente realizada en circunstancias en que pueda resultar fecunda y generar deseos de emular a los ensalzados»⁸. Y una concepción si-

Diario La Ley, 1998, Ref. D-158, edición electrónica, epígrafe II; BENLLOCH PETIT, G., «El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad», en *ADPCP*, V. LIV, 2001, p. 202; BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre, de modificación del Código penal en materia de terrorismo», en *Diario La Ley*, 2001, Ref. D-145, edición electrónica, epígrafe II; CAMPO MORENO, J. C., «El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores», *Diario La Ley*, 2001, edición electrónica, en torno a nota 9; GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código penal, Parte especial*, T. II, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 2626 y 2627; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 4, 2001, pp. 49 y 50; LAMARCA PÉREZ, C., «Apología: un residuo de incriminación de la disidencia», *La Ley penal*, n.º 28, año III, junio 2006, edición electrónica, nota 1; LANDA GOROSTIZA, J., «La llamada «mentira de Auschwitz» (art. 607.2º CP) y el «delito de provocación» (art. 510 CP) a la luz del «caso Varela»: una oportunidad perdida para la «cuestión de inconstitucionalidad» (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», *Actualidad Penal*, 1999, p. 697; LLOBET, M., «¿El fin justifica los medios?», en *ADPCP*, V. LX, 2007, p. 527; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología del terrorismo», en OCTAVIO DE TOLEDO, E./GURDIÉL SIERRA, M./CORTÉS BECHIARELLI, E. (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 554 y ss.; ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho penal, Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 213; RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607.2 del Código penal)», *Revista penal*, n.º 23, enero 2009, pp. 121 y 136; REBOLLO VARGAS, R., «La apología y el presagio de «un futuro inmediato de gran sufrimiento»», *Jueces para la Democracia*, n.º 28, marzo 1997, pp. 37 y 38; del mismo, *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp. 129 y 130; RUIZ LANDÁBURU, M.J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Cóllex, 2002, pp. 33 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «La tipificación...», cit., pp. 895 y ss., especialmente pp. 906 y ss.

⁷ *Parte General del Derecho penal*, con la colaboración de F. Morales Prats, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2009, p. 593.

⁸ En sentido parecido, MIR PUIG, para quien «(s)i el enaltecimiento implica provocación a un determinado delito de terrorismo» será punible por la vía del art. 579 en relación con el art. 18 y no en aplicación del art. 578 (*Derecho penal, Parte general*, 8.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, pp. 342 y 346). Cfr. también VIVES ANTÓN («Sistema democrático...», cit., pp. 176 y ss.), que aun cuando afirma que el Código penal de 1995 priva de sustantividad a la apología a efectos punitivos (VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, V. I, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 107), para subrayar así, según creo, que a aquella le son exigibles los requisitos típicos de la provocación, concluye que el art. 18 castiga la apología cuando tenga efectos de provocación y atribuye a tal precepto la función declarativa a la que se refiere SILVA SÁNCHEZ (*El nuevo Código penal...*, cit., p. 155) y que en palabras de este último autor se cifra en transmitir que «también se puede provocar a la comisión de delitos me-

diante el enaltecimiento del delincuente o el ensalzamiento del delito» (vid. también VIVES ANTÓN, T. S./CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 730). Por su parte, CUERDA ARNAU señala que 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 (...) o de sus autores, y no de manera explícita», si bien a continuación admite que el art. 18 sanciona la apología en tanto que incitación «que se singulariza por verificarse mediante el ensalzamiento del crimen o el enaltecimiento de su autor», lo que «no quita el que deba ser clara y de idéntica eficacia instigadora a la requerida por la provocación» («Terrorismo y libertades políticas», en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, junio 3/2008, Tirant lo blanch, pp. 77 y 78, vid. también, de la misma autora, «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas. Estudios de Derecho Judicial*, 128, CGPJ, pp. 97 y 98). En una línea semejante apunta la posición de BARQUÍN SANZ y OLMEDO CARDENETE, quienes consideran punibles a través del art. 18 las apologías que contengan un mensaje de incitación «directa» o «inequívoca» a la comisión del delito (en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, T. I, Edersa, pp. 916 y ss., y p. 941). Tales autores censuran la configuración de este precepto sobre la base del carácter superfluo de su regulación de la apología por cuanto en los términos en que queda delimitada, dentro de los estrictos márgenes de la provocación directa, ya resultaría abarcada por esta última. Así las cosas, cuando hablan de que el castigo de la apología es «un espejismo», «puro humo», o de su «desregulación enmascarada» en el Código penal de 1995 (*ibidem*, pp. 925 y ss., y pp. 950 y 951), y al contrario de lo que quizás en una primera aproximación pudiera parecer, no están afirmando, con arreglo a lo dicho, que se excluya vía art. 18 el castigo penal de cualquier clase de elogio público del delito o del delincuente, sino únicamente el de los casos en que aquél esté desprovisto de eficacia instigadora o ésta sea a lo sumo «lejana» o «dudosa». De esta forma, se está manejando una noción de apología restringida a estos últimos supuestos —que son los que entienden que quedan fuera del art. 18 a la vez que con ello se despenaliza la apología—, y que se aparta entonces de la concepción de apología que se ha mantenido mayoritariamente en la doctrina, en la que se erige como elemento nuclear su carácter incitador (vid. por todos, DEL ROSAL BLASCO, B., *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Edersa, Madrid, 1986, pp. 187 y ss., así como lo apuntado a este respecto *infra*: nota 35); a lo que se puede añadir que en todo caso, incluso si no se considera como imprescindible tal requisito instigador, el hecho de que el mismo concurra y de que se trate por tanto de una defensa del delito o del delincuente con naturaleza provocadora, no ha impedido tradicionalmente la calificación de tales comportamientos como apologéticos (cfr. a este respecto, la STC 199/1987 de 16 de diciembre, indicando que la apología no puede «entenderse en todos los casos como inductora o provocadora» (fundamento jurídico cuarto), sin que parezca, pues, que cuando sí lo sea pierda por ello la consideración de apología; o la delimitación conceptual que establece RODRÍGUEZ MOURULLO entre ambas figuras, partiendo del carácter incitador de la apología y precisando a continuación, sobre la base de que consiste en un discurso en defensa o alabanza de personas o cosas, que se diferencia de la provocación por cuanto ésta última «no presupone en absoluto la estructura discursiva propia de la apología» («Las fases de ejecución del delito», en *El Proyecto de Código penal. Revista Jurídica de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1980, pp. 9 y 10), lo que justificaría que el concepto de provocación no absorbiera, o que al menos esto no fuera así de forma tan evidente, las apologías incitadoras). Cfr. en sentido similar a los autores más arriba citados, incurriendo asimismo en cierta ambigüedad terminológica, al afirmar que el art. 18 establece el criterio general de impunidad de

milar es posible apreciar de modo claro en sentencias como la del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997 o la de Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 27 de julio de 1998⁹.

Frente a lo anterior es posible defender, a mi juicio de forma más adecuada, que el art. 18.1 CP establece el criterio general de intrascendencia de la apología, incluidos también los casos en que ésta, entendida como elogio del delito o de sus autores, pueda tener efectos incitadores¹⁰.

la apología «como tal» (en referencia a la apología no provocadora), CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general, III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 183), GIL GIL, A., *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 325 y ss., y p. 343, nota 81; o también, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid, 2010, p. 271, nota 792.

⁹ El TC, por su parte, y aunque de forma algo confusa, parece alinearse asimismo en esta dirección en su sentencia 235/2007 de 7 de noviembre (vid. sobre el particular, *infra*: epígrafe III.1.2.1).

¹⁰ Pueden emparentarse con esta concepción, según creo, las consideraciones de algunos autores, aun cuando en ellas no siempre se asuma, o al menos no de forma tan tajante, la consecuencia que extraigo en el texto de negar cualquier relevancia penal a la llamada a delinquir realizada a través de la defensa del delito o de su autor. Vid., así, DEL ROSAL BLASCO, quien partiendo de la diferenciación conceptual entre provocación y apología basada en el carácter de incitación *indirecta* de esta última frente al de incitación *directa* de la primera, considera que el legislador en el inciso segundo del párrafo segundo del art. 18.1, al establecer que sólo será delictiva cuando constituya una incitación directa, viene a «corregir su propio concepto de apología» y lo deja vacío de contenido aplicativo y desprovisto de función punitiva alguna, de tal forma que ni *modifica ni amplía* el concepto de provocación («La apología...», cit., pp. 87 y 88). Cfr., no obstante, refiriéndose a los requisitos que debe reunir la apología para ser sancionada como acto preparatorio genérico a través del art. 18, y en particular interpretando el requisito legal de que aquélla constituya una incitación directa como exigencia de ánimo incitador (*ibidem*, pp. 85 y ss.). Vid. asimismo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: «El carácter superfluo de la definición de la apología (...) no se salva aludiendo a que se ha tratado de declarar que la apología, tal y como la define el CP, es un acto preparatorio del delito, que, de otra manera, quedaría impune por no encajar en la propia definición de provocación. Ello sería así si el CP hubiera equiparado la apología a la provocación, pero sin exigir que la primera constituya una forma de la segunda, es decir, sin exigir que, para que la apología sea punible revista los caracteres de la provocación. Sin embargo, el CP somete a la apología al régimen de la provocación, exigiendo que la misma sea una verdadera provocación, con todos los caracteres de ésta». Con todo, previamente señala dicho autor, lo que viene a contradecir en cierto modo lo anterior, que tal regulación «lleva a la curiosa consecuencia de que, al menos sobre el papel, los supuestos de apología punible (si bien es posible decir que se ha restringido o, al menos, aclarado el contenido de ésta respecto del CP anteriormente vigente) son bastantes más que los que castigaba el CP 1944/73: en teoría (es decir, si en la práctica fueran pensables tales casos) se castiga (porque se castiga la provocación) la apología de delitos tales como la apropiación indebida o la receptación, lo que no deja de resultar, cuando menos, sorprendente» («Apología del delito», en LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, 2002, p. 79).

A fin de justificar tal posición interpretativa conviene, en primer lugar, recordar el significado que tradicionalmente han otorgado doctrina y jurisprudencia a los términos *directo* (o «*directamente*») e *indirecto* en el ámbito de la provocación, y que apunta al carácter *expreso* o *inequívoco* —en el primer caso—, o por el contrario, *implícito* o *encubierto* —en el segundo— de la llamada a delinquir; esto es, a la *forma* en que se estructura el discurso incitador o en que se articula —de manera explícita o bien implícita— el mensaje de provocación al delito¹¹. A partir de lo dicho, y esto es importante asimismo subrayarlo, se ha considerado mayoritariamente que semejante naturaleza indirecta, por construirse en la apología la llamada a delinquir a través de la alabanza del delito o de su autor, resultaba inherente a dicha figura, que en este sentido se ha venido definiendo de modo habitual por referencia a su carácter indirecto, centrándose precisamente en tal nota la clave diferenciadora entre la apología y la provocación¹². A este respecto, son ilustrativas las palabras de ARROYO ZAPATERO, para quien «(l)a 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. El provocador llama directamente a cometer el delito con sus palabras o actos, mientras que el apologeta realiza una llamada indirecta, encubierta, a la comisión del mismo a través de la alabanza o el ensalzamiento de una conducta delictiva ya realizada o de la de sus autores o de una conducta delictiva abstracta»¹³.

¹¹ Vid. DEL ROSAL BLASCO, conectando tal criterio con el pensamiento de FILANGIERI y poniendo de manifiesto la unanimidad doctrinal en la interpretación de la legislación histórica a este respecto, con indicación asimismo de pronunciamientos jurisprudenciales en esta dirección (*La provocación...*, cit., pp. 65 y 116). Por lo que se refiere a la doctrina más reciente, puede verse, entre otros muchos, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 724 o BARQUÍN SANZ, J./OLMEDO CARDENETE, M., *Comentarios...*, cit., pp. 915 y ss.

¹² Cfr. DEL ROSAL BLASCO, destacando el amplio reflejo que dicho planteamiento ha encontrado tradicionalmente en la doctrina (*La provocación...*, cit., pp. 187 y ss., en especial notas 359 y 367). Puede verse, junto a las abundantes citas doctrinales recogidas por el autor anterior, por ejemplo, MIRA BENAVENT, asociando igualmente la figura de la apología y el castigo de «provocaciones indirectas o encubiertas» («El caso del diario «Eguin»: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986», *ADPCP*, mayo-agosto 1987, pp. 522 y 523).

¹³ «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 15, 1981, pp. 394 y 395. En la misma línea cabe situar la ya clásica observación de RODRÍGUEZ MOURULLO: «La apología entraña, pues, una determinada estructura discursiva tendente a ganar adhesiones. Es, por tanto, una forma de incitación al delito mucho más sutil que la provocación» («Las fases...», cit., pp. 9 y 10).

Esto sentado, se debe destacar que en el vigente art. 18 no se define la provocación punible, a diferencia de lo que sucedía en el Código penal anterior, como una incitación en términos genéricos¹⁴ sino que se habla de una incitación *directa*. Tal restricción legal, si nos atenemos a la significación de dicho término acuñada con carácter general por doctrina y jurisprudencia en este contexto, y que se traduce, según se ha visto, en que la llamada a delinquir sea expresa, dejaría a la apología, en realidad, en el terreno de la irrelevancia penal. Así entendido, el carácter directo que exige la provocación resulta, en efecto, incompatible con la apología, tal y como la define el art. 18.1 en la primera parte de su segundo inciso; la apología, en su acepción legal, y en tanto que consiste en la exposición «de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor», *no admite ser conceptualmente una incitación directa o explícita*¹⁵. Resultan ilustrativos en este sentido, a mi modo de ver, los ejemplos con los que la doctrina, en el marco de esta interpretación del art. 18 que aquí se censura, ha tratado de concretar en qué casos la apología actuaría como «incitación directa» y en los que se alude a supuestos que, en realidad, no constituyen una apología —por cuanto no se limitan a elogiar o exaltar al delito o al delincuente— sino que se trata directamente de hipótesis de provocación en sentido estricto¹⁶.

¹⁴ Art. 4.3 CP 1944/1973: «La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito (...)».

¹⁵ Tal idea subyace tras la vinculación terminológica que, como se ha visto, ha existido tradicionalmente entre «apología» y «provocación indirecta» y que es posible apreciar asimismo en algunos de los autores que consideran que el vigente art. 18, pese a la referencia que incluye a que la apología constituya una «incitación directa», establece como criterio general el castigo de dicha figura (vid. por ejemplo QUINTERO, afirmando que «con esa definición de la apología la Ley no persigue otra cosa que *ampliar el concepto de provocación extendiéndolo a la provocación indirecta*» (*Parte general...*, cit., p. 593); o VIVES ANTÓN, que tras señalar que en la actual regulación el legislador limita la *punibilidad* de la apología a las incitaciones directas, dejando fuera de este ámbito a las indirectas, concluye que de esta forma «la apología deja de ser, *en sí misma*, punible» (la cursiva es añadida), con lo que parece traslucirse así, en el plano terminológico aludido, que la apología es —«en sí misma»— una incitación indirecta. («Sistema democrático...», cit., p. 177)). Manifiesta dudas sobre la posibilidad de que, desde una perspectiva conceptual, la apología pueda ser una incitación directa, GIL GIL (*Derecho penal...*, cit., p. 326), si bien acaba asumiendo asimismo dicha exégesis mayoritaria del art. 18 CP.

¹⁶ Se ha dicho, así, que «exhortaciones públicas del tipo «¡ETA, mátalos! (...) tienen cabida en la provocación o, si es que han sido hechas en un contexto apologético, en la apología» (CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito...», cit., p. 98, nota 10), siendo, según creo, que tal expresión, por tratarse de una llamada expresa a delinquir, constituiría en todo caso una provocación. Asimismo se ha indicado como ejemplo de apología punible a través del art. 18 CP el siguiente: «Ignacio, al concluir una manifestación autorizada (legal), toma la palabra y públicamente elogia y defiende a varios condenados por ase-

sinato de policías, *considerando la necesidad de seguir actuando de este modo, y de hacerlo inmediatamente con los policías que vigilan el desarrollo de la manifestación*» (ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio...*, cit., p. 213). Se puede observar que en la segunda parte de la manifestación reflejada (texto señalado en cursiva) se ha dejado atrás el ensalzamiento del delito o de sus autores (es decir, la apología, según la caracteriza el art. 18) para entrar —en principio y siempre que se verificaran los correspondientes requisitos típicos (dolo y aptitud suasoria) en el caso concreto— en el terreno de la provocación directa. En la misma línea, apunta ASÚA BATARRITA que la apología «requeriría que los comunicados o el discurso de exaltación o apoyo a la lucha armada contuvieran, por ejemplo, una incitación clara a la «generosidad» de los oyentes para que se comprometan dentro de sus posibilidades a prestar su domicilio si fuera necesaria, u otro medio de ocultamiento de personas o de objetos si llega el momento». Y continúa la citada autora: «Únicamente entonces se podría afirmar la tipicidad de la conducta conforme a las previsiones de la apología-provocación» («Apología...», cit., epígrafe II). Pero en tal caso, una vez más, no estaríamos ya ante una apología. Tales ejemplos, con los que los citados autores tratan loablemente de ilustrar los supuestos de apología que quedarían dentro del ámbito de tipicidad del art. 18.1, muestran en mi opinión que a lo que conduce la confusa regulación de tal precepto es a la irrelevancia de dicha figura, pues éste es efectivamente el resultado que se alcanza cuando se establece, como aquí parece que hace el legislador, que la apología «sólo será delictiva» cuando deje de ser tal (según su propia definición legal) y devenga «incitación directa», bien entendido que este concepto, en los términos en que se ha explicado, resulta difícilmente conciliable con aquella definición. Esta contradicción en la formulación legal del art. 18.1 ha sido denunciada gráficamente por DEL ROSAL BLASCO. En las conocidas palabras de dicho autor, en el citado precepto se viene a decir que «la apología, que no es igual que la provocación porque no es una incitación directa, sino una incitación indirecta, sólo se castigará cuando, por su naturaleza y circunstancias, se convierta en una incitación directa, es decir, cuando se convierta en una provocación» («La apología delictiva...», cit., p. 88). En la misma línea de lo que se viene diciendo, quizás pueda adquirir también cierto valor indiciario en relación con el indicado antagonismo entre el concepto de apología y el de incitación directa el hecho de que, siendo como se ha visto opinión absolutamente mayoritaria la que considera punible la apología como acto preparatorio genérico del art. 18, desde la aprobación del Código penal de 1995, y por lo que se me alcanza, en la jurisprudencia apenas haya llegado a aplicar la apología a través de dicho precepto (que exige en todo caso, como sabemos, la existencia de una incitación directa). Así, las dos resoluciones apuntadas más arriba que han admitido tal posibilidad (STS de 29 de noviembre de 1997 y SAP Guipúzcoa de 27 de julio de 1998 (secc. 1ª)) resultan finalmente absolutorias, mientras que otra sentencia, la de la AP de Madrid de 19 de marzo de 2007 (secc. 1ª), se plantea asimismo la opción de aplicación de la apología por la vía del art. 18.1 CP si bien el Tribunal ni siquiera entra a valorarla por referirse a un delito (el de maltrato de animales domésticos del art. 337 CP) en el que no está previsto el castigo de los actos preparatorios. Y en este punto no debe perderse de vista que si bien es cierta la tradicional reticencia de la jurisprudencia a aplicar los delitos de apología, no es menos evidente que en los últimos tiempos, como se ha destacado ya y más adelante se examinará con mayor detenimiento, asistimos a un inaudito afán jurisprudencial por reprimir penalmente las expresiones apologéticas, dando la impresión de que se trata de aprovechar al máximo todas las posibilidades legales existentes a este respecto. En este sentido, y además de las sentencias recaídas últimamente por el delito de apología del terrorismo del art. 578, cabe señalar que, como se ha dicho más arriba, no resulta infrecuente la imposición de medidas cautelares dirigidas a evitar la eventual comisión de delitos de enaltecimiento del terrorismo. Vid. ampliamente sobre esto último, MARTÍNEZ GARAY, L./MIRA BENAVENT, J., *Audiencia Nacional...*, cit.

Sobre esta base, cuando la ley, una vez ha definido la provocación punible como incitación directa y la apología en los términos que se acaban de apuntar —enaltecimiento del delito o de sus autores—, afirma a renglón seguido que ésta sólo se podrá sancionar cuando constituya una «incitación directa», cabría entender que lo que viene a declarar, por más que sea de forma ciertamente alambicada, es que las manifestaciones apologéticas, en cuanto tales, no resultan con carácter general punibles —tampoco cuando tengan capacidad suasoria—; *debiendo castigarse únicamente la llamada a delinquir cuando deje de ser apología y pase a constituir una verdadera provocación explícita*. Y ello, insisto, porque si la incitación es llevada a cabo a través de la defensa del delito o de su autor no será entonces expresa —esto es, llamada directa a delinquir—, sino, por definición, implícita o encubierta (llamada indirecta). Otra cosa es que tal incitación no se quede en el elogio, sino que *además* incluya —precediendo a aquél o bien a continuación— una llamada explícita a delinquir. Pero entonces ya se habrá entrado en la órbita de la provocación directa (y punible) y no estaremos, por tanto, o no sólo, ante supuestos de apología¹⁷.

Este planteamiento cobra sentido si se entiende que bajo la regulación del art. 18.1 late la siguiente presunción: la apología —por el carácter implícito y más sutil que, según se ha dicho, adquiere siempre en ella el mensaje incitador— resulta como norma general menos peligrosa que la llamada a delinquir construida *formalmente* en términos explícitos, y ello aun cuando en ambos casos estemos ante una incitación; esto es, ante «una actividad *dirigida* a lograr que otras personas se determinen a *perpetrar*, es decir, a *consumar* el delito»¹⁸. No se trata, pues, de que a través del ensalzamiento del delito o del delincuente no se pueda transmitir un mensaje de provocación, sino de que, por ser éste más mediato y en la medida en que el discurso se limita aquí a ofrecer argumentos para delinquir, entraña menos riesgo en relación con la comisión de futuros delitos¹⁹. Tal valoración po-

¹⁷ Desde la interpretación de la regulación actual que aquí se mantiene no se comparte, por tanto, que el legislador haya regulado la apología genérica con la intención de que tal figura en la práctica no se aplique o apenas se aplique, en la línea de lo sostenido por buena parte de la doctrina (vid. por todos respecto a esta valoración, SÁNCHEZ-ÓSTIZ, P., «La tipificación...», cit., pp. 911 y 912). Lo que en el texto se defiende, por el contrario, es que del art. 18. 1 CP se colige la irrelevancia penal de la apología en cuanto acto preparatorio genérico —tanto en la «teoría», o en el plano de la tipificación penal, como en la práctica—; lo cual, como antes se apuntaba y en las siguientes páginas se comprobará de forma más concreta, tiene importantes efectos en punto a la interpretación de la apología específica del art. 578 CP.

¹⁸ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal...*, cit., p. 724.

¹⁹ Vid. MIRA BENAVENT, censurando la vigencia de la apología porque al castigar «provocaciones indirectas o encubiertas a la comisión de uno o varios delitos (...) el

drá compartirse o no, pero encuentra desde la perspectiva apuntada su fundamentación en razones materiales, de menor contenido de injusto, y congenia en todo caso con el hecho de que históricamente la apología se haya castigado en general con menos pena y/o en referencia —sobre todo— a muchos menos delitos que la provocación²⁰.

Vistas así las cosas, se comprende entonces que como criterio general la apología no deba ser delictiva, sin perjuicio de que dicha norma pueda estar sometida a algunas excepciones en la parte especial que son las que constituirían las apologías específicas de los arts. 578 y 607.2 CP.

Es verdad que desde este prisma cabe preguntarse por el sentido de la mención a la apología que contiene el inciso segundo del art. 18.1 CP, desde el momento en que la referencia legal del primer inciso a que la provocación haya de consistir en incitar «directamente» serviría por sí sola para excluir de manera general la relevancia penal de la apología. Con todo, y sin perjuicio de que similares dudas sobre la utilidad de la definición legal de apología del art. 18.1.2º se plan-

peligro de daño para los bienes jurídicos protegidos en la Parte Especial sería todavía más remoto o lejano» («El caso...», cit., pp. 522 y 523), o DEL ROSAL BLASCO, para quien «si es que algo se debe castigar son las incitaciones directas, inequívocas, para cometer delito. El castigo de las incitaciones indirectas comienza ya a suponer un riesgo para el libre ejercicio de la libertad de expresión» (*La provocación...*, cit., p. 195). Cfr. también ORTS BERENGUER, cuestionando que enaltecer al autor de un delito o enjuiciar encomiásticamente hechos delictivos pueda alcanzar a algún bien jurídico («Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 18, 1982, p. 510), o la opinión de CARBONELL MATEU, que de *lege ferenda*, y pese a abogar por una concepción de la apología como especie de la provocación y con naturaleza de acto preparatorio, considera que su castigo debiera restringirse a concretas figuras de la parte especial (entendiendo criticable que se extendiera a todos los delitos de un título, como hacía el antiguo art. 268 en relación con la apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado) («Apología de los delitos contra la Seguridad interior del Estado», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación penal*, T. II, Edersa, 1983, pp. 239 y ss., y en especial p. 245).

²⁰ Así frente al régimen legal que ha caracterizado en general el castigo de la provocación, tal concepción genérica de la apología ha sido relegada, salvo en supuestos puntuales, a una simple falta, habiéndose castigado como delito en referencia a figuras delictivas concretas como el terrorismo o los delitos contra la seguridad interior del Estado (vid. sobre lo anterior, DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología...», cit., pp. 70 y ss.) y sin que, por ello, se haya dejado de considerar generalmente dicha figura desde una perspectiva provocadora (o como acto preparatorio) (vid. *infra*: nota 35). Resulta igualmente indicativo en esta línea el dato de que, incluso en los casos en que la apología de un delito concreto ha tenido asignada similar penalidad que la provocación, el castigo al sujeto como inductor cuando a la conducta provocadora hubiera seguido la efectiva realización del delito sólo se ha contemplado en relación con la provocación y no con la apología (cfr., por ejemplo, los arts. 4, 52 y 268 del CP de 1973).

tean desde la postura interpretativa mayoritaria sobre este precepto —y opuesta a la que aquí se mantiene²¹, cabe apuntar que la incardinación de la apología en el marco legal de la provocación punible es una cuestión que no siempre ha resultado pacífica²² y que, junto a ello, su castigo en general constituye sin lugar a dudas un tema sensible desde el punto de vista de la vigencia del derecho fundamental a la libertad de expresión y por ello siempre polémico. A partir de lo anterior, podría entonces adquirir alguna virtualidad la referencia legal a la apología como forma de acentuar la regla general de impunidad de dicha figura en el CP de 1995; es decir, sería como si se viniera a definir lo que como norma general no se puede castigar (la apología). Otra cosa es que tal función «declarativa», tanto si se entiende en un sentido como en el contrario²³, y si se valora precisamente en términos de claridad, pueda decirse que se haya articulado de forma afortunada.

Al hilo de esto último, conviene señalar que no se oculta que la interpretación del art. 18.1.2º que aquí se defiende puede resultar forzada. Ahora bien, también sucede así con la interpretación contraria²⁴. Tal circunstancia se ha explicado no sólo a partir de la ausencia

²¹ Vid. por todos SILVA SÁNCHEZ, preguntándose «por qué proceder a definir la apología si ésta sólo es punible cuando constituye provocación»; añadiendo a continuación: «En efecto, estando así las cosas, para abarcar la apología punible basta con la definición de la provocación» (*El nuevo Código...*, cit., p. 155).

²² Así, con ocasión del art. 4.3 del CP anterior. Vid. sobre el debate doctrinal respecto a este particular, *infra*: nota 33.

²³ Pues asimismo, como ya se advirtió más arriba, se le atribuye una finalidad declarativa al art. 18.1.2º CP desde la posición interpretativa mayoritaria, si bien en sentido (declarativo) contrario; esto es, para enfatizar que con carácter general es posible castigar la apología como forma de provocación (vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código...*, p. 155, o VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático...», cit., p. 177). Concluyen, en cambio, desde esta misma exégesis del art. 18 —que permitiría el castigo de las apologías provocadoras o al menos de aquéllas que impliquen las incitaciones más «claras»— que la mención a la apología es absolutamente superflua, pues tales conductas quedarían ya comprendidas por el concepto legal de provocación del art. 18.1.1º CP, entre otros, BARQUÍN SANZ, J./OLMEDO CARDENETE, M., *Comentarios...*, cit., p. 950, BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones...», cit., nota 8, CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 183, GIL GIL, A., *Derecho penal...*, cit., p. 325, RUIZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación...*, cit., pp. 35 y 36; algo que ciertamente resulta cuestionable si se atiende a las consideraciones que se han realizado más arriba sobre la significación tradicional otorgada los términos directa/indirecta en el ámbito de la provocación, y a la delimitación doctrinal entre provocación y apología centrada precisamente en el carácter indirecto de la segunda frente a la primera, pues con arreglo a ello, en efecto, parece difícil que aquella consecuencia pudiera desprenderse fácilmente si el art. 18 no contuviera ninguna mención a la apología y se limitara a sancionar el comportamiento de provocar «directamente».

²⁴ Cfr. SILVA manifestando a este respecto objeciones de índole lógica y técnico-jurídica a semejante modelo de regulación legal —interpretado en el sentido indicado

de una adecuada técnica legislativa²⁵, sino además, y esto seguramente permite comprender también lo anterior, como el «intento (fallido) de conciliar dos tendencias políticocriminalmente antagónicas», la que pretende no dejar impune la apología, especialmente en determinados ámbitos delictivos como el del terrorismo, y la que, de

que conduciría a integrar a la apología con carácter general en el ámbito de la provocación punible— (*El nuevo Código...*, cit., p. 155). VIVES, en cambio, cuestiona que tales críticas sean certeras porque «no hay un concepto prejurídico de apología que la identifique con la incitación indirecta, diferenciándola «ontológicamente» de la provocación. Por ello, pienso» —continúa el citado autor— «que el legislador puede distinguir entre el *concepto* de apología, en el que pueden tener cabida tanto las incitaciones «indirectas» como las directas, y la *punibilidad* de la apología que, sin duda, puede ceñirse legítimamente a las últimas» («Sistema democrático...», cit., p. 177). Seguramente la anterior es la explicación más razonable que se puede ofrecer de la regulación del art. 18.1.2º desde la perspectiva de la interpretación que, conforme a la opinión mayoritaria, considera que la apología adquiere en términos generales cierto margen de eficacia en el marco de dicho precepto. Con todo, a mi parecer, sigue resultando forzado, partiendo de la vigente definición legal de la apología, incluir en ella las incitaciones directas, si entendemos por tales, en el sentido tradicional del término, las explícitas. Y ello porque, en la línea de lo destacado más arriba, es —por lo menos— dudoso, en un plano conceptual y también naturalístico, que «la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor» pueda constituir una incitación *expresa* a cometer un delito. Así las cosas, desde la posición interpretativa mayoritaria del art. 18 CP a la que se viene haciendo referencia, habría que concluir que la alusión legal a la incitación *directa* parecería apuntar más bien a la *intencionalidad* —mayor (provocación fuerte)— de la llamada a delinquir y con independencia la *forma* —explícita o implícita— con que se construyera dicha incitación al delito. Pero atribuir esta significación a la regulación legal, a la vista de lo que se viene exponiendo en páginas anteriores, pienso que no es algo que resulte tampoco tan notoriamente palmario. En este orden de cosas, deviene ilustrativo en todo caso de que el sentido del art. 18.1.2º es confuso —además de las ambigüedades que, según se ha visto, acompañan muchas veces a la formulación de las posiciones doctrinales sobre este particular (vid. *supra*: notas 8 y 10) y que a mi juicio vienen en buena parte motivadas por los términos en que está formulada la regulación—, la práctica unanimidad existente en la doctrina en lo que se refiere a la censura a la técnica legislativa del precepto, cuya redacción se ha dicho que es «tortuosa» (CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos...*, cit., p. 271, nota 792) y absurda (DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva...», cit., p. 88), o que conduce a una regulación «sorprendente» (DÍAZ Y GARCÍA, M., «Apología...», cit., pp. 78 y ss.). Cfr. en esta misma línea crítica, entre otros muchos, POLAINO NAVARRETE, M., en COBO (dir.), *Comentarios al Código penal*, T. I, Edersa, Madrid, pp. 970 y ss., o, de forma particularmente vehemente, COBO DEL ROSAL, M., «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 76, 2002., pp. 110 y ss. De todo lo anterior se sigue, según creo, que no es posible extraer del art. 18.1.2º CP un «sentido evidente» ni un «enunciado legal meridiano» cuya contradicción entonces no sería legítimo traspasar en el ámbito de la interpretación de la norma, en la línea de lo que ha declarado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional (vid. por todas, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, y las allí recogidas (fundamento jurídico séptimo)).

²⁵ Sobre este aspecto, como ya se ha visto, existe un notable consenso doctrinal (vid. nota anterior).

otro lado, aspira a la restricción de su castigo penal en aras de preservar el derecho fundamental a la libertad de expresión²⁶. Siendo, pues, en este ambiguo contexto legal, ambas opciones interpretativas «posibles» desde un punto de vista formal, me parece sin embargo claramente preferible la primera sobre la base de importantes argumentos sistemáticos y materiales.

La primera de dichas razones ha de partir de la constatación de la consecuencia que de manera más inmediata se deriva de la concepción mayoritaria y que se concreta en la posibilidad de castigar penalmente la apología en relación con todos aquellos delitos en los que los actos preparatorios son punibles (como por ejemplo los relativos a las drogas tóxicas en general, o, entre otras variadas figuras delictivas, el atentado, el blanqueo de bienes y capitales, el robo o la estafa). Es verdad que a tal efecto, desde la citada exégesis del art. 18.1 CP, se exige que concurren en las manifestaciones laudatorias los requisitos de la provocación, evitándose de esta forma la tipicidad del mero elogio sin componente incitador. Ahora bien, al margen ahora de otras consideraciones, como las más arriba efectuadas relativas al menor contenido de injusto que en general cabría predicar de las provocaciones apologéticas, se debe indicar lo siguiente: aquella restricción no hace desaparecer la dificultad que va a seguir teniendo, en el caso concreto, identificar y delimitar los elementos de la provocación (así, el dolo instigador del autor o la idoneidad de las manifestaciones para incitar al delito) en los discursos de alabanza de una conducta delictiva o de sus autores, con la consiguiente inseguridad jurídica; ni el peligro que en general, y en íntima conexión con lo anterior, se puede deslizar en términos de expansión punitiva y, en particular, desde el prisma de la libertad de expresión, a partir del castigo de tales comportamientos, que por mucho que se requiera que constituyan incitaciones («directas»), no dejarán de ser, en tanto que apologías, llamadas a delinquir no realizadas expresamente sino a través del ensalzamiento del crimen o del enaltecimientos de su autor. Lo dicho resulta todavía más patente si se atiende a que al quedar desde esta perspectiva asimilada la apología a la provocación directa en el marco del art. 18, si al discurso elogioso le siguiera la comisión del delito, se le habría de sancionar al apologeta a título de inductor (art. 18.2.2º CP)²⁷.

²⁶ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Apología...», cit., pp. 79 y ss. Cfr., en sentido parecido, COBO DEL ROSAL, M., «Sobre la apología...», cit., pp. 111 y ss.

²⁷ Vid., poniendo de manifiesto este riesgo a propósito de la inclusión de las provocaciones indirectas en el régimen de punición de los actos preparatorios del art. 4 del Código penal anterior, DEL ROSAL BLASCO, B., *La provocación...*, cit., p. 118.

En apoyo de lo que se viene diciendo cabe aducir, por lo demás, las tradicionales críticas que, en una línea similar a la señalada, ha recibido la institución de la apología por parte de la doctrina²⁸, incluso contemplada desde una óptica que la acerque a la incitación, algo que han defendido de modo general la mayoría de los autores con independencia de su exigencia explícita o no por parte de la ley²⁹.

En este orden de cosas, conviene reparar en que, interpretado el art. 18 en el sentido en que lo hace la doctrina mayoritaria, la apología en el CP de 1995 podría decirse que gana terreno, no ya sólo frente a otras épocas históricas de talante político menos liberal³⁰, sino también frente a la regulación inmediatamente precedente. Pues si bien es cierto que los primeros años de la democracia se caracterizaron, en lo que a la apología delictiva se refiere, por una sucesión de reformas que fueron ensanchando progresivamente su ámbito de aplicación³¹, a partir de las conocidas sentencias del TC 159/1986 y

²⁸ Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., *La provocación...*, cit., pp. 117 y ss., o pp. 181 y ss., calificándola como «el arma de demagogía política preferida por todos los gobiernos para reprimir todas las conductas «sospechosas» de terrorismo cuando no se podrían reprimir las conductas verdaderamente terroristas» y ante «la impotencia de hacer frente de forma democrática y verdaderamente eficaz a dicho fenómeno» (*ibidem*, p. 182, nota 340); o QUINTERO OLIVARES, que afirma del vigente art. 18.1.2º CP —pese a que lo interpreta en los términos ya manifestados que conceden eficacia a la apología genérica en el marco de los actos preparatorios, conectándola, por tanto, con la provocación— que se trata de una norma expuesta a la censura del TC. por guardar inevitablemente «resabios de intervencionismo en la libertad de expresión y opinión» (*Comentarios al Código penal*, T. I, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 171); o asimismo, GARCÍA ARÁN, para quien, aun cuando sea interpretada de forma restrictiva, no se salva «la crítica que merece cualquier punición de la apología por la zona fronteriza que ofrece respecto a las manifestaciones de ideas y opiniones» (*Comentarios...*, T. II, cit., 2627). Cfr. también, entre otros muchos, MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología», *Revista del Poder Judicial*, n.º 9, marzo 1988, edición electrónica, epígrafe IV, y MIRA BENAVENT, J., «El caso...», cit., pp. 522 y ss.

²⁹ Vid. sobre esto último, *infra*: nota 35.

³⁰ A este respecto, y en general, es ilustrativa la referencia de DEL ROSAL BLASCO en el sentido de que «la mayor parte de la historia de la apología punible en nuestros Códigos Penales ha transcurrido en dicho libro III», como constitutiva de una mera falta («La apología...», cit., p. 71). Véase un análisis de la evolución legislativa de tal institución, con atención, además de a los sucesivos Textos punitivos del proceso codificador español, a las diversas leyes penales especiales reguladoras de la materia, mostrándose en todo caso como, más allá de la aludida falta de apología genérica, cuando se ha previsto tal instituto como delito lo ha sido generalmente —salvo en casos como el del Código penal de 1928— en relación con supuestos delictivos concretos como, y especialmente, los delitos de terrorismo o contra la seguridad interior del Estado (*ibidem*, pp. 70 y ss.).

³¹ El máximo exponente de este proceso está representado por la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, en cuyo concepto legal de apología se incluían, entre otras conductas, la «aprobación» o el «apoyo» de los «hechos y efemérides» de los miembros de una organización terrorista o grupo armado o rebelde, o la «adhesión» a sus

199/1987 —y en expresión de VIVES ANTÓN— «el castigo de la apología entra en un proceso deflacionario»³². Así, la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, al derogar la Ley Orgánica 9/1984, devuelve la exclusividad de la regulación de esta figura³³ a los arts. 268 y 216 bis a) CP —en virtud de los cuales aquéllas resultaba aplicable a los delitos contra la seguridad interior del Estado, los cometidos por bandas o grupos armados y los de carácter terrorista, si bien en términos más restrictivos que en la citada Ley Orgánica de 1984— y al art. 566, que castigaba como falta la apología genérica, quedando derogado este último precepto poco después, por la LO 3/1989³⁴. Frente a lo anterior,

actividades «mediante discursos, soflamas u ostentación de pancartas que se produjeran durante la celebración de concentraciones en las vías urbanas u otros lugares abiertos al público», estableciéndose de este modo, en palabras de DEL ROSAL BLASCO «una regulación legal de la apología con una amplitud como nunca se había conocido antes en nuestra historia legislativa penal, excepción hecha (...) de la regulación contenida en el artículo 10 del Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo» («La apología...», cit., p. 74). Cfr. también sobre el particular, VIVES ANTÓN, T.S., «Sistema democrático...», cit., pp. 174 y 175.

³² «Sistema democrático...», cit., p. 175.

³³ Ello siempre que se entienda que la provocación punible del art. 4 del CP anterior no contemplaba la sanción de la apología (en este sentido, entre otros; DEL ROSAL BLASCO, B., *La provocación...*, pp. 117 y 118, y en «La apología...», cit., p. 75; asimismo se deduce en DÍAZ Y GARCÍA, M., «Apología...», cit., p. 79, cuando indica que con la legislación actual los supuestos de apología punible son «al menos sobre el papel» «bastantes más que los que castigaba el CP 1944/1973), en LAMARCA PÉREZ, C., «Apología...», cit., en torno a nota 3, o en QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general...*, cit., p. 593); lo que, a mi juicio, parecía la opción interpretativa más razonable. Pues si bien tal definición legal de la provocación como «incitación» genérica —sin la exigencia de su carácter «directo» que incorpora la actual regulación— permitía admitir en principio el castigo de la apología, tal posibilidad se avenía mal desde un punto de vista sistemático con la vigencia de otros preceptos del citado Código en los que se preveía tal figura, no sólo con carácter genérico (como falta en el art. 566.4) sino también de manera específica, esto es, en relación con determinados delitos y en estos casos con *idéntica penalidad* a la determinada para la provocación (vid. arts. 268 en relación con el art. 52, y art. 216 bis a), párrafos primero y segundo, todos ellos del Código penal anterior). En este sentido parece apuntar la STS de 14 de julio de 1983 cuando, en referencia a unos hechos cometidos en julio de 1980, afirma que «en nuestro Derecho positivo se contemplan dos supuestos de apología», refiriéndose a las tipificadas en los arts. 268 y 566.4 del Código penal; y resulta asimismo significativo en dicha línea que los pronunciamientos jurisprudenciales recaídos sobre apología durante la vigencia del Código penal anterior no lo fueran —al menos hasta donde yo sé— en aplicación del citado art. 4 de tal Cuerpo legal. De otra opinión, en cambio, considerando que «ningún obstáculo formal o material serio» se opone a la inclusión de la apología en dicho precepto, vid. MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas reflexiones...», cit., epígrafe IV b) y notas 43 y 44, así como los autores por ella citados.

³⁴ Ya más tarde, cuando la aprobación del CP de 1995 era inminente, se introdujeron a través de la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, los delitos de apología del genocidio y de provocación a la discriminación (arts. 137 bis b) y 165 ter del CP anterior), que se traspasarían, con algunas modificaciones, al Texto punitivo vigente. Vid. sobre todo lo anterior, DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología...», cit., p. 75.

el legislador de 1995 ya hemos visto que sanciona los actos preparatorios, y con ello, según opinión dominante, también la apología, en relación con un tasado —pero asimismo variado— catálogo de infracciones que comprende, además de algunas más tradicionales en este ámbito como la rebelión, la sedición, la traición, los delitos contra la corona o los de terrorismo, otras que se extienden desde el homicidio y las lesiones a la detención ilegal o la apropiación indebida. Junto a lo dicho, se ha de tener en cuenta que la apología, bajo la regulación anterior, era igualmente concebida de forma mayoritaria en clave incitadora; lo cual, con independencia de que no se requiriera explícitamente en el texto legal, venía avalado según creo, y entre otras razones, por la equivalente penalidad prevista para las apologías constitutivas de delito y para la provocación³⁵.

³⁵ Y así, en efecto, lo consideraba, como decía, la mayoría de la doctrina, por exigencias de adecuación con el principio de ofensividad penal y de prohibición de exceso, y también de respeto a la libertad de expresión (vid. DEL ROSAL BLASCO, con abundantes citas bibliográficas en este sentido y destacando que tal «contenido incitador implícito ha sido puesto de manifiesto por prácticamente todos los autores que han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema» (*La provocación...*, cit., pp. 189 y ss.; o también, por ejemplo, la segunda edición de COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1987, p. 538, o MIRA BENAVENT, J., «El caso...», cit., pp. 522 y ss.); de tal modo que de los tres fundamentos que tradicionalmente se han conferido a la apología —como forma de cooperación postdelictiva, como delito autónomo o como acto preparatorio— (vid. sobre ello, MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas consideraciones...», cit., epígrafe IV, o SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El Código penal...*, cit., pp. 154 y 155) prevalecía claramente este último. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la aplicación de esta figura ha sido en general, como ya se ha destacado, muy escasa, y respecto a este punto no uniforme. En esta línea que, según se acaba de indicar, ha sido mayoritaria en la doctrina, cabe citar la STSJ del País Vasco de 17 de noviembre de 1993 —absolviendo sobre la base de que «tan sólo cuando a la apología se le reconozca capacidad provocadora a la comisión de delitos cumplirá los elementos del tipo recogido en el art. 268 CP»— siendo posteriormente confirmado tal fallo absolutorio por la STS de 4 de julio de 1994, aun cuando en este caso no entra el Tribunal en el tema de la naturaleza incitadora, apoyándose para absolver en la distinción entre «apología de la ideología» y apología del delito. Entiendo que resultan ilustrativos asimismo a este respecto los diversos supuestos reflejados por MESTRE DELGADO y que parecen apuntar a la existencia de una tendencia mayoritaria en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional de los años ochenta a absolver del delito de apología del terrorismo en relación con conductas consistentes en pintadas realizadas en lugares públicos en alabanza de ETA o la exposición de fotos de miembros de la banda con leyendas laudatorias o colocación de pancartas en las que se encumbra la lucha armada del GRAPO (*Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 224). Por su parte, la Circular 3/1975 de la Fiscalía del TS (relativa a los criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975), aun cuando concibe la apología necesariamente referida a un hecho jurídico previo y consumado, estima que es «esencial» a la misma que semejante «*voluntas post delictum*» resulte «de tal intensidad que sea potencialmente hábil para determinar la comisión de delito análogos a aquél cuya apología se hace» (vid. ADPCP, 1976, p. 368). En una dirección divergente puede situarse, en cam-

Por eso, si como ha sido destacado por algunos autores el tratamiento penal de la apología durante la democracia española constituye una excepción a la regla general según la cual un cambio político liberal va acompañado de una legislación de igual signo —y a la inversa—³⁶, seguramente es posible afirmar que dicha excepción se ve confirmada —en realidad, *acentuada*— con la aprobación del Texto punitivo vigente. Con arreglo a lo que se viene diciendo, me plantea dudas que, a la vez que se postula una interpretación del art. 18.1 CP en virtud de la cual la apología resultaría punible como acto preparatorio genérico, se pueda mantener que el CP de 1995 supone, frente a su predecesor, una restricción del ámbito típico de la apología³⁷. Todavía más, por lo que a continuación se verá, si se atiende a la presencia de las apologías específicas de los arts. 607.2 y 578 CP, esta última, como es sabido, introducida varios años después de la entrada en vigor del CP de 1995.

Pues, en efecto, como antes indicaba, la cuestión sobre el margen de trascendencia que confiere el art. 18 a la apología, repercute asimismo, y con especial importancia, en el plano de las apologías específicas, y en concreto, por lo que aquí interesa, en el delito de enaltecimiento del terrorismo regulado en el art. 578 CP; siendo éste otro de los principales motivos que, en mi opinión, aconsejan la interpretación restrictiva del art. 18.1 CP que en este trabajo se propone.

Ya vimos al principio de este epígrafe que la naturaleza apologética del tipo de ensalzamiento o justificación del terrorismo parece

bio, la STS de 31 de diciembre de 1983, en tanto que parece admitir como suficiente, a efectos típicos, una concepto meramente gramatical de apología —dicho pronunciamiento sería declarado nulo por la STC 159/1986—, por consistir la conducta enjuiciada en la sola reproducción de unos comunicados no acompañada de juicios de valor que demostraran que el periodista asumía el contenido apologético de los mismos (vid. el comentario al respecto de MIRA BENAVENT, J., «El caso...», cit.); o la SAP de Guipúzcoa de 27 de julio de 1998 (Secc. 1^a), recogiendo expresamente que desde el prisma del CP anterior la apología había de interpretarse en un sentido «estrictamente gramatical» y sin exigir ningún requisito incitador.

³⁶ Vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático...», cit., pp. 172 y 173.

³⁷ Cfr. no obstante en este sentido, por ejemplo, ASÚA BATARRITA, A., «Apología...», cit., epígrafe IV, BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones...», cit., epígrafe II, o VIVES («Sistema democrático...», cit., p. 175), para quien el CP de 1995 constituye la culminación del proceso deflacionario del castigo de la apología al que más arriba se hacía referencia. Lo afirmado en el texto, no obsta a que, si se parte de la interpretación mayoritaria del art. 18.1 CP que otorga eficacia genérica a la apología, la expresa referencia a su necesario carácter incitador que incorpora ahora el texto legal haya de merecer innegablemente una valoración positiva, por cuanto ello impide a las claras el castigo de las apologías no incitadoras y evita entonces que tal resultado interpretativo quede al albur de las exégesis más o menos garantistas que doctrina y —sobre todo— jurisprudencia pudieran hacer del concepto de apología.

clara³⁸, si bien también se estableció que, por las razones sistemáticas entonces apuntadas, el art. 578 y el 18 (en relación con el 579.1), lejos de poder considerarse complementarios a efectos interpretativos, se excluyen recíprocamente³⁹. Sobre esta base, no es posible aceptar la posición de aquellos autores que entienden, partiendo de la vigencia genérica de la apología vía art. 18 CP, que el art. 578 constituye, respecto de aquel otro precepto (en relación con el art. 579.1), ley especial⁴⁰. Y es que ello, efectivamente, conduciría a la conclusión de que el art. 578 CP contempla una apología específica del terrorismo, que pese a que se le habrían de aplicar las mismas limitaciones que, según esa misma interpretación, impone el art. 18 CP en relación con la apología genérica (equiparación a la provocación directa), obtendría sin embargo, en el marco de los delitos de terrorismo a los que resulta

³⁸ Vid., manifestando esta circunstancia, los Autos del TS de 23 de mayo de 2002 y de 14 de junio de 2002, los Autos de la AP de Vizcaya de 7 de enero de 2003 y de 7 de octubre de 2004, el Auto de la AP de Guipúzcoa de 26 de mayo de 2004, así como, entre otras, la SAN de 19 de febrero de 2007 (secc. 3ª), STS de 26 de febrero de 2007, STS de 17 de julio de 2007, SAN de 3 junio 2009 (secc. 4ª). De este parecer también, entre otros autores, BERNAL, J., «Observaciones...», cit., epígrafe II, GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...*, T. II, cit., p. 2626, LAMARCA PÉREZ, C., *Apología...*, cit., en torno a nota 11 y pp. ss., RUIZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación...*, cit., pp. 75 y 76, VIVES ANTÓN, T. S./CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal...*, cit., p. 730.

³⁹ Cfr., manteniendo también el carácter autónomo del art. 578 respecto al art. 18 CP, MUÑOZ CUESTA, F. J., «Acto público de enaltecimiento y justificación de quien ha participado en la ejecución de delitos de terrorismo», *Repertorio de Jurisprudencia* n.º 14/2007, edición electrónica, Aranzadi, Pamplona, 2007; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., «Enaltecimiento del terrorismo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10/2009 (Comentario), Aranzadi, Pamplona, 2009, o, entre otras, la STS de 3 de marzo de 2010.

⁴⁰ En esta línea, GARCÍA ARÁN (*Comentarios...*, T. II, cit., p. 2627), para quien el art. 578 sanciona «un supuesto específico de la apología que, con carácter general, describe el art. 18 CP», concluyendo a continuación que el art. 579.1 no castiga «la apología de la apología» mas sí la provocación a la apología y considerando que en esta última figura «sólo se incluyen las formas de provocación o incitación que no constan en los medios apologéticos descritos en el art. 578». «Y lo mismo cabe decir —añade esta autora— de la provocación a cualquiera de los restantes delitos, que se sancionará según este precepto cuando no se trate de la apología provocadora del art. 578» (ibidem, p. 2631). Cfr. también, LAMARCA PÉREZ, C., «Apología...», cit., en torno a nota 38; o, con dudas sobre si debe interpretarse en esta dirección o bien considerar que el art. 578 contempla una apología que trasciende a la del art. 18 —y entendiendo que esta última opción sería discutible desde el prisma del principio de ofensividad y del derecho constitucional a la libertad de expresión—, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal*, T. III, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 1152 y 1153; y asimismo, manteniendo una interpretación similar, si bien respecto del art. 607.2 CP, que se estima de este modo que remite a la definición de apología del art. 18.1.2º, VIVES ANTÓN, T. S./CARBONELL MATEU, J. C., en VIVES (coord.), *Comentarios al Código penal*, V. II, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 2161, y en *Derecho penal...*, cit., p. 1150, o MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 713.

aplicable el art. 578, una pena normalmente mucho menor (1 a 2 años de prisión) que la que se seguiría de aplicar el régimen general de la apología consagrado en el art. 18 (rebaja de uno o dos grados respecto del delito objeto de apología)⁴¹. Es decir, nos llevaría a concluir que el art. 578 impone un régimen privilegiado de apología en materia de delitos de terrorismo, lo cual es difícil de admitir, no ya sólo por el obstáculo que a tal efecto representa el tenor literal del art. 579.1⁴² o por lo inaudito de tal consecuencia a la luz de la tradición legislativa de la apología —que, como se suele afirmar, si ha adquirido especial protagonismo en algún ámbito delictivo éste ha sido sin duda el del terrorismo⁴³—, sino sobre todo porque aboca a resultados cuestionables desde el punto de vista del principio de proporcionalidad y asimismo en términos de política criminal: castigar más gravemente la provocación —la misma modalidad de provocación (llevada a cabo través del elogio) y con idénticos requisitos— en delitos menos graves (como la estafa o la apropiación indebida) que en otros especialmente graves (los de terrorismo), siendo además que en relación con éstos últimos las conductas apologéticas se producen con mayor asiduidad.

Esto sentado, si se ha de asumir, con la doctrina mayoritaria, que art. 18.1 CP castiga las apologías provocadoras —esto es: «la alabanza del delito o del delincuente realizada en circunstancias que pueda resultar fecunda y generar deseos de emular a los ensalza-

⁴¹ Posicionándose asimismo críticamente respecto de la postura interpretativa comentada en el texto en relación con la apología específica del art. 607.2 CP, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo...*, cit., p. 157; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código penal)», *Diario La Ley*, 1998, Ref. D-325, edición electrónica, epígrafe V; GIL GIL, A., *Derecho penal...*, cit., pp. 342 y 343, LANDA GOROSTIZA, J., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Comares, Granada, 2001, pp. 169 y 170, BARQUÍN SANZ, J./OLMEDO CARDENETE, M., *Comentarios...*, cit., p. 941, RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La declaración...», cit., pp. 122 y 123. Cfr. igualmente GARCÍA ARÁN, que pese a la opinión mantenida a propósito de los arts. 578 y 579.1 (vid. nota anterior) entiende aquí que el art. 615 impide considerar el 607.2 como una apología provocadora porque la provocación al genocidio se sanciona específicamente y con pena distinta en el art. 615 CP (*Comentarios...*, T. II, cit., p. 2698). Vid. también en esta línea, la sentencia del Juzgado de lo penal n.º 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998 («caso Varela»), así como el AAP de Barcelona de 14 de septiembre de 2000, relativo al mismo supuesto.

⁴² Recuérdese que en este precepto se castigan los actos preparatorios de una serie de delitos entre los que se incluyen, expresamente, los del art. 578, y que se pretende —siempre desde la perspectiva interpretativa que se comenta— que tal precepto constituya ley especial respecto del primero.

⁴³ LAMARCA PÉREZ, C., «Apología...», cit., en torno a nota 1, MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas reflexiones...», cit., epígrafe II, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «La tipificación...», cit., pp. 897 y ss., VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático...», cit., p. 173.

dos»⁴⁴ o la manifestación apologética que sea «apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos en la medida en que pueda determinar a otros a la perpetración del delito»⁴⁵—, y que aquel precepto resulta aplicable en virtud del art. 579.1 a los delitos de terrorismo y de forma independiente del art. 578: ¿Qué se castiga entonces con el tipo de apología del terrorismo previsto en este último precepto? ¿La *justificación* de un delito terrorista que *no* «pueda resultar fecunda y generar deseos de emular»? ¿El *enaltecimiento* de su autor desprovisto de cualquier «peligro potencial» de determinar a la comisión de futuros delitos? ¿No implicaría esto castigar la expresión de una mera opinión o adhesión ideológica, o de una simple —y aunque desafortunada— manifestación de solidaridad?

La jurisprudencia sobre el art. 578 CP que se está imponiendo en los últimos tiempos, como se tendrá ocasión de comprobar a continuación, está respondiendo afirmativamente a los interrogantes que se acaban de plantear sobre el contenido que cabría otorgar, en tal contexto interpretativo, al delito de exaltación del terrorismo, y con ello no planteándose *en serio* la última de las preguntas formuladas. Se confirman de este modo las funestas consecuencias que eran fáciles de presagiar a partir de la reforma penal que configuró el art. 578 en su versión actual. Si como se viene diciendo desde JIMÉNEZ DE ASÚA la punición de los actos preparatorios actúa como termómetro que mide el calor de las convicciones liberales⁴⁶, es posible adelantar ya que nuestra legislación vigente, a la vista de la exégesis doctrinal y jurisprudencial que está prosperando sobre la cuestión de la apología, no sale muy bien parada. A desarrollar esta idea y a pergeñar una propuesta alternativa de interpretación del art. 578 CP están dirigidas las siguientes páginas.

⁴⁴ La frase, ya transcrita anteriormente, es de QUINTERO OLIVARES (*Parte general...*, cit., p. 593) y expresa bien la concepción que mantiene en general buena parte de la doctrina a este respecto. Pueden verse, no obstante, las distintas matizaciones sobre el particular que se introducen, según los autores, en *supra*: nota 8.

⁴⁵ STS de 29 de noviembre de 1997 y SAP de Guipúzcoa de 27 de julio de 1998 (secc. 1^a).

⁴⁶ *La Ley y el delito*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1954, p. 502. Vid. asimismo, poniendo de manifiesto tal vinculación entre el signo político de la legislación y la regulación de los actos preparatorios a partir del análisis de este último extremo en los diversos Textos punitivos del período codificador español, ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones...», cit., pp. 492 y 493.

III. El ámbito de aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo

1. Crítica a las concepciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el delito

Antes de entrar a concretar la interpretación de la apología del art. 578 CP que, en atención a los presupuestos hasta ahora indicados, considero más adecuada, conviene reflejar, de manera resumida, el estado actual del debate en la doctrina y en la jurisprudencia en torno a cuáles deben ser los márgenes delimitadores de dicho tipo delictivo y realizar una valoración a este respecto.

Hasta aquí hemos visto que sostener, como se hace mayoritariamente, que el art. 18.1 CP establece el criterio general de relevancia de la apología en el marco de los actos preparatorios punibles y, en concreto, en aquellos casos en que la alabanza pública de un delito o de su autor sea incitadora —o, en la posición más exigente de algunos autores, sea igual de incitadora que una provocación explícita—, obliga necesariamente, toda vez que en referencia a las apologías específicas de la parte especial se castigan también los actos preparatorios con pena distinta (y en general, según vimos, menor), a rebajar el nivel de injusto —en términos de incitación— de tales figuras delictivas y en particular, por lo que ahora interesa, del delito de ensalzamiento del terrorismo del art. 578 CP.

Con arreglo a ello, en el plano doctrinal, y bien entendido que se asume generalmente aquella solución interpretativa en relación con la apología como acto preparatorio genérico, se suele estimar que el art. 578 contempla una versión *ampliada* o *extensiva* de la apología del art. 18⁴⁷, esto es, sin los estrictos requisitos que —según tal interpretación de este último precepto— la homologan a la provocación directa. Ahora bien, a la vez, se debe destacar que, con similar grado de consenso y con independencia de la inteligencia más o menos amplia que cada autor le atribuye, la doctrina se muestra bastante crítica con la tipificación penal de esta conducta⁴⁸.

⁴⁷ Vid., por ejemplo, VIVES ANTÓN, T. S./CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal...*, cit., p. 730; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, cit., p. 849 o COBO DEL ROSAL, M./QUINTANAR DÍEZ, M., en COBO (dir.): *Derecho penal español, Parte especial*, Dykinson, 2005, p. 1152.

⁴⁸ Vid., además de los autores citados en la nota anterior, y entre otros, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos...*, cit., pp. 272 y ss., CUERDA ARNAU, M., «El nuevo delito...», cit., pp. 105 y ss. y 117, o en «Terrorismo...», cit., pp. 82 y 89 y ss., FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Sobre el contenido...», cit., pp. 51 y ss. y p. 57, GONZÁLEZ J. L./MATALLÍN, A./ORTS, E./ROIG, M.,

Por otra parte, en este punto es importante señalar que dentro de este margen de versión ampliada o de «segundo nivel» de apología, hay autores que requieren que el comportamiento enaltecedor revista cierta eficacia instigadora —incitación «indirecta» o de carácter débil— y otros que, por el contrario, no exigen ningún elemento incitador. Entre los primeros se encuentra BERNAL DEL CASTILLO, en cuya opinión el art. 578 CP castigaría las conductas de enaltecimiento o justificación del terrorismo cuando de las mismas «se derive un riesgo genérico, indirecto o circunstancial, apto para la creación o el favorecimiento de un clima de aceptación social del terrorismo (...), sin que sea necesario que constituya una provocación directa a delitos concretos y personas determinadas»⁴⁹; o CAMPO MORENO, que apoyándose en la doctrina del TC sobre los límites al derecho fundamental a la libertad de expresión considera imprescindible la presencia de un componente incitador indirecto, sin llegar a concretar en qué consistiría tal requisito⁵⁰. Pertenecen, en cambio, al grupo de autores que propugnan una interpretación más o menos gramatical del precepto, CUERDA ARNAU, para quien lo contrario «no se ajusta ni al texto de la ley, ni tampoco —aunque esto importe menos— a la voluntad legislativa»⁵¹, o MANJÓN-CABEZA, destacando —en sentido parecido— que la admisión de una apología que no requiere ningún tipo de incitación es un problema que ha generado el legislador y que no se debe intentar resolver «haciendo una insegura interpretación, no avalada por la clara literalidad del precepto»⁵².

Al margen ahora de la doctrina del TC sobre el particular, que será analizada de manera específica con posterioridad, desde el punto de vista de la jurisprudencia ordinaria la tendencia generalizada es a in-

Esquemas de Derecho penal Parte especial, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 376, MANJÓN-CABEZA, A., «Apología...», cit., p. 581, o GEPC, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, Málaga, 2008, pp. 13, 14 y 37.. Constituye una salvedad a este respecto la opinión de MANZANARES SAMANIEGO, para quien el legislador viene a llenar así un «lamentable vacío» («Reformas penales en materia de terrorismo», *Actualidad penal*, 2000, n.º 48, 2000, p. 1015). Cfr. también en esta última dirección, PULIDO QUECEDO, M., «La prohibición de manifestaciones», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 3/2002 (Tribuna), Pamplona, 2002 o RUIZ LANDÁBURU, (*Provocación...*, cit., pp. 12, 13 y 78).

⁴⁹ «Observaciones...», cit., epígrafe II.

⁵⁰ «El enaltecimiento...», cit., en torno a nota 6 y ss. Cfr. una posición similar respecto del delito del art. 607.2 CP, por ejemplo, en GIL GIL, A., *Derecho penal...*, cit., pp. 342 y ss. y pp. 351 y 355.

⁵¹ «El nuevo delito...», cit., pp. 107 y ss.

⁵² «Apología...», cit., pp. 580 y 581. Vid., ibidem, pp. 578 y ss. Cfr. también, en esta línea interpretativa del art. 578, si bien aprobando en este caso las amplias hechuras del tipo, e incluso estimándolas insuficientes, RUIZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación...*, cit., pp. 12, 37 y ss., y 76 y 78.

terpretar el delito de enaltecimiento del terrorismo de forma estrictamente literal, sin reclamar en general ningún tipo de virtualidad incitadora a efectos de tipicidad. En este sentido, el TS se ha limitado habitualmente a definir el delito en análisis a partir de los tres elementos siguientes: 1) la existencia de acciones o palabras por las que se enaltece o justifica; 2) que tal enaltecimiento o justificación se refiera a los delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 a 577 CP; 3) y que dicha conducta sea realizada a través de cualquier medio de expresión pública o difusión⁵³; añadiéndose en ocasiones de forma explícita que «no es necesario que la expresión utilizada incite directa o indirectamente a la comisión de un delito, ni que el dolo del autor abarque más allá del propio elogio»⁵⁴.

1.1. La interpretación puramente gramatical. La «estética», los principios (penales) y la libertad de expresión

Parte de la doctrina y la práctica totalidad de la jurisprudencia acoge, pues, según se acaba de comprobar, un criterio interpretativo del art. 578 CP en virtud del cual resultan punibles los comportamientos de justificación o de ensalzamiento de delitos terroristas o de sus autores desprovistos de cualquier componente incitador; es decir, se realiza una exégesis del precepto de índole estrictamente gramatical.

Esta solución interpretativa entiendo que encuentra difícil encaje en nuestro marco constitucional.

La clase de conductas que están motivando en los últimos tiempos la aplicación de este delito por parte de nuestros tribunales me parecen expresivas por sí mismas como primer dato aproximativo para fundamentar la afirmación que se acaba de hacer. Pues, en efecto, sin perjuicio del indudable reproche moral que merecen tales hechos, así como de la comprensible repulsa social que generan, cabe preguntarse, desde una perspectiva jurídico-penal, qué bien jurídico resulta atacado —en medida suficiente como para motivar la intervención del *ius puniendi*— a través de las manifestaciones laudatorias que se suelen realizar en actos de homenaje a miembros de la banda terrorista ETA,

⁵³ Vid., entre otras, las SSTS de 26 de febrero de 2007, de 23 de septiembre de 2008, SAN de 29 de julio de 2008 (secc. 1ª), STS de 5 de junio de 2009, y STS de 3 de marzo de 2010.

⁵⁴ SAN de 19 de febrero de 2007 (secc. 3ª), que continúa: «es decir, no será preciso que el autor del delito de apología haya provocado o querido provocar la comisión de hechos delictivos como los que son objeto de apología»; o también, en sentido parecido, la STS de 3 de marzo de 2010.

contempladas tales conductas sin ninguna exigencia incitadora en términos de dolo y de aptitud para instigar a la comisión de un delito.

De esta orientación es representativa la reciente SAN de 2 de marzo de 2010 (secc. 4^a), que impone a Arnaldo Otegi una pena de 2 años de prisión y 16 años de inhabilitación absoluta por afirmar, durante el transcurso de un acto de homenaje realizado a un condenado por graves delitos terroristas, que la consecución de la libertad y la autodeterminación de Euskal Herria es algo que «se lo debemos a los presos políticos vascos, refugiados y tantos camaradas que hemos dejado en la lucha»⁵⁵; o asimismo la de la AN de 3 de junio de 2009, que aplica el art. 578 CP con motivo de una intervención de la acusada en un acto de presentación de las candidaturas del partido político ANV brindando públicamente «este ánimo, abrazo y este chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más caluroso posible», a los dos detenidos por el atentado terrorista de la T-4 del aeropuerto de Barajas y a «todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España», declarando a continuación que en Euskal Erria «todos los cuerpos policiales y represivos utilizan la tortura sistemáticamente contra los independentistas vascos»⁵⁶. Para llegar a tal resultado condenato-

⁵⁵ A partir, fundamentalmente, de esta frase concluye el Tribunal lo siguiente: «a estos individuos el acusado Otegi los ensalza en grado sumo, hasta el punto de llegar a considerarlos acreedores de Euskal Herria, por ser los artífices de ese gran cambio que, aventuraba, conllevará la territorialidad, la autodeterminación y en definitiva la independencia del País Vasco del resto de España. Mayores halagos para éstos resulta inimaginable».

⁵⁶ Es de destacar que esta sentencia ha sido casada por el TS en su reciente pronunciamiento de 3 de marzo de 2010. Resulta asimismo reseñable, sin embargo, que en tal resolución, pese a la conclusión absolutoria a la que conduce, no se introduce ninguna modificación relevante en lo que se refiere a los criterios hermenéuticos del tipo delictivo en análisis. Y ello, desde un plano general, por cuanto lo que hace es insistir, si acaso remarcándola todavía más, en la tesis interpretativa que desvincula el delito de exaltación del terrorismo de cualquier dimensión incitadora; y, en lo que importa al caso concreto, porque para negar el carácter delictivo de la conducta descrita en el texto —y en la línea del voto particular formulado a la sentencia de la instancia— se basa fundamentalmente en una cuestión de índole probatoria, cual es la inexistencia «más allá de toda duda razonable» del dolo de enaltecer, considerando que «la verdadera intención» que animó a la recurrente fue la de denunciar las supuestas torturas cometidas. Cfr., no obstante, el voto particular a esta sentencia, formulado por el magistrado J. Sánchez Melgar, a tenor del cual la naturaleza enaltecedora del discurso enjuiciado «resulta de la propia literalidad de las palabras proferidas», añadiendo que «no podemos comprender que referirse a los presos de la organización terrorista ETA, como «presos políticos», no signifique esa expresión como el discurso de la apología de los verdugos, es decir, el enaltecimiento de quienes —en dicción legal— «hayan participado en su ejecución», al punto de terminar la exclamación con un «¡os queremos!».

rio, la Audiencia Nacional se apoya en este caso, además de en la repetida alusión a los «presos políticos vascos», en argumentos que parecen otorgar relevancia a estos efectos a las conductas de minimización de la gravedad de los hechos e incluso a la ausencia de condena, en tanto que inciden en el hecho de que la acusada resalte la condición de «independentistas vascos» y obvie, por el contrario, «como si carecieran de entidad o fueran de importancia menor, por ese afán independentista que desde su óptica prima, las actividades delictivas que en pro de esa aspiración se han sucedido en España por los servidores de la causa desde las filas de la organización terrorista; no es incompatible rechazar esos comportamientos y a la par las torturas o malos tratos de las que se sepa que han sido objeto»⁵⁷.

En esta misma línea se puede encuadrar con carácter general la conocida sentencia del TS de 26 de febrero de 2007, que considera responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP al etarra De Juana Chaos por la publicación de una carta en el diario *Gara* en la que el autor encomia la resistencia del colectivo de presos de ETA hacia la resocialización pretendida en las prisiones y achaca el éxito de tal actitud a que tienen «el escudo de la razón»⁵⁸; u otros supuestos en los que se ha aplicado igualmente el citado pre-

⁵⁷ «(L)o que no es aceptable —continúa la citada sentencia— es incidir sólo en el ideario en el que se escuda esa organización y que se comparte por la acusada, el de la independencia, encuadrándolos como eso, independentistas, sin otro añadido para identificarlos» (cfr., con todo, la STS de 3 de marzo de 2010 a que se hace referencia en la nota anterior). Conecta también con esta línea argumentativa el AAN de 30 de julio de 2009 (secc. 4ª), al utilizar como uno de sus principales argumentos para sostener la existencia de indicios de comisión del delito del art. 578 el hecho de que se critique la política de dispersión penitenciaria sólo en relación con los presos de ETA y no con el resto de personas ajenas a dicha organización terrorista que están también en prisión («presos que les son indiferentes por no ser objeto de sus inquietudes»). Aludiendo también a esta idea, si bien aquí de modo más tangencial, la SAN de 2 de marzo de 2010 (secc. 4ª).

⁵⁸ Con ello, en opinión del TS, «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». Esta sentencia motivó, como es sabido, diversos votos particulares, entre los que destacan, en lo que aquí ahora interesa, el del magistrado J. Giménez García, para quien el artículo publicado por De Juana carece de «tono apolo-gético» y constituye «más bien una censura por los retrasos en la excarcelación del recurrente», o el del magistrado P. Andrés Ibáñez, en cuya opinión aquél «no reivindica ni celebra acciones delictivas concretas de los arts. 571 a 577 CP, sino que expresa con cierta vaguedad un planteamiento ideológico, que no pierde tal carácter por el hecho de ser aberrante». Vid. un análisis crítico de dicha resolución en LLOBET, M., «¿El fin...», cit., pp. 523 y ss., ARIAS CASTAÑO, A., «Amenazas, enaltecimiento del terrorismo y libertad de expresión: el caso De Juana Chaos», *InDret*, n.º 4, 2007, pp. 21 y ss., y asimismo en CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito...», cit., pp. 111 y ss.

cepto por ondear una bandera en un estadio de fútbol con los logotipos de ETA y de Jarrai⁵⁹, o bien por portar y exhibir como representantes de las fiestas mayores del pueblo dos monigotes con las fotografías de las caras de sendos miembros de ETA, desprovistas tales imágenes de cualquier tipo de expresión o de leyenda⁶⁰, y en ambos casos sin necesidad de que el Tribunal llegara siquiera a plantearse si existía dolo de incitación al delito o idoneidad de la conducta para ello⁶¹.

A la luz del panorama jurisprudencial expuesto pienso que se puede acabar castigando cualquier cosa. Por esta misma vía hermenéutica, en efecto, no resultaría difícil considerar típica, y por citar hipótesis que la doctrina ha señalado como paradigma de lo que en ningún caso debiera sancionarse como apología delictiva⁶², la llamada legitimación tácita de acciones terroristas (relativizar la gravedad de los hechos o la ausencia de condena) —algo que, como se ha visto, no resulta ajeno al discurso de algunos de los pronunciamientos que están cayendo últimamente en relación con este delito—⁶³; o asi-

⁵⁹ SAN de 12 noviembre de 2007 (secc. 1ª), confirmada por la STS de 23 de septiembre de 2008.

⁶⁰ SAN de 29 de julio de 2008 (secc. 1ª), confirmada por la STS de 5 de junio de 2009.

⁶¹ Vid., en cambio, el voto particular a la sentencia de primera instancia relativa al último de los casos indicados (SAN de 29 de julio de 2008 (secc. 1ª)), formulado por el magistrado R. SÁEZ VALCÁRCCEL, en el que se afirma que «la acción imputada no tiene virtualidad como incitación a la perpetración de delitos de terrorismo o a la provocación de un clima hostil o de odio que alimente la violencia terrorista», manteniéndose asimismo que tal conducta, que «no fue acompañada de discurso, explicación, leyenda, eslogan, proclama o grito alguno, ni siquiera de información sobre la identidad de la persona», podría entenderse como un acto de recuerdo o evocación de dos condenados pero no llega a constituir un «enaltecimiento» y carece también del desarrollo argumental que exige la «justificación». Otro exponente, en fin, de esta tendencia a exacerbar la aplicación del tipo en examen que se ha instalado en nuestra jurisprudencia, puede verse en el debate que se generó en la AN en torno a la posibilidad de condenar por esta vía hechos consistentes en no ordenar el cambio del nombre de una calle previamente dedicada a un integrante de ETA y que, como no podía ser de otra forma, se acabó resolviendo en sentido negativo, dada la naturaleza —de mera actividad— del delito y la imposibilidad, según se sigue del art. 11 CP, de contemplar la comisión por omisión en tales supuestos (vid. el Auto del Pleno de la AN de 9 de julio de 2008. Asimismo, y entre otras resoluciones, el AAN de 30 de julio de 2009 (secc. 4ª) o la STS de 3 de marzo de 2010).

⁶² Vid. por todos, MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas reflexiones...», cit., epígrafe III, y CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito...», cit., pp. 109 y 110.

⁶³ Repárese en que el TC, en punto a la interpretación del tipo del art. 607.2 CP —cuyo paralelismo con el tipo que aquí es objeto de atención ya ha sido puesto de manifiesto— ha estimado que «justificar» implica la «relativización» de la antijuridicidad del delito (STC 235/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico séptimo), de tal manera que si no se exige ningún elemento incitador y se asume una exégesis es-

mismo la exaltación de un condenado por razones que no tengan que ver con su actividad criminal. Ello, a mi juicio, representaría sólo un paso más desde una perspectiva cuantitativa —pero no cualitativa— con arreglo a los parámetros interpretativos que se vienen analizando. Del mismo modo que considerar delictiva la mera exhibición de fotos de terroristas aunque tal comportamiento estuviera animado por motivos de solidaridad, desde el momento en que el mismo admitiría integrarse en el significado estrictamente semántico del verbo enaltecer. De hecho, supuestos parecidos han motivado ya la prohibición de manera cautelar de la realización de concentraciones a favor de la reagrupación en el País Vasco de presos vinculados con ETA, en cuyas convocatorias figuraban fotografías de dichos sujetos bajo los lemas «Porque les queremos en casa» o «Acto contrario a la dispersión», considerándose que tales hechos constituyen «claros indicios» de la comisión del delito del art. 578 CP⁶⁴, y no resultan en realidad muy distantes de otros que, en los términos en que se acaba de comentar, han dado lugar a condenas por esta infracción penal⁶⁵.

O, en fin, en esta misma línea de pensamiento, cabría plantearse por qué considerar que enaltecen sólo los que realizan este tipo de discurso y no igualmente todos aquéllos que acuden a dichos actos públicos de homenaje y aplauden y vitorean tal clase de manifestaciones, o cantan y bailan danzas en honor al terrorista homenajea-

trictamente gramatical del art. 578 CP habrá de admitirse la relevancia penal de esta clase de conductas, por cuanto, a la vista de tales criterios interpretativos, no parece que quepa excluir del marco típico del verbo «justificar» la relativización o minimización de un hecho delictivo.

⁶⁴ Es el caso del Auto de la AN de 30 de julio de 2009, a tenor del cual «se observa que tal crítica de la dispersión se realiza sólo respecto de los llamados por el entorno etarra «presos políticos», con exclusión de los llamados por el mismo entorno «presos sociales», es decir, las restantes penas desvinculadas de ETA que cumplen penas privativas de libertad (...). Precisamente esta distinción es la que invalida la concepción de hallarnos ante una genuina expresión de los derechos de reunión y manifestación constitucionalmente consagrados, puesto que las consignas, los actos (que incluyen la colocación de carteles y fotos de presos que cumplen condena por la comisión de delitos de índole terrorista) y los convocantes, abocan racionalmente a una clara inferencia de posible perpetración delictiva por la vía del artículo 578 del Código penal». Vid. también en esta línea, en relación con un supuesto similar, y entre otros, el Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de 25 de septiembre de 2009; y asimismo ilustrativo el Auto de la Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de 3 de septiembre de 2009, acordando la prohibición de unos actos convocados bajo el lema «A favor de la amnistía» y consistentes en la celebración de un torneo de fútbol 7, una comida popular y un campeonato de mus.

⁶⁵ Así, la SAN de 29 de julio de 2008 (secc. 1ª) (supuesto de exposición de monigotes con fotografías de miembros de ETA) confirmada por la STS de 5 de junio de 2009. Vid. a este respecto el voto particular formulado al primero de dichos pronunciamientos, en supra: nota 61.

do⁶⁶; o, de la misma manera, por qué no condenar también a los que convocan tales concentraciones como inductores de un delito enaltecimiento del terrorismo, o incluso como provocadores, *ex art.* 579.1 CP, en los casos en que tales actos no se lleguen finalmente a celebrar (por resultar prohibidos por la autoridad judicial).

A la vista de esta posición interpretativa, de carácter estrictamente gramatical, resulta difícil, pues, determinar qué fundamento se puede atribuir en este delito al castigo penal. Y en este sentido me parece ilustrativa la Exposición de Motivos de la LO 7/2000, que a fin de justificar la introducción del precepto en examen empieza señalando que las acciones que se penalizan «constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas», para a continuación señalar que no se trata «con toda evidencia» —sin que, como ha destacado la doctrina, se explique realmente por qué esto es así⁶⁷— «de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas», y finalmente acabar concluyendo que estamos ante «(a)ctos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal». Son asimismo expresivas en esta línea las palabras de MANJÓN-CABEZA, una de las representantes de esta —según ella misma denomina— «interpretación literal» del delito de enaltecimiento: «el art. 578 tipifica un comportamiento apologético, que no requiere incitación directa, ni indirecta, que no es acto preparatorio, que no es provocación, que no se castiga por el peligro, si quiera abstracto, para un bien jurídico de referencia de los delitos de terrorismo, que

⁶⁶ Cfr, por ejemplo, la SAN de 2 de marzo de 2010 (secc. 4ª), por la que se condenó a Otegi con base en la conducta más arriba descrita, y en cuyos hechos probados se da cuenta de cómo el referido acto de homenaje «se desarrolló ante una multitud de personas, y estuvo amenizado por txalapartas, dantzaris y bertsolaris, culminando el mismo con canciones dedicadas al condenado José M.ª Sagarduy, por ser el «preso» más veterano existente en las cárceles españolas, y con la entrega de flores que un acusado no enjuiciado ofreció a los familiares del homenajeado (...), en cuyo honor se bailó por último una danza». Y continúa el relato de hechos probados de la sentencia: «Con posterioridad a los eventos narrados, se inició una marcha por parte de los congregados, que discurrió por las calles principales de Amorebieta, en la que muchos de sus miembros exhibían fotografías de ciudadanos vascos que se encontraban extinguiendo sus responsabilidades penales contraídas en establecimientos penitenciarios ubicados en España y en Francia, coreando a viva voz expresiones tales como «Amnistía y Libertad» (...) «Presos a la calle» (...) «Libertad para Gatza».

⁶⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Apología...», cit., p. 80; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología...», cit., p. 574; CANCIO MELIÁ, M., «Los delitos...», cit., p. 285, nota 820.

tiene naturaleza de delito autónomo (...) y que tiene una pena propia»; todo lo cual le lleva a colegir que el bien jurídico que tutela el referido precepto es el sentimiento de «*perplejidad e indignación social*» al que alude la Exposición de Motivos de la LO 7/2000⁶⁸. En términos parecidos, y habida cuenta de la dificultad que ello implica a partir de las pautas interpretativas del art. 578 que hemos visto que se utilizan en este contexto, se comprende que la jurisprudencia, pese a que suele afirmar genéricamente la importancia y amplia justificación del tipo de exaltación del terrorismo, en las escasas ocasiones en que trata de concretar cuál sería su objeto de protección difícilmente lo consigue, limitándose a sugerir ideas vagas, como la existencia de un «interés social y público» superior⁶⁹, o remitiéndose

⁶⁸ «Apología...», cit., pp. 580 y 581. Esta autora asume dicho resultado pese a considerarlo contrario a la doctrina constitucional sobre la libertad de expresión, y por entender, como ya se ha destacado más arriba, que otra interpretación del art. 578 carece de apoyo legal (vid. una respuesta a esta objeción en *infra*: epígrafe III.2). En una posición cercana, por lo que respecta a la fundamentación del delito, cabe situar a MANZANARES SAMANIEGO, si bien en este caso desde una perspectiva absolutamente diversa en cuanto a la valoración del precepto: «Después de 30 años de pesadilla, cuando vuelven los homenajes públicos a los asesinos y se adueñan de la calle los vociferantes partidarios de la banda, seguíamos preguntándonos si todo ese aquelarre había de quedar impune por imprevisión de los legisladores (...) El dilema se plantea en muy sencillos términos. O admitimos llanamente que aquellos comportamientos son impunes y deben seguir siéndolo por unas razones que, en todo caso, merecerían ser explicadas, o se modifica el Código penal de acuerdo con lo que demanda la ciudadanía» («Reformas penales...», cit., p. 1015). Como apunta la propia MANJÓN-CABEZA, lleva razón el citado autor cuando dice «que el nuevo artículo 578 obedece «a lo que demanda la ciudadanía» y no, estrictamente a lo que demanda una correcta política criminal de protección exclusiva de bienes jurídicos concretos. Cuando la ciudadanía reclama la pena de muerte, el legislador no la introduce en nuestro catálogo de penas» («Apología...», cit., p. 575, nota 17).

⁶⁹ En tal sentido, la SAN de 19 de febrero de 2007 (secc. 3ª). Resulta significativa asimismo en esta línea la STS de 5 de junio de 2009, a tenor de la cual «ha de tenerse muy presente que ni se trata en modo alguno de una simple criminalización de opiniones discrepantes ni el fundamento y el bien jurídico protegido en este caso es la defensa de la superioridad de ideas contrarias a aquéllas que animan a esta clase de delincuentes, sino que, muy al contrario, la finalidad es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático». Por su parte, la SAN de 29 de julio de 2008 (secc. 1ª) recoge que «esta actividad en honor de los penados, genera un favorecimiento de su conducta pretendiendo denostar la situación de cumplimiento de condenas en prisión que actualmente tienen (...), motivando victimismo hacia los terroristas, que sirve de germen para la adhesión a su causa y a la posibilidad de tener que necesitar la utilización de medios violentos contra el Estado de Derecho»; y en la SAN de 3 de junio de 2009 (secc. 4ª) se dice que «es claro que la protección a que se refiere esa figura penal no conculca el derecho constitucional de la libertad de expresión toda vez que *lo que protege es el rechazo* a los que se manifiestan de modo al-

a la citada Exposición de Motivos de la LO 7/2000 —que apunta, como se acaba de reseñar, a la tutela de la «perplejidad e indignación» de la sociedad—⁷⁰, cuando no termina reconociendo directamente que nos encontramos ante un «delito formal»⁷¹.

Parece, pues, manifiesto que tal concepción del delito de enaltecimiento del terrorismo no se compadece bien con el principio de ofensividad⁷² ni, sobre todo, con el carácter fragmentario que debe informar el Derecho penal. Y si se está de acuerdo con lo anterior, se habrá de convenir también entonces en que la restricción del derecho fundamental a la libertad de expresión que comporta el castigo penal de este tipo de conductas no resulta justificada.

No pretendo abordar aquí un análisis detenido de esta última cuestión ni de las trascendentales implicaciones de diverso orden que de ella se derivan⁷³. Tan sólo me gustaría recalcar ahora lo siguiente:

— Que, como advierten COBO y VIVES, la apología «o incita al delito, o es una mera manifestación de discrepancia»⁷⁴. Y al hilo de

guno ensalzando la actividad delictiva de otros» (la cursiva es añadida). Cfr. también a este respecto, el ATS de 14 de junio de 2002 y la STS de 17 de julio de 2007, así como la opinión del presidente del TSJ de Navarra, para quien el art. 20 CE sólo se puede ver restringido cuando «se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional», afirmando que ello es lo que sucede en estos supuestos, si bien a la hora de perfilar tal injusto lo hace en los siguientes términos: «(l)a apología de los terroristas no sólo hiere la sensibilidad de los ciudadanos demócratas (...), sino que menoscaba la legitimidad de las instituciones y por tanto del Estado de Derecho, por lo que su persecución y castigo resulta absolutamente necesaria» (FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., «Enaltecimiento del terrorismo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10/2009, Pamplona, 2009, edición electrónica, epígrafe E).

⁷⁰ Así, entre otras, la STS de 3 de marzo de 2010, añadiendo más adelante que el bien jurídico de este delito se cifraría en «la interdicción de lo que el TEDH (...) y también nuestro Tribunal Constitucional (...) califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrización colectiva como medio de conseguir esas finalidades».

⁷¹ «(L)a apología es un delito formal (...) con lo que es ajeno a su perfección un resultado efectivamente peligroso o lesivo para los intereses que protege» (cfr. SAN de 19 de febrero de 2007 (sección 3ª)).

⁷² Vid. no obstante las matizaciones formuladas a este respecto *infra*: nota 79.

⁷³ Vid. sobre ello el magistral trabajo de VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático...», cit., pp. 172 y ss.

⁷⁴ *Derecho penal...*, cit., p. 725, nota 59. De la misma opinión, DEL ROSAL BLASCO, para quien «la exigencia del ánimo incitador marca el límite entre lo que podría ser

esto conviene también recordar que, desde un plano más general, «(l)a proclamación de la libertad y del pluralismo político como «valores superiores» del ordenamiento jurídico y la concreción de esa declaración en los correspondientes derechos fundamentales impide (...) el castigo de las ideas y opiniones, por mucho que puedan estimarse perniciosas y la erección de la ley moral en bien jurídico, pues en una sociedad pluralista no puede haber una ley única moral cuyo cumplimiento pueda exigirse válidamente a todos»⁷⁵.

No es casual por tanto que, como anteriormente se mencionaba, la doctrina mayoritaria haya exigido tradicionalmente la necesaria conexión de la figura de la apología con un elemento incitador⁷⁶, o asimismo que esta idea haya formado parte de los *standards* que han definido desde antiguo el enjuiciamiento constitucional de la apología en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos⁷⁷, o, en fin, que esa sea también la concepción que se refleja en la generalidad de los instrumentos internacionales que promue-

un comportamiento fundamentador de un injusto penal (...) y lo que, en cualquier caso, es la mera expresión del pensamiento. Así debe ser si no queremos, por la vía del castigo de las meras adhesiones ideológicas, limitar el ya muy limitado ámbito de la libertad de expresión», concluyendo más adelante que sólo cuando se sume al elemento objetivo (alabar, elogiar o defender frente a lo que es una mera aprobación) el subjetivo consistente en el ánimo incitador «se podrá, en su caso, decir que la conducta del apologeta es potencialmente lesiva para un bien jurídico» (*La provocación...*, cit., pp. 191 y ss.); o, entre otros, ASÚA BATARRITA, A., «Apología...», cit., epígrafe II. Cfr. también MIRA BENAVENT, dando un paso más allá y estimando que ni siquiera la configuración de la apología como acto preparatorio colma las exigencias constitucionales en tanto que «la vigencia de esta figura obliga a castigar provocaciones indirectas o encubiertas a la comisión de uno o varios delitos, con lo que el peligro de daño para los bienes jurídicos protegidos en la Parte Especial sería todavía más remoto o lejano incluso que en la figura de la provocación» («El caso...», cit., pp. 522 y 523); o, en una dirección similar, MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas reflexiones...», cit., epígrafes II y ss.

⁷⁵ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal...*, cit., 1999, pp. 316 y 317.

⁷⁶ Vid. sobre el particular, *supra*: nota 35. Cfr. asimismo destacando, desde una óptica general, los riesgos de la apología en relación con la libertad de expresión, por todos, VIVES ANTÓN, T. S., «Apología...», cit., pp. 180 y ss. Vid. también, cuestionando la constitucionalidad de la apología del art. 578 CP, entre otros, VIVES ANTÓN, T. S./CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal...*, cit., p. 730, o en sentido similar, respecto del art. 607.2 CP, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Reflexiones...», cit., epígrafe V. Vid., en cambio, un planteamiento notoriamente contrario, en el que partiéndose de una interpretación literal del tipo de enaltecimiento del art. 578 se concluye que tales conductas constituyen un ataque a «la paz social y el mantenimiento del orden constitucional» y que, sobre esta base y la de consideraciones relativas a las «circunstancias sociales» actuales en nuestro país y al cambio de orientación en las estrategias terroristas, aquélla no quedan amparadas por el derecho constitucional a la libertad de expresión, en RUIZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación...*, cit., pp. 78 y ss.

⁷⁷ Vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático...», cit., p. 176.

ven la punición de conductas cercanas a las que aquí son objeto de estudio⁷⁸.

— La segunda consideración que quisiera destacar se refiere a que la demanda de semejante carácter incitador en la apología no se justifica tanto porque ésta, como ha explicado igualmente VIVES, sea en sí misma una conducta inocua⁷⁹, cuanto porque la nocividad que representan tales comportamientos —así contemplados; esto es, sin aptitud incitadora— no es suficientemente elevada para convertir, desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad de expresión, la prohibición penal de aquéllos en constitucionalmente legítima⁸⁰.

Bien entendido que las conductas de las que estamos hablando no son por norma general de mera adhesión ideológica sino que implican un apoyo a la actuación delictiva⁸¹, no se niega, pues, en ningún

⁷⁸ Así, por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención del terrorismo de 16 de mayo de 2005, que se refiere a la necesidad de tipificar la provocación o incitación pública a la comisión de un delito de terrorismo, incluyendo en la definición de tal conducta la «intención de incitar» a la comisión del delito y que la misma, con independencia de si preconiza o no directamente este extremo, «conlleve el riesgo de que uno o más de tales delitos se cometan», o, en sentido muy similar, la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008. Cfr. también la Convención de Naciones Unidas para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, aludiendo a la «instigación directa y pública a cometer genocidio» o el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966, que prohíbe «la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia». Se manifiesta también en esta línea el relator especial de Naciones Unidas que, tras criticar la vaguedad del término «enaltecimiento» del art. 578 del CP español, indica que «la punibilidad de la incitación al terrorismo debe presuponer la intención de incitar a la comisión de un delito de terrorismo y también la existencia de un riesgo real de que, por efecto de esta incitación, se cometa un delito de esa naturaleza» (*Informe...*, cit., p. 8; vid. también p. 24).

⁷⁹ «La idea de que la simple apología del delito es inocua procede, probablemente, de la más general según la cual la sola expresión del pensamiento, en razón de su carácter ideal, no es apta para causar daño; pero, esa es una idea equivocada. Utilizando una imagen (...) podría decirse que la sociedad humana es un mecanismo que transforma ideas en realidades materiales. En el contexto de la sociedad humana no cabe, pues, afirmar que las ideas son inocuas». Sobre esta base concluye el citado autor que «habrá de reconocerse que ese *prius* lógico de la proporcionalidad que consiste en la existencia de un interés tutelado (...) constitucionalmente legítimo no se halla absolutamente ausente». («Sistema democrático...», cit., pp. 179 y 180). Vid., incidiendo en este planteamiento, CUERDA ARNAU («El nuevo delito...», cit., p. 116 y en «Terrorismo...», cit., p. 88).

⁸⁰ Vid. sobre la concepción procedimental del bien jurídico propuesta por VIVES, en referencia al caso particular de la apología, su trabajo «Sistema democrático...», cit., pp. 183 y ss., así como CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito...», cit., p. 120 o, de la misma autora, «Terrorismo...», cit., pp. 89 y 90.

⁸¹ Por más que en algunos de los supuestos que se han analizado tal apoyo resulte ciertamente muy mediato o velado.

caso que aquéllas puedan generar apoyo social al terrorismo y que, en esa medida —en alguna medida— lo refuercen; ni tampoco el lógico sentimiento de indignación social, y hasta de justificada repugnancia, que aquéllas inspiran. La cuestión es que el instrumento más represivo con que cuenta el Estado (el Derecho penal) no puede ni debe abarcar el castigo de todas o ni siquiera de la mayoría de las conductas socialmente dañosas, sino que se ha de limitar a combatir aquéllas que *de forma más intolerable* ataquen a los bienes jurídicos más importantes. Sólo así es posible atender a la exigencia de necesidad de tutela que se deriva del principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y, más concretamente, a la naturaleza fragmentaria del Derecho punitivo, siendo todas éstas, como es sabido, premisas de raíz constitucional⁸². Y cuando no se respetan tales principios, como pienso que sucede —sobre la base de lo expuesto en páginas anteriores— si se interpreta el delito de exaltación del terrorismo en un sentido gramatical, la afectación al derecho fundamental a la libertad de expresión que implica su tipificación y castigo no puede resultar legitimada⁸³.

No estamos, pues, es evidente, ante una mera cuestión de «gustos estéticos» de los penalistas⁸⁴.

Por lo demás, qué duda cabe, el carácter típico de una conducta —todavía más si tal tipicidad se identifica, como ocurre en el caso de la tesis interpretativa que se examina, con la estricta literalidad del tenor legal— no implica de suyo, en contra de lo que a veces parece

⁸² Vid. por todos COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal...*, cit., pp. 81 y ss. Vid. también CUERDA ARNAU, llamando la atención sobre el efecto de desaliento que la penalización de este tipo de comportamientos puede ejercer sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión, cuestión que para tal autora resulta clave en punto a la crítica a la tipificación de la apología del art. 578 CP («El nuevo delito...», cit., pp. 117 y ss., y en «Terrorismo...», cit., pp. 88 y ss.). Vid. igualmente sobre este tema en general el valioso trabajo de la misma autora «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista general de Derecho penal*, n.º 8, 2007.

⁸³ Lo cual no quiere decir naturalmente que las acciones de enaltecimiento o de justificación del terrorismo deban quedar en todo caso protegidas por el art. 20 CE. Así las cosas, la conclusión afirmada en el texto entiendo que no se opone a la idea que rechaza que *cualquier* clase de apoyo a la actividad delictiva —incluidos, por ejemplo, los discursos que revisten un mayor grado de peligrosidad— pueda considerarse integrada en el contenido intangible de la libertad de expresión, postulado que, con razón, critica CUERDA ARNAU con apoyo en la más reciente doctrina del TC («Terrorismo...», pp. 86 y ss.).

⁸⁴ Tal es la expresión con la que se ha referido PULIDO QUECEDO a las críticas formuladas desde la doctrina penal al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP («La prohibición...», cit., p. 3).

pretenderse⁸⁵, que aquélla no pueda en ningún caso resultar amparada por el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, y con ello quedar justificada⁸⁶; ni, menos aún, que en un plano valorativo —o, si se quiere, desde una perspectiva de *lege ferenda*— tal tipicidad sea un argumento que reste alguna validez a la crítica que pueda merecer un delito por la tensión que origina con el citado derecho fundamental.

Si es constitucional la apología no provocadora constituye un extremo sobre el que nuestro TC cabe decir que no se ha manifestado de forma tajante⁸⁷. Con todo, y en lo que aquí interesa, no se debe olvidar que la reciente STC 235/2007, si en algo insiste —con independencia ahora del juicio (negativo, por insuficiente) que pueda merecer dicha exigencia— es en la necesidad, a efectos de considerar consti-

⁸⁵ Vid., por ejemplo, MUÑOZ CUESTA, afirmando que la respuesta penal a estos hechos no entra «en contradicción con el derecho fundamental a la libertad de expresión previsto en el art. 20.1 a) de la Constitución Española, ya que el derecho fundamental no puede amparar en caso alguno conductas tipificadas como delictivas por atentar a bienes jurídicos esenciales dentro del Estado» («Acto público...», cit.).

⁸⁶ Recuérdese en este sentido lo afirmado por el TC a propósito precisamente del conflicto entre el delito de apología del terrorismo y un derecho fundamental muy cercano al que aquí ahora nos incumbe: «cuando la libertad de información entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados, como ocurre en el presente caso, por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado»; a partir de lo cual concluye el alto Tribunal que el referido conflicto «no puede resolverse otorgando a priori un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley Penal frente a la libertad de información» (STC 159/1986, de 12 de diciembre, fundamentos jurídicos sexto y séptimo).

⁸⁷ Pues si bien es verdad que, como destaca MAQUEDA, el TC en su sentencia 199/1987 de 16 de diciembre sostiene que la apología no puede entenderse en «todos los casos como inductora o provocadora» y que pese a ello no descarta su carácter punible («Algunas reflexiones...», cit., epígrafe I), asimismo debe tenerse en cuenta que aquella afirmación la realiza el alto Tribunal a fin de justificar la exclusión de tal figura del régimen excepcional de suspensión de garantías aplicable a los delitos de terrorismo y que, en realidad, como la propia autora reconoce, el TC no entra aquí en un debate a fondo sobre el fundamento jurídico constitucional del castigo de la apología (ibidem). Como dijera COBO y VIVES respecto de la STC 159/1986 de 12 de diciembre, y ello mismo creo que resulta también aplicable al pronunciamiento que ahora se comenta, el Tribunal no aborda el problema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la apología porque no fue planteado en el recurso (*Derecho penal...*, cit., 1999, p. 725, nota 59; cfr. también MIRA BENAVENT, para quien el TC en la STC 159/1986 no sólo no se plantea dicha cuestión sino que la rehúye, «El caso...», cit., p. 523). En similar sentido concluyen otros autores, como por ejemplo CAMPO MORENO, para quien el TC desaprovechó en las sentencias mencionadas las dos oportunidades más claras que tuvo para pronunciarse sobre el tema («El enaltecimiento...», cit., en torno a nota 3).

tucional el tipo de justificación del genocidio, de requerir en tal conducta la presencia de un *elemento incitador*, por más que sea indirecto; y que, junto a ello, y a la tutela del riesgo relativa al delito que es objeto de apología y que en principio cabe derivar de tal requisito, parece apuntar —siquiera sea en alguna medida— a otros valores relevantes, como la dignidad, la integridad moral o el honor de las víctimas, para justificar la sanción penal del indicado delito⁸⁸. Mas en ningún caso parece configurarlo, en los términos esencialmente formales y apoyados, como toda legitimación, en la mera literalidad del precepto, a los que parece conducir la postura interpretativa que se analiza en relación con el art. 578 CP⁸⁹.

Por otra parte, y abundando en la crítica a esta posición —que como ya se ha dicho es absolutamente dominante en la jurisprudencia— importa no perder de vista que, en lo que concierne al tipo de enaltecimiento del terrorismo, no hay duda de que la apología ha dejado de jugar el papel meramente simbólico o «comunicativo» que tradicionalmente se le ha atribuido a partir de su escasa aplicación en la práctica forense⁹⁰. En este sentido, llama la atención que en la jurisprudencia sobre el citado precepto no sea infrecuente encontrar alusiones que sugieren la preocupación de la Sala por preservar la libertad de expresión e incluso por realizar una interpretación restrictiva del tipo⁹¹, pues a renglón seguido esas mismas resoluciones

⁸⁸ Vid. sobre todos estos extremos, *infra*: epígrafe III.1.2.1.

⁸⁹ Y algo similar cabe decir respecto del ATC 4/2008 de 9 de enero, que aplica al art. 578 la doctrina de la referida sentencia, insistiendo para ello en la supeditación de la legitimación del delito a la concurrencia del repetido elemento incitador. Otra cosa es que a la hora de constatar la presencia del mismo en el caso concreto que motiva la citada resolución acabe integrando tal requisito con extremos que resultan extraños al tipo de enaltecimiento del terrorismo. Vid sobre ello, razonándose también cómo de dicha resolución es posible derivar que el TC descarta una interpretación estrictamente gramatical del delito, *infra*: epígrafe III.1.2.1.

⁹⁰ Vid., destacando la tradicional concepción de la apología en este sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ, P, «La tipificación...», cit., pp. 900 y ss. «(L)a amenaza parece ser más comunicativa que real en la aplicación de penas por apología. Por lo que cabe afirmar que el sentido de la apología de delito parece buscarse más en las declaraciones de intenciones políticas que en la eficacia real en su aplicación. La batalla frente a determinadas manifestaciones actuales del delito se libra más en los escenarios mediáticos que en los tribunales». *Ibidem*, p. 902; cfr., no obstante, pp. 913 y ss., aludiendo el mismo autor a que semejante uso «comunicativo» o «propagandístico» es el que se la da también a la apología en la política criminal española actual, particularmente en materia de terrorismo; conclusión que habida cuenta de la aplicación del art. 578 CP que, como se ha visto, están haciendo en los últimos tiempos nuestros tribunales, no se puede compartir.

⁹¹ Significativo a este respecto, el informe del Relator Especial de Naciones Unidas, en el que se habla de «las seguridades ofrecidas por las autoridades judiciales» españolas sobre la interpretación del art. 578 «de forma muy estricta» (Informe del Re-

—paralelamente en cierto modo a lo que sucede con la repetida Exposición de Motivos de la LO 7/2000, de la que muchas de aquéllas se hacen eco— llevan a cabo, según se ha visto, una aplicación absolutamente generosa y extensiva del mismo⁹². En este punto quizás no esté de más traer de nuevo a colación la STC 159/1986 de 12 de diciembre, que, en el contexto del conflicto de intereses planteado entre el delito de apología del terrorismo y el derecho a comunicar información veraz, subraya que «la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe (...) el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos» (fundamento jurídico sexto)⁹³. Lo anterior no implica desde luego, como la misma sentencia recuerda, que los derechos y libertades fundamentales deban considerarse absolutos⁹⁴, pero «tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades» (fundamento jurídico sexto). Pues bien, esto sentado, y a la vista de algunas de las resoluciones más arriba analizadas, no me parece exagerado afirmar que conductas que ahora están motivando que entre en consideración el art. 578 CP evocan sin demasiada dificultad la regulación de esta materia contenida en el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo⁹⁵, del cual se ha dicho que contemplaba

lador Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martín Scheinin, Misión a España, Naciones Unidas, 2008, p. 8).

⁹² Así, entre otras, la SAN de 2 de marzo de 2010 (secc. 4ª) o el AAN de 30 de julio de 2009 (secc. 4ª). Cfr. también la STS de 20 de junio de 2007, STS de 23 de septiembre de 2008, SAN de 3 de junio de 2009 (secc. 4ª), STS de 5 de junio de 2009.

⁹³ Vid. asimismo el extracto de dicha sentencia reproducido *supra*: nota 86.

⁹⁴ Vid. en este sentido la exposición que realiza CUERDA ARNAU sobre el desarrollo que desde esta perspectiva ha seguido el TC en su jurisprudencia más reciente («Terrorismo...», cit., pp. 87 y 88).

⁹⁵ En su art. 10 se castigaban, entre otras hipótesis, a los que «trataren de minimizar la responsabilidad de las conductas tipificadas en el Decreto-Ley por medio de la crítica —directa o solapada— de las sanciones legales que las previenen o castigan; o intentaren menoscabar la independencia y el prestigio de la justicia mediante manifestaciones de solidaridad con las personas encausadas o condenadas». En una línea parecida, la LO 9/1984, de 26 de diciembre, consideraba apología, por ejemplo, «el apoyo o ensalzamiento (...) de las actividades propias de una organización terrorista (...) o de los hechos y efemérides de sus miembros mediante la publicación y difusión en los medios de comunicación social de artículos de opinión, reportajes informativos, composiciones gráficas, comunicados y en general cualquier otro modo en el que se materialice la difusión», o «el apoyo o adhesión (...) a las organizaciones terroristas (...) o a sus actividades o a las de sus miembros mediante discursos, soflamas u ostentación de pancartas que se produjeran durante la celebración de concentraciones en las vías urbanas u otros lugares abiertos al público».

«probablemente, el concepto más amplio de apología que legislador penal alguno haya podido inventar»⁹⁶.

Por último, quisiera destacar la inseguridad jurídica en la que desemboca la interpretación que se comenta, lo cual no puede extrañar si se atiende a que lo que se hace es prescindir de facto de la referencia valorativa a un bien jurídico penal y aferrarse al tenor literal de una definición legal que, con razón, ha sido calificada de vaporosa⁹⁷. A este respecto, resultan indicativos los variados sentidos y matices que según los distintos autores admitirían desde este punto de vista gramatical los verbos típicos enaltecer o justificar⁹⁸, o asimismo los significados semánticos otorgados por la jurisprudencia a esos mismos términos⁹⁹ y, sobre todo, la disparidad de supuestos que según nuestros tribunales pueden alojarse en aquéllos. Así las cosas, cabe preguntarse, en efecto, por qué la aseveración, firmada por la organización Segui, de que «la lucha es el camino» «no se puede reputar como exaltación de actividades de terrorismo, ni de apoyo o solidaridad con actos concretos de grupos terroristas» y en consecuencia tal acción no es subsumible indiciariamente en el tipo penal del art. 578 CP¹⁰⁰, y en cambio sí que merece tal consideración la expresión —casi críptica— «adelante con la pelota», incluida en una carta supuestamente escrita por De Juana Chaos y leída en un bar de San Sebastián

⁹⁶ DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología...», cit., pp. 72 y 73.

⁹⁷ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos...*, cit., p. 274. Vid. también en sentido parecido el informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la regulación española en materia de terrorismo (*Informe...*, cit., p. 8).

⁹⁸ Así, por ejemplo, para CUERDA ARNAU el *enaltecimiento* equivale a «elogio o alabanza del crimen» («El nuevo delito...», cit., p. 108), mientras que a juicio de LAMARCA no basta «el simple elogio», debiendo entenderse como sinónimo de «exaltar o engrandecer» («Apología...», cit., en torno a nota 16). RUIZ LANDÁBURU, por su parte, define *justificar* como «mostrar argumentos que nos permitan considerar que, aunque la conducta en sí misma no es aceptable, en el caso concreto sí lo es», añadiendo que supone un concepto mucho más amplio que elogiar (*Provocación...*, cit., pp. 76 y 77), CUERDA habla de «ofrecer razones con las que se pretende legitimar la comisión de los delitos» («El nuevo delito...», cit., p. 108) y CAMPO MORENO de «probar una cosa con razones convincentes», aunque también de «rectificar o hacer justa una cosa» («El enaltecimiento...», cit., en torno a nota 1).

⁹⁹ En algunos casos se alude, por ejemplo, a la necesidad de otorgar a los delitos y a los que en ellos intervienen «la condición de modelo a seguir», en otros se incluyen en las acciones típicas, y entre otras posibilidades, las de «argumentar a favor del sujeto, disculpar sus acciones y aproximarlas o incluirlas en los actos permitidos por el ordenamiento jurídico», o incluso en algunas ocasiones se habla genéricamente de «apoyar» (vid., entre otras muchas, la SAN de 19 de febrero de 2007 (secc. 3ª), la STS de 17 de julio de 2007 o el AAN de 30 de julio de 2009 (secc. 4ª)). Cfr. también CANCIO MELIÁ, refiriéndose irónicamente en este contexto a las «honduras filológicas alcanzadas en la aplicación judicial del art. 578 CP», lo que considera un dato indiciario de que la tipificación penal abandona aquí el campo de lo razonable (*Los delitos...*, cit., pp. 277 y 278).

¹⁰⁰ AAP de Guipúzcoa de 23 de marzo de 2004.

el día de su excarcelación¹⁰¹, o en similar sentido cabría aludir de nuevo a la condena impuesta a ese mismo sujeto por la publicación en el Diario Gara de una carta cuyo contenido, al que más arriba ya se ha hecho mención¹⁰², dudosamente puede estimarse más «enaltecedor» o «justificador» que aquella otra expresión («la lucha es el camino») considerada sin embargo insuficiente a estos efectos por la AP de Guipúzcoa. Del mismo modo que no se entiende, por citar otro ejemplo, que se absuelva a Otegi por unas manifestaciones laudatorias realizadas a los medios de comunicación sobre una miembro de ETA fallecida mientras manipulaba un artefacto explosivo —en este caso dicho fallo fue debido al cambio de criterio del Ministerio Público sobre el carácter delictivo de los hechos y a la consiguiente retirada de la acusación—¹⁰³ a la vez que una intervención similar de la misma persona en un acto conmemorativo a otro terrorista que tuvo lugar muy poco tiempo después motivara, pues aquí sí que fue mantenida la acusación por el Fiscal, que fuera condenado en virtud del art. 578 CP¹⁰⁴.

1.1.1. La apología de la apología del terrorismo

Por si todo lo anterior no fuera suficiente, recuérdese que el art. 579.1 CP contempla la punición de la «provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578», lo que quiere decir que en relación con el delito de apología del terrorismo se castigan también los actos preparatorios (conspirar para apologizar, o provocar a ello, o proponerlo...).

De este modo, si se interpreta el art. 18.1 CP como, según ha quedado establecido en la primera parte de este trabajo, se hace con carácter general en doctrina y jurisprudencia —esto es, dando cabida en tal precepto a la apología provocadora como modalidad de acto preparatorio punible— se habrá de admitir entonces que es típica la apología de la apología del terrorismo¹⁰⁵. Lo cual, de acuerdo con la

¹⁰¹ Con aquella frase, al parecer, terminaba sus misivas un ex dirigente de ETA que, sin embargo, no aparece mencionado expresamente en dicho escrito. Como es sabido, tales hechos han dado lugar al inicio de diligencias penales y a que se curse una petición de extradición a Irlanda para juzgar a De Juana por un delito de enaltecimiento del terrorismo.

¹⁰² STS de 26 de febrero de 2007.

¹⁰³ SAN de 23 de marzo de 2007 (secc. 4ª).

¹⁰⁴ SAN de 27 de abril de 2006 (secc. 3ª), confirmada por la STS de 20 de junio de 2007. Vid. con más detalle sobre este último supuesto, subrayando asimismo la contradicción de criterio con el anterior, CUERDA ARNAU, M. L., «Terrorismo...», cit., pp. 93 y 94, y CANCIO MELIÁ, M., «Los delitos...», cit., pp. 278 y ss.

¹⁰⁵ Así lo hace, por ejemplo, de forma coherente con el referido presupuesto interpretativo, MUÑOZ CUESTA, F. J., «Acto público...», cit., o RUIZ LANDÁBURU, M. J., *Pro-*

interpretación estrictamente gramatical del tipo de enaltecimiento del art. 578 CP, que es como ya sabemos la que se mantiene de manera generalizada en la jurisprudencia, permitiría castigar —con pena de hasta 1 año de prisión¹⁰⁶— al enaltecedor de quien a su vez ha enaltecido delitos terroristas¹⁰⁷, teniendo en cuenta que si bien en el primer caso (apología del art. 579.1), y siempre desde la posición interpretativa que se comenta, sí sería exigible en el sujeto un ánimo e idoneidad incitadores, en el segundo (apología del art. 578), esto es, en relación con el comportamiento que en realidad constituye el objeto de la apología (provocadora) y respecto del cual se desvalora el riesgo de futura realización, estaríamos hablando de una mera defensa del delito o de su autor en la que podría estar ausente cualquier tipo de dolo provocador o aptitud suasoria de la conducta. Si en esta última hipótesis (apología del art. 578 interpretada en tales términos) ya se ha comprobado que es muy dudoso que pueda identificarse un contenido de injusto merecedor de reproche penal, sancionar los actos preparatorios en general, y la apología en particular, de esa misma conducta resulta ciertamente delirante¹⁰⁸.

Y frente a lo que en alguna ocasión se ha dicho¹⁰⁹, no creo que la utilización en la práctica de tal posibilidad legal sea tan improbable

vocación..., cit., pp. 92 y ss. Lo niegan, en cambio, pese a que la ya señalada literalidad del art. 579.1 —que incluye expresamente en su ámbito de aplicación las conductas del art. 578 CP— no admite dudas a este respecto, y entre otros, el ATS de 23 de mayo de 2002 (sosteniendo que tal posibilidad «conduciría directamente al absurdo»), el ATS de 14 de junio de 2002, la AAP de Guipúzcoa de 23 de marzo de 2004 o el AAP de Guipúzcoa de 26 de mayo de 2004; asimismo, conforme con esta línea jurisprudencial, GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...*, cit., pp. 2629 y 2631.

¹⁰⁶ En concreto, de 3 meses a 1 año menos un día de prisión (art. 579.1 en relación con el 578 CP).

¹⁰⁷ O al enaltecedor de quien, en abstracto, enaltece, o de la acción de enaltecer esta clase de delitos o a sus autores en general.

¹⁰⁸ A RUIZ LANDÁBURU, por el contrario, no sólo no le parece mal, sino que va todavía más allá y entiende que también el elogio público (no incitador) «de una manifestación pública que propone como modelo de conducta imitable, o al menos aceptable, la comisión de un delito de terrorismo» es punible, pudiéndose subsumir tal acción directamente en el art. 578 CP: pues «quien se muestra de acuerdo con el elogio de la comisión de un delito de terrorismo, en definitiva considera elogiable el propio delito de terrorismo», de donde se sigue que para dicha autora «considerar elogiable» un delito de terrorismo es razón suficiente para imponer una pena (*Provocación...*, cit., pp. 93 y 94). Con independencia de que tal planteamiento resulte desde un punto de vista hermenéutico ciertamente extravagante, no deja de ser indicativo, a mi modo de ver, del peligro que planea en general sobre la tipificación de este tipo de conductas.

¹⁰⁹ Refiriéndose de forma genérica al castigo de la provocación para cometer el delito de enaltecimiento del art. 578, ha afirmado CAMPO MORENO: «no creo arriesgarme si digo que no acaecerá jamás tal supuesto» («El enaltecimiento...», cit., en torno a nota 9); y en sentido similar se ha pronunciado BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones...», cit., epígrafe II.

visto el contexto jurisprudencial y legislativo en el que nos encontramos¹¹⁰. Las previsiones contenidas en el Proyecto de reforma penal de 2009 en lo que respecta al art. 579 no hacen sino reforzar esta impresión¹¹¹. Y, de la misma manera, lo hasta aquí apuntado creo que pone significativamente de manifiesto la necesidad de explorar opciones interpretativas de los arts. 18.1.2º y 578 CP diversas —y más restrictivas— a las actualmente dominantes.

1.2. La apología del terrorismo como delito autónomo o delito de clima

La segunda de las posturas interpretativas que se maneja sobre el delito de exaltación del terrorismo lo configura como un tipo con un bien jurídico autónomo que remite a las difusas ideas del orden público y la paz social —en unos de sus más amplios significados posibles— y a la categoría de los delitos de clima. Aquí, pues, a diferencia de lo que sucede en la opción anterior, sí se identifica en principio un objeto de tutela del delito si bien es aquél tan inconcreto que difícilmente puede cumplir la función de garantía a la que está llamado¹¹²;

¹¹⁰ Cfr., de hecho, el Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de 8 de agosto de 2009, contemplando la aplicación del art. 579.1 en relación con el art. 578, así como el comentario crítico de dicha resolución realizado por MARTÍNEZ GARAY, L./MIRA BENAVENT, J., *Audiencia Nacional...*, cit., capítulo III.

¹¹¹ Vid. sobre ello, *infra*: epígrafe VI.

¹¹² Expresiva en este sentido la crítica de DEL ROSAL BLASCO a la posición de LAMARCA que consideraba la apología genérica del CP anterior en términos parecidos a los expuestos en el texto: «entender que la apología (...) «acentúa las consecuencias dañosas del terrorismo o la rebelión» y «contribuye a legitimar, no ya a justificar, la acción delictiva» y «la estrategia de los propios grupos armados» (...) es mucho más que discutible. Además, desde el punto de vista ideológico, es una idea sumamente reaccionaria, porque nos conduce a la construcción de un concepto de bien jurídico, no al servicio de los fines que éste debe cumplir —y entre los que se encuentra, quizá como más importante, la de limitar el *ius puniendi* estatal—, sino al servicio del aparato represivo del Estado» (*La provocación...*, cit., p. 191; vid. también p. 193, nota 377). Cfr. asimismo ARROYO ZAPATERO, L., «La reforma...», cit., p. 394 o MIRA BENAVENT, J., «El caso...», cit., p. 524. La propia LAMARCA asume después dichas críticas al sostener en un trabajo posterior que interpretar la apología como acto preparatorio «permite salvar la constitucionalidad» de dicha figura y que concebirla como un delito autónomo «supondría sancionar por la mera alabanza o enaltecimiento de acciones delictivas (...), conducta que podrá ser o no moralmente discutible pero tras la que no se vislumbra ninguna lesión o riesgo para bienes jurídicos relevantes por lo que, sin duda alguna, dicha sanción constituye una muestra inequívoca de autoritarismo que criminaliza la mera disidencia con el modelo político o social imperante» («Apología...», cit., en torno a nota 30). Vid. también, más recientemente, censurando las tipificaciones de la apología «como delito autónomo que protege un clima o ambiente o «la paz pública» o «el orden público»», FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Reflexiones...», cit., epígrafe V.

y también en este caso distintamente a lo que postula la exégesis gramatical ya analizada, se requiere un elemento incitador, pero de nuevo se trata aquí de un parámetro de dudoso alcance limitador del tipo, por cuanto semejante incitación *indirecta* —comprendido aquí este último término en un sentido equivalente a débil o de segundo grado— se entiende referida a la creación de una (nebulosa) «atmósfera social» y resulta en la práctica muy difícil de concretar¹¹³. Son, por tanto, trasladables a esta interpretación del delito de enaltecimiento del art. 578 las ya clásicas críticas que la doctrina ha formulado, con razón, frente a esta concepción de la apología¹¹⁴, así como, en un plano más general, a los denominados delitos de clima¹¹⁵. De

¹¹³ Recuérdese, por ejemplo, la concepción de BERNAL, uno de los principales representantes doctrinales de esta interpretación de la apología del art. 578, que habla a este respecto de «un riesgo genérico, indirecto o circunstancial» que sea apto para la «creación» o —incluso— para «el favorecimiento» de un clima de aceptación social del terrorismo, lo que redundaría en «un peligro potencial (...) para el orden público y la paz social» («Observaciones...», cit., epígrafe II). El propio autor reconoce, de hecho, que tal solución exegética deja sin resolver problemas de ofensividad penal y de confrontación con el derecho fundamental a la libertad de expresión, y que la conducta típica, así conformada, permanecería en «cierto margen de inseguridad y aleatoriedad» (ibidem). Cfr. también FELJOO SÁNCHEZ, advirtiendo que «(l)a mera protección del orden público o de un clima o ambiente acorde al Derecho que en última instancia se encuentra en la trastienda del art. 578 CP debe realizarse por regla general en una sociedad estable a través de normas policiales como la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana» («Sobre el contenido...», cit., pp. 52, 53 y 57). De interés asimismo a este respecto, la consideración de ASÚA BATARRITA relativa a que la «creación o mantenimiento de un clima proclive a la aceptación del terrorismo no es fruto de un día ni de un discurso aislado», de tal manera que «no puede atribuirse a un concreto discurso fechado en un determinado tiempo, idoneidad directa y causal (...) para generar un determinado clima de apoyo al terrorismo» («Apología...», cit., epígrafe VI). Vid. también, en general, subrayando la ambigüedad y la inseguridad interpretativa que destila el concepto de clima —del que se sugiere, por ejemplo, que se genera a partir de la estimulación de «resortes psicológico-sociales no bien conocidos» (cfr. STC 235/2007 de 7 de noviembre, antecedente séptimo)—, y entre otros muchos, LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, XIX, 1996, pp. 238 y 239.

¹¹⁴ Vid., además de los autores cit. en nota 112, MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas reflexiones...», cit., epígrafe IV b).

¹¹⁵ Vid. por todos, LANDA GOROSTIZA, J., «La llamada...», cit., pp. 698 y ss. Constituye una buena síntesis de tales críticas la valoración que realiza dicho autor de la interpretación del art. 607.2, como delito de clima, que se hace en la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998 («caso Varela») (la condena que se produjo en virtud de tal resolución llevaría finalmente, como es conocido, al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 235/2007): «El «peligro» al que se alude en la sentencia es demasiado vago, difuso, general (...). De generalizarse la aplicación de estos tipos como en el «caso Valera», se produciría una extraordinaria limitación del ámbito legítimo de ejercicio de libertades fundamentales como la de expresión o ideológica, a la vez que una incriminación de la pura «actitud interna» (*Gesinnung*) que, debido además a la indeterminación de los

acuerdo con ello, quisiera sólo subrayar ahora que, así interpretado el tipo, y en sentido parecido a lo que sucedía en relación con la posición interpretativa anterior, al no cumplirse las exigencias de mínima intervención y fragmentariedad penal resulta difícil legitimar la limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión que comporta la tipificación de esta clase de conductas.

Ésta es, sin embargo, la concepción del delito de enaltecimiento que mantiene, como hemos visto, cierto sector de la doctrina. Y también la que parece otorgarle, aunque ello admita alguna matización, el Tribunal Constitucional. A esta última cuestión me gustaría dedicarle una mayor atención.

1.2.1. La STC 235/2007 de 7 de noviembre y su aplicación al ámbito de la apología del terrorismo. El ATC 4/2008 de 9 de enero

La STC 235/2007 de 7 de noviembre declara, como es sabido, la inconstitucionalidad de la conducta típica de difusión de ideas o doctrinas que *nieguen* el genocidio y establece unas pautas interpretativas de la de difusión de ideas o doctrinas que *justifiquen* el genocidio¹¹⁶. En lo que se refiere a este último punto, que es el que aquí nos concierne por las ya reiteradas similitudes que presenta tal tipo delictivo con el de enaltecimiento del art. 578, interesa realizar, brevemente, algunas consideraciones.

Aun cuando la posición del TC sobre este aspecto no resulta, por lo que luego se dirá, todo lo clara que sería deseable, puede concluirse que en la citada sentencia se admite, de acuerdo con la concepción dominante, la eficacia genérica de la apología en el marco del art. 18 CP¹¹⁷. De esta suerte, en virtud de tal precepto en relación con el art. 615, el tipo del art. 607.2 queda concebido, según se ha ade-

tenores típicos, tendría un ámbito de proyección censora sobre un amplísimo sector de lo que debería constituir libre discusión pública. Subyace, además, una lógica de «excepción» autoritaria y de negación al ciudadano de su estatus como persona adulta y responsable pues se la trata como si fuera menor de edad que precisara de la tutela estatal» (*ibidem*, p. 704).

¹¹⁶ Puede verse un análisis general de dicho pronunciamiento del TC en RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La declaración...», cit., pp. 127 y ss.

¹¹⁷ «El legislador ha dedicado específicamente a la apología del genocidio una previsión, el art. 615 CP, a cuyo tenor la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos de genocidio será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la que les correspondiese. El hecho de que la pena prevista en el art. 607.2 CP sea sensiblemente inferior a la de esta modalidad de apología impide apreciar cualquier intención legislativa de introducir una pena cualificada» (fundamento jurídico séptimo *in fine*). Cfr. también fundamento jurídico noveno *in fine*.

lantado ya, como una modalidad de apología «menor», para la concreción de cuyo alcance típico se disponen en la referida sentencia las dos directrices siguientes: 1) la justificación del genocidio habrá de suponer «un modo de incitación indirecta a su perpetración», o 2) buscar «alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación» (fundamento jurídico noveno).

Con independencia ahora de que ésta última, así formulada, tenga sentido en referencia a los delitos de genocidio, por las características de sus conductas típicas, y que sea por ello difícil de trasladar —al menos en términos formalmente idénticos— al ámbito del terrorismo, conviene tratar de perfilar la delimitación entre las dos reglas interpretativas fijadas por el Tribunal Constitucional. Pues, en efecto, si una y otra fueran distintas, como aparentemente ocurre¹¹⁸, la alusión a la «incitación indirecta» al genocidio podría significar entonces algo diverso a la especie de provocación débil a la misma infracción penal en que se concreta el segundo de los criterios (incitación referida no al delito de genocidio en sí mismo sino a su antesala, y en particular al «clima de violencia y hostilidad» del que eventualmente se podría derivar la comisión de tales comportamientos delictivos). Ahora bien, desde esta perspectiva, resultaría difícil determinar cuál sería ese otro significado, salvo que se estuviera hablando de una provocación indirecta en el sentido tradicional del término más arriba analizado (esto es, como equivalente a implícita o encubierta, pero sin que por ello tal instigación, y sus exigencias típicas, dejaran de estar referidas al propio delito de genocidio y hubieran de conectarse con el momento anterior que representa el «clima» que podría dar lugar a dicho delito). Pero tal conclusión, que apuntaría a una interpretación más razonable de las apologías específicas de los arts. 578 y 607.2 CP y de la regulación de la apología en general, obligaría, por las razones sistemáticas ya destacadas más arriba y con arreglo al planteamiento defendido en la primera parte de este trabajo, a mantener una tesis interpretativa del art. 18 CP que negara cualquier re-

¹¹⁸ Obsérvese, así, los términos literales con los que se enuncian las mismas: « (...) será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entren en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes (...). Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta (...). Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio (...)» (fundamento jurídico noveno) (la cursiva es añadida).

levancia penal a la apología como acto preparatorio genérico. Y esto último no parece compatible con alguna afirmación que sobre este extremo se hace de manera expresa en la sentencia en examen¹¹⁹. De tal modo que si bien, como antes decía, la STC 235/2007 resulta a este respecto algo confusa, se puede colegir que el contenido que otorga a la conducta típica de justificación del genocidio del art. 607.2 CP es en todo caso el de una provocación débil que emparenta con los delitos de clima y de la que sigue la necesidad de que aquella conducta «persiga objetivamente» la creación del mencionado «clima social» de hostilidad y violencia, así como que sea «idónea» para ello. Tales requisitos señala el TC que no es posible inferirlos de la mera negación del genocidio sin imponer con ello «una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal» (fundamento jurídico octavo)¹²⁰, si bien considera que a distinta conclusión se puede llegar a este respecto en el caso de la justificación del genocidio¹²¹. Y añade inmediatamente a continuación: «La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión» (fundamento jurídico noveno). Así las cosas, habrá que entender que los dos criterios que también a renglón seguido ofrece el TC para tratar de delimitar algo más la interpretación constitucional del tipo de justificación del genocidio, y que ya han sido transcritos, aunque formalmente parezcan distintos en realidad se refieren a una misma cosa —esto es, en ambos casos se refieren a una incitación al delito indirecta, en el sentido de débil— y que por tanto el segundo constituye desde este prisma una simple concreción respecto del primero¹²².

¹¹⁹ Vid. *supra*, nota 117.

¹²⁰ En contra de este razonamiento, vid. los votos particulares formulados a la citada sentencia, en sentido favorable al carácter constitucional de la incriminación del negacionismo.

¹²¹ Vid. críticamente sobre ello, CUERDA ARNAU, estimando que con semejante interpretación del tipo de justificación del genocidio «se incurre en una desfiguración del enunciado legal» y que con las premisas de las que parte el Tribunal y el desarrollo que de ellas hace cabía llegar a idéntico resultado de constitucionalidad en relación con el comportamiento de difusión de ideas que niegan el genocidio («Terrorismo...», cit., pp. 83 y 84).

¹²² Tal es la conclusión que asimismo se sigue del voto particular formulado por el magistrado SÁEZ VALCÁRCCEL a la SAN de 20 de julio de 2008 (secc. 1ª) y en el que se invoca la doctrina de la citada sentencia del TC en relación con el tipo de enaltecimiento del terrorismo del art. 578: «Esta doctrina significa que la criminalización y el castigo de la apología del terrorismo en su modalidad de enaltecimiento de los autores respetaría la libertad ideológica, según el canon constitucional, sólo si la conducta tu-

Éste es en todo caso, en su formulación más genérica, el que resultaría extrapolable al delito del art. 578 CP, tal y como antes decía y se deriva también del ATC 4/2008 de 9 de enero. En él se reconoce explícitamente la aplicabilidad de la doctrina de la STC que se viene comentando al indicado precepto¹²³, algo que ya se había encargado de resaltar la doctrina¹²⁴. Cuestión distinta es qué se deba entender aquí por «incitación indirecta». Y si sobre la efectiva delimitación de este elemento ya se ha visto que la STC 235/2007 no aporta excesiva luz, no menos decepcionante es a este respecto el ATC 4/2008, que se limita a decir que tal clase de incitación —que luego llama también «provocación indirecta a la violencia»— sí existe en el caso enjuiciado en tanto en cuanto se justificó en él a quienes realizaron una acción violenta y se añadió a ello una expresión amenazante.

No se sabe si debido esta ambigüedad, pero lo cierto es que pese a la referida doctrina del TC, utilizada directamente como ya se ha dicho en relación con el art. 578 CP en el ATC 4/2008, las resoluciones de la jurisprudencia ordinaria que han venido aplicando tal precepto, también después de los repetidos pronunciamientos del TC, omiten en general, y salvo alguna rara excepción¹²⁵, cualquier mención a esta configuración del tipo y al repetido componente incitador indirecto, conformándose a efectos de afirmar la tipicidad de la conducta, como ya vimos, con verificar que la expresión o manifestación pública encaja más o menos en el sentido gramatical de enaltecer o justificar y que concurre un dolo genérico que abarca tales elementos

viera la capacidad para incitar de manera indirecta a la perpetración de los delitos al menos mediante el fomento o favorecimiento de un clima de odio en el que germinare la necesidad de emplear medios violentos para perseguir fines políticos».

¹²³ «Tampoco la condena por el delito de enaltecimiento o justificación de delitos de terrorismo o de sus autores supone una vulneración del derecho a la libertad de expresión, pues, como se afirma en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en relación con los delitos de genocidio, “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad” —cosa que debe afirmarse ahora también de los delitos de terrorismo— “permite excepcionalmente que el legislador (...) castigue la justificación pública de este delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión”» (fundamento jurídico séptimo).

¹²⁴ Entre otros, CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo...», cit., pp. 105 y 106, RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «La declaración...», cit., pp. 136 y 137, o CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos...*, cit., p. 284.

¹²⁵ Así, la SAN de 17 de junio de 2009 (secc. 1ª), que fundamenta la condena por enaltecimiento del terrorismo sobre la base de que la justificación del comportamiento criminal «contribuye a avivar un clima de odio y violencia, y puede incentivar acciones terroristas», o el ya citado voto particular de SÁEZ VALCÁRCEL a la SAN de 20 de julio de 2008 (secc. 1ª), aludiendo expresamente a dicha doctrina del TC, por más que la misma no fuera asumida ni por la indicada sentencia ni tampoco por la del TS de 5 de junio de 2009, que confirmó la anterior.

(dolo genérico de enaltecimiento). Resulta paradigmática de esta preterición de los criterios hermenéuticos aportados por el TC a este respecto la reciente STS de 3 de marzo de 2010 que, pese a destacar el paralelismo entre las apologías de los arts. 578 y 607.2 CP y aludir expresamente a la STC en examen en punto a la delimitación del bien jurídico del delito de enaltecimiento, a la hora de precisar los requisitos típicos de dicha figura delictiva insiste reiteradamente en el carácter innecesario de la incitación¹²⁶.

Lo dicho no deja de resultar llamativo, por mucho que, como ya se ha advertido más arriba, no quepa esperar gran cosa de tales requisitos en cuanto a virtualidad restrictiva del ámbito de tipicidad y con independencia asimismo de las consabidas críticas que en general es posible realizar a esta conformación del tipo como delito de clima.

Al hilo de esto último, me gustaría insistir ahora en que no resulta convincente la opción del TC de apoyar en el tan reiterado —como evanescente— elemento incitador indirecto la fundamentación de la limitación a las libertades fundamentales (y en particular aquí a la de expresión) que comporta la incriminación de esta clase de conductas. Y de hecho me parece un indicio de que tales dudas no escapan tampoco al propio Tribunal, las frecuentes referencias que se hacen en la sentencia 235/2007 a la dignidad de la persona y a razones que apuntan a la afectación a la integridad moral o al honor de las víctimas¹²⁷. Pues, con independencia de que el ataque a tales bienes se conciba en este contexto como vía para alcanzar el clima social

¹²⁶ «(E)l enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología (...) sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron». En el mismo sentido, más adelante, la define como «apología genérica, laudatoria y sin incitación» o como «apología autónoma, sin incitación a la comisión de delito concreto». Con todo, como ya se indicó previamente, dicha sentencia casó la anterior de la AN que condenaba por este delito, dando lugar por tanto a un resultado absoluto, si bien basándose principalmente para ello en una cuestión probatoria relativa a la ausencia de dolo enaltecedor de la autora (vid *supra*: nota 56).

¹²⁷ «Debe subrayarse que la incitación indirecta a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el art. 607.1 CP como delito de genocidio (...) afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales», añadiéndose poco después: «el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen «las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, (...) sean ofensivas u oprobiosas»» (fundamento jurídico noveno). Cfr. también los fundamentos jurídicos sexto y séptimo.

de violencia y hostilidad que se requiere, da la sensación que se alude a ellos por sí mismos o como objetos de tutela en primera línea y a modo de expediente para reforzar la justificación del castigo penal de estas figuras apologéticas frente a la (remota) peligrosidad derivada de la creación de dicho clima en tanto que protección anticipada de los delitos de genocidio¹²⁸. Es en esta medida en la que antes decía que la configuración por parte del TC de este tipo de comportamientos como delitos de clima resulta matizable.

Tal inseguridad respecto a la suficiencia de semejante elemento incitador indirecto para legitimar la pena en estos supuestos desde el ángulo de la libertad de expresión, y en todo caso la falta de claridad en la delimitación de aquel requisito, creo que se puede apreciar también en el ATC 4/2008 de 9 de enero. En tal resolución se examina la demanda de amparo presentada por De Juana Chaos a raíz de la ya citada STS de 26 de febrero de 2007 y en virtud de la cual se le condena, sobre la base de los hechos que ya conocemos relativos a la publicación de una carta en un diario público, por un delito de exaltación de terrorismo del art. 578 y por otro de amenazas del art. 170.1 CP. Como ya se ha señalado anteriormente, el TC declara aquí que tal condena no vulnera el derecho a la libertad de expresión, amparándose para ello, en lo que se refiere al enaltecimiento o justificación del terrorismo, en la STC 235/2007 y, en particular, en la exigencia en ella contemplada de que la conducta típica opere como «incitación indirecta» a la comisión del delito (en este caso de terrorismo). A conti-

¹²⁸ De hecho, en una dirección interpretativa cercana del art. 607.2 CP, que lo conecta con la protección de la dignidad humana y los delitos de discriminación, exigiendo incluso la expresión de juicios peyorativos y humillantes para las víctimas, se inscribía ya parte de la doctrina, que trataba de ajustar así la constitucionalidad del precepto de acuerdo con la doctrina sentada en sentencias del TC como la 214/1991 de 11 de noviembre («caso Violeta Friedman») o la 176/1995 de 11 de diciembre («caso tebeo Hitler-SS») (vid. LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación...», cit., pp. 265 y ss., y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios...*, cit., p. 2699). Vid. una acertada crítica a este planteamiento, sobre la base de que requiere albergar en el tipo elementos —las manifestaciones injuriosas, humillantes, etc.— que no se derivan del mismo y que, por otra parte, lo convertirían en innecesario, habida cuenta de la existencia de los delitos de provocación a la discriminación o de injurias, en GIL GIL, A., *Derecho penal...*, cit., pp. 350 y 351, o, parecido, FELJOO SÁNCHEZ, B., «Reflexiones...», cit., nota 68. Cfr. también, de otro lado, y en relación con lo indicado en el texto, BORJA JIMÉNEZ (*Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999, p. 304) destacando cómo la regulación de esta clase de figuras delictivas desde la perspectiva del derecho comparado responde en sus orígenes a la idea de proteger a los colectivos de víctimas de genocidio frente a ataques a su dignidad humana, y en particular, a la de evitar humillaciones y calumnias de aquéllas llevadas a cabo a través de «la argucia de la interpretación histórica» o de la justificación o minimización de los crímenes que sufrieron.

nuación, sin embargo, a fin de justificar la presencia de dicho presupuesto en el concreto caso analizado se basa, en primer lugar, en «la consideración positiva de la conducta de los presos de ETA en cuanto a los execrables hechos que les llevaron a tal situación penitenciaria» que se hace en el escrito del condenado. Si el TC se hubiera detenido aquí estaría en realidad vaciando de contenido «la provocación indirecta a la violencia» que demanda como elemento fundamentador del delito del art. 578 CP, por cuanto consideraría colmada tal exigencia con una interpretación del tipo absolutamente literal¹²⁹. Es decir, vendría a afirmar que el enaltecimiento o justificación del terrorismo operará como una «incitación indirecta» o una «provocación a la violencia» siempre que se enaltezca o se justifique (en el sentido gramatical de estos términos), lo cual, como es notorio, no limitaría en absoluto la conducta típica, que es lo que se supone que lleva a cabo esta doctrina interpretativa a fin de hacer compatible el castigo de aquélla con el legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Por eso añade a tal efecto que junto a la aludida «justificación» del comportamiento de los presos (que se produce «al afirmar que están secuestrados por un sistema autoritario y que no se resocializan porque tienen razón») concurre una «expresión que amenaza de modo creíble con una conducta violenta a determinados colectivos que están relacionados con el encarcelamiento de aquellos presos». Y de esta forma concluye: «la justificación de quienes actuaron con extraordinaria violencia en relación precisamente con esta actuación violenta y la adición a la misma de una expresión amenazante permiten afirmar que el escrito contiene la provocación a la violencia, siquiera indirecta, pero referida a la comisión de gravísimos delitos, que impide su cobertura en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión» (fundamento jurídico séptimo).

Se constata, pues, de un lado, que no basta con la mera justificación (entendida en sentido literal), a la vista de lo cual, por cierto, cabría cuestionar la mayoría de las condenas que se vienen sucediendo en los últimos tiempos por esta infracción penal; y de otro, que se recurre para completar el referido elemento incitador a un extremo que en puridad resulta ajeno al propio tipo (pues no parece que esté en la esencia de la acción de enaltecer o justificar —ni siquiera de modo provocador— la necesidad de que se amenace) y que además es constitutivo de otro delito.

¹²⁹ E incluso, desde esta perspectiva, cabría decir que holgada, a la vista de los hechos probados del caso al que se aplica.

2. *Posición personal: el delito de enaltecimiento del terrorismo como apología provocadora (fuerte)*

Las dos soluciones interpretativas que hasta la fecha se vienen otorgando con carácter general a la apología del art. 578 CP resultan, según se ha tenido ocasión de comprobar, altamente insatisfactorias desde el prisma de algunos principios penales esenciales y a partir de ahí deviene difícil justificar las restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales del art. 20 CE que aquélla comporta.

De acuerdo con ello, y sobre la base de los presupuestos establecidos en la primera parte de este trabajo, estimo que se debe interpretar el enaltecimiento del terrorismo como una apología provocadora, bien entendido que tal carácter provocador no sería el de la modalidad *débil* o de *segundo grado* que, como se ha visto, le asigna a dicho delito parte de la doctrina y también, en los términos ya señalados, el TC, sino que se trataría de una apología —por así decir— *fuerte*, que habría de estar animada por una finalidad de incitar a la comisión de acciones terroristas y contar con aptitud para ello, adquiriendo de esta forma naturaleza de acto preparatorio (específico) cuya punición encontraría entonces su fundamento en el riesgo de realización de futuros delitos de terrorismo. Tal concepción no implica contradicción sistemática alguna con la diversa penalidad que el art. 579.1 asigna a los actos preparatorios genéricos —y también a la provocación— de estos delitos, puesto que, como se ha razonado más arriba¹³⁰, aquí se parte de que el art. 18, y con ello también el anterior precepto, no concede relevancia penal a la apología en el marco común de los actos preparatorios punibles sino que, más bien al contrario, sirve para establecer la regla general de impunidad de dicha figura, sancionando sólo las provocaciones directas en el significado tradicional del término o como equivalentes a explícitas o expresas¹³¹. Las apologías o llamadas a delinquir indirectas —comprendida aquí dicha expresión en el sentido de encubiertas o implícitas— y aun siendo provocadoras, no se castigarían, pues, en la generalidad de las infracciones en que resultan punibles los actos preparatorios sino sólo en aquellos supuestos en que así lo prevea expresamente el legislador en la Parte especial, como es el caso de la apología específica del art. 578 (y también del art. 607.2 CP). Vistas así las cosas, desaparece, pues, la dualidad de niveles en la

¹³⁰ *Supra*: epígrafe II.

¹³¹ No se trata, por consiguiente, de que se deba interpretar el art. 578 CP de forma complementaria con la apología regulada en los art. 18 CP, pues tal opción, que secundan algunos autores, si se parte de la virtualidad genérica de la apología en virtud de este último precepto (tal y como se hace de forma absolutamente mayoritaria), resulta, como ya se ha explicado más arriba, sistemáticamente insostenible.

incriminación de la apología (lo que en la concepción mayoritaria sería la apología *fuerte* del art. 18 y la apología *débil* de los arts. 578 y 607.2 CP) y deja asimismo de ser típica la apología de la apología de tales delitos, aunque continúa siéndolo, en virtud del art. 579.1, la provocación (explícita) para cometer la apología (provocadora) de los mismos, igual que aquella provocación para cometer cualquiera de los otros tipos delictivos regulados en los arts. 571 a 578 CP.

Desde esta perspectiva, por tanto, no existe solapamiento entre el tipo en análisis y la provocación del art. 579.1 (en relación con el art. 18 CP): en un caso se contempla la apología de delitos terroristas y en el otro la provocación directa a los mismos, debiendo comprenderse la divergencia de pena entre uno y otro supuesto, en los términos ya destacados más arriba, por ser en el primero la llamada a delinquir expresa (o directa), mientras que en el segundo, precisamente por tratarse de una apología, el discurso está construido a través del enaltecimiento o la justificación del delito o de sus autores, conformándose de este modo como una incitación implícita (o indirecta). Aquí, en efecto, se estimula a la comisión de delitos de forma velada o encubierta, limitándose el sujeto a ofrecer razones, a través de la alabanza o justificación del terrorista o de sus acciones, para que se llegue a ello¹³². Y sobre esta base cabe entender que la ley presume con carácter general una rebaja del nivel de la capacidad incitadora de la conducta y también, en consecuencia, de su peligrosidad¹³³; siendo así, según decía, cómo se explicaría la menor penalidad que en general recibe la apología del art. 578 frente a la provocación del art. 579.1 y también el hecho de que, de producirse eventualmente el delito terrorista que ha sido objeto de apología, y a diferencia de lo que sucede en el caso de la provocación directa, no quepa plantearse la imputación de aquél al apogeta a título de inducción.

Delimitada conceptualmente la apología específica del art. 578 respecto de la provocación del art. 18 (en relación con el art. 579.1), y

¹³² Vid. al respecto, lo apuntado *supra*, en nota 19.

¹³³ En este sentido no deja de resultar significativo que los casos que, como se indicaba más arriba, suele citar la doctrina —desde la posición que admite la eficacia de la apología «directa» en el marco del art. 18— a la hora de concretar ejemplos en los que una incitación llevada a cabo a través de la alabanza o el elogio pueda adquirir gravedad similar a la incitación explícita son, en realidad, supuestos de incitación explícita y no propiamente de apología (vid *supra*: nota 16). Por lo demás, tal consideración legal de la apología en un nivel de gravedad inferior y en términos más restrictivos que la provocación no resulta en absoluto extraña, según se comprobó en su momento, a la caracterización que ha recibido dicha figura a largo de su historia legislativa. Vid. sobre este tema en general lo indicado *supra*: epígrafe II y, en especial, en nota 20.

marcadas con ello también las diferencias con la tesis que interpreta dichos preceptos de forma complementaria, conviene igualmente llamar la atención sobre las notas que separan la posición que aquí se defiende con la que concibe el tipo delictivo estudiado como un delito de clima al que resulta inherente una incitación «indirecta» (en el sentido de débil o de segundo grado). Como ya he destacado, creo que el delito de exaltación del terrorismo debe entenderse como un acto preparatorio, y en particular como una modalidad de provocación (implícita) que, como tal, y aun cuando se lleve a cabo a través del elogio o la justificación, exige una firme voluntad dirigida a que otros cometan uno o varios delitos de terrorismo y que la manifestación apologética tenga además cierta idoneidad para ello. La referencia, pues, sobre la que se articulan aquí tales requisitos es la propia realización del delito terrorista y no una fase o momento previo a su comisión. En otras palabras, a mi modo de ver no bastaría, y en esto radica la diferencia respecto a la postura anterior, con remitir el dolo del autor ni la aptitud instigadora de las expresiones apologéticas a ese estadio previo de «creación» o «favorecimiento» de un clima social de aceptación del terrorismo o de un atmósfera de violencia u hostilidad (antesala del terrorismo) de la que eventualmente se pudieran derivar delitos de esta naturaleza. Y es que así interpretado el tipo, ya lo vimos, se produce de manera inevitable un (insoportable) adelantamiento de la barrera de intervención penal —en un ámbito, el de los actos preparatorios, en el que tal línea de defensa se encuentra ya de suyo muy anticipada—; con todo lo que ello comporta. A partir de lo dicho, se pueden deducir también fácilmente las diferencias entre la concepción del delito de exaltación del terrorismo que en este trabajo se defiende y la estrictamente gramatical; lo mismo que las críticas a esta última, que se intensifican todavía más en este caso frente a las ya señaladas a propósito de la tesis del delito de clima¹³⁴.

¹³⁴ Pues si en ésta la apología del terrorismo se concibe como una incitación doblemente indirecta (porque es implícita, de un lado, y porque no tiene como referencia la provocación al delito terrorista sino a una fase anterior al mismo, de otro) en la interpretación gramatical ya sabemos que directamente no se exige ningún tipo de incitación siendo suficiente con que la manifestación apologética encaje en el significado semántico —más o menos amplio que según los casos se hace— de los verbos enaltecer o justificar y que ello esté acompañado de un dolo genérico que abarque tales acciones. Por otra parte, y desde una vertiente sistemática, es posible añadir ahora alguna otra crítica a las ya expresadas en general más arriba (vid. *supra*: epígrafes III.1.1 y III.1.2) en relación con las dos posiciones exegéticas que ya hemos visto que mayoritariamente se mantienen sobre el delito de exaltación del terrorismo del art. 578 CP. De ambas tesis, como se ha comprobado, se deriva la existencia de dos niveles de incriminación de la apología (el de la apología «directa» o fuerte del art. 18 en relación con el art. 579.1 y el de la apología débil del art. 578). Por el contrario, en lo que se refiere a la provocación explícita o no llevada a cabo a través del enaltecimiento

Aunque razones de espacio me impiden extenderme mucho más en el desarrollo de esta posición, no me gustaría acabar sin tratar de contestar brevemente a algunas de las posibles objeciones que cabría realizar a la misma. La premisa de la que aquí se parte, relativa a la exégesis del art. 18 CP en el sentido de negar la eficacia genérica de la apología como acto preparatorio punible, fue justificada extensamente en la primera parte de la investigación, de forma que en lo que a esto respecta allí me remito.

— La interpretación propuesta implica una clara limitación de la trascendencia penal de la figura de la apología en general, que quedaría así restringida al ámbito de los arts. 578 y 607.2 CP, y redundaría a la vez, conforme a lo expuesto, en una contracción de los márgenes típicos de dichos delitos frente a las interpretaciones dominantes. Desde una perspectiva estrictamente práctica, lo apuntado tendría particular repercusión en lo que se refiere al tipo de enaltecimiento del terrorismo, a la vista de la utilización del mismo (relativamente frecuente en comparación con la escasa aplicación jurisprudencial que de forma tradicional ha caracterizado a los delitos de apología) que, según se ha estudiado, vienen haciendo en los últimos tiempos los tribunales. Pues bien, se ha dicho alguna vez que exigir

o la justificación del delito o de sus autores, se establece un único nivel punitivo (el de los arts. 18 y 579.1); al menos con carácter general, y sin perjuicio de que en algún caso particular pudiera entrar en juego el delito del art. 170.2 CP, si bien ello quedaría restringido en todo caso a las hipótesis en que concurrieran los específicos requisitos típicos que aquél exige (llamada a delinquir dirigida a bandas armadas o terroristas, referida a un colectivo de personas y con la concreta finalidad de atemorizarlas...) (vid. sobre ello, *infra*: epígrafe IV). Así las cosas, cabría plantearse, siquiera sea en abstracto, la posibilidad de una llamada a cometer un delito terrorista que se produjera *de manera explícita*, pero que atendiendo a las circunstancias del caso concreto no reuniera las condiciones de suficiente peligrosidad como para castigarla a través de los arts. 18 y 579.1 —por ejemplo, porque fuera realizada en un ámbito de absoluta impermeabilidad a la violencia terrorista, de tal manera que resultara improbable el riesgo de estimulación a futuros delitos—. Y en este caso, tal llamada a delinquir, por no haber sido construida a través del enaltecimiento o la justificación de acciones terroristas o de sus autores, habría de quedar fuera del marco de tipicidad del art. 578 CP; mientras que a propósito de una llamada a delinquir con similar insuficiencia provocadora pero canalizada a través de la repetida alabanza o la justificación, y siempre desde las posiciones interpretativas que se critican, sí que cabría plantearse su castigo penal a través del art. 578 toda vez —en el mejor de los casos— que se entendiera que aquélla pudiera coadyuvar a favorecer en alguna medida un clima social de aceptación del terrorismo —algo que, según hemos visto, resulta mucho más sencillo de afirmar—, o sobre todo, como sucede habitualmente en la jurisprudencia, sin plantearse ningún tipo de componente incitador (ni siquiera indirecto o atenuado), por el mero hecho de haber justificado un delito con dolo genérico de hacerlo y en aras de responder a la indignación social que, en este caso sí, seguramente tales manifestaciones habrían generado.

que las conductas de enaltecimiento o justificación del terrorismo constituyan un acto provocador llevaría a una «inaplicación práctica» del art. 578¹³⁵, frustrando el propósito de la reforma de la LO 7/2000, lo que la convertiría en «discutible en cuanto a su necesidad, teniendo más bien un sentido simbólico, tranquilizador de la opinión pública, pero sin una eficacia político-criminal aplicable»¹³⁶. A este respecto, me gustaría simplemente destacar que la ausencia de punición de las apologías desprovistas de fuerza incitadora en ningún caso se puede considerar un inconveniente, sino más bien lo contrario, al menos si se contempla la cuestión desde la óptica garantista y de necesario respeto a las libertades que cabe derivar de nuestro marco político constitucional, opción que parece prioritaria frente a la asunción de consideraciones de tipo pragmático cuyo renuncia simplemente obliga a asumir el carácter simbólico de una reforma penal que es, sin duda, por lo dicho, poco oportuna y cuestionable.

— En otro orden de cosas, conviene recordar en este momento que el ya reiterado presupuesto del que aquí se parte, relativo a la consideración legal de menor peligrosidad de la provocación encubierta frente a la explícita, no impide que se deba exigir la presencia de un elemento subjetivo consistente en la intención de incitar a la perpetración de un delito terrorista, así como determinada aptitud de la conducta para ello (que no colma la mera referencia a la creación o el favorecimiento de aquel «clima» social previo¹³⁷), la verificación de lo cual obligará a analizar las circunstancias del caso concreto y a valorar, por ejemplo, el momento o el contexto social en el que se produce la manifestación apologética, la permeabilidad de los destinatarios al mensaje incitador o que el discurso de elogio o justificación cuente con cierta habilidad persuasiva. En lo que se refiere al segundo de los requisitos indicados, ya se ha razonado que la diferencia—crucial en lo que aquí respecta— que marca la naturaleza explícita

¹³⁵ «(...) puesto que en la realidad social actual no se puede afirmar con un mínimo de seguridad que la mayoría de las conductas de enaltecimiento o de justificación de actos terroristas constituyan una incitación a la comisión de delitos concretos. Se trata por lo general de actos de alabanza encubierta o ambigua, que efectivamente distorsionan el clima político y social y que constituyen en todo caso un apoyo genérico, global, a una ideología violenta, pero por mucho que agredan a la comunidad democrática, esas conductas no llegan al mínimo de peligrosidad exigida para la intervención penal, por no tratarse de actos incitadores, directos o indirectos, a delitos particulares» (BERNAL DEL CASTILLO, J., «Reflexiones...», cit., epígrafe II).

¹³⁶ BERNAL DEL CASTILLO, J., *ibidem*. Alude a una argumentación parecida, LAMARCA PÉREZ, C., «Apología...», cit., en torno a nota 33.

¹³⁷ Tal concepto, como se ha visto más arriba, acaba careciendo de cualquier virtualidad restrictiva.

o implícita de la llamada a delinquir determina con carácter general una menor capacidad de instigación al delito y, sobre esta base, también una pena en general menos elevada¹³⁸. Pese a ello, cabría admitir la posibilidad de que en el supuesto concreto, a la vista de las circunstancias concurrentes, dicha aptitud suasoria y con ello la peligrosidad de la conducta en general pudiera alcanzar niveles que la asimilaran a la de la provocación (directa) del art. 18, y sin embargo se habría de aplicar la penalidad generalmente más benigna recogida en el art. 578 CP.

Frente a ello pienso que es posible argumentar lo siguiente: el diseño de los tipos penales y la concreción de los diversos marcos de penalidad responden, en última instancia, a decisiones de política legislativa en torno a la valoración de la gravedad de las figuras delictivas en relación con las cuales el legislador tiene que acabar operando en alguna medida —máxime si estamos hablando de la descripción y punición de peligros abstractos— con criterios generales, que aun cuando con carácter común resulten adecuados puedan abocar en *el caso concreto* a una solución que consintiera calificarse de discutible. Y a este respecto cabe decir que si mantener una pauta de prudencia y de renuncia a la exhaustividad en el uso del Derecho punitivo es en general necesario desde el punto de vista de las libertades, resulta particularmente pertinente cuando, como aquí sucede, estamos hablando de la incriminación de hipótesis en las que la lejanía de la conducta con la lesión al bien jurídico resulta tan patente¹³⁹ y en las que además entra en juego el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión.

— Por lo demás, es verdad que la naturaleza de acto preparatorio del tipo de enaltecimiento del terrorismo se conciliaría mejor con una pena referencial —supeditada a la del delito enaltecido— y no autónoma como la que se prevé en el art. 578 CP¹⁴⁰. No obstante, y a la vista de todo lo expuesto, no me parece éste un argumento definitivo

¹³⁸ Desde esta perspectiva, el nivel de injusto que integraría la apología o provocación implícita del art. 578, y en particular el peligro para el bien jurídico del delito que es objeto de apología, se situaría en un estado intermedio entre el que representa su concepción como delito autónomo o de clima —que es, como se ha visto, prácticamente insignificante— y el de la provocación directa del art. 18 CP.

¹³⁹ Desde este prisma se explica la aplaudida decisión del legislador de 1995 de establecer un sistema de *numerus clausus* en el castigo de los actos preparatorios, lo que no es óbice para que sea posible pensar en supuestos concretos —por ejemplo, una provocación difundida a través de internet, directa y hábilmente argumentada, a mantener relaciones sexuales con menores de corta edad— que pudieran resultar ciertamente peligrosos y no obtener sin embargo ninguna trascendencia penal.

¹⁴⁰ Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, B., «Sobre el contenido...», cit., pp. 51 y 52.

para descartar la configuración incitadora que, en los términos en que se viene defendiendo, considero que se debe otorgar al delito de apología del terrorismo. Sobre todo porque, con independencia ahora de lo opinable que pueda resultar, no es en absoluto infrecuente encontrar en nuestro Código tipos delictivos con pena autónoma que en un plano material no son más que actos preparatorios¹⁴¹.

— Un sector de la doctrina estima inaceptable la concepción de la apología del art. 578 CP en clave incitadora aduciendo que una interpretación semejante se opone a la letra de la ley¹⁴².

En este punto me gustaría remitirme a las convincentes observaciones que al hilo de esta problemática sobre la apología ha realizado tradicionalmente la doctrina en relación con la necesidad de interpretar las normas penales conforme a la Constitución¹⁴³. Pues, en efecto, una corriente exegética extremadamente supeditada al tenor legal, como se ha tenido ocasión de comprobar a propósito precisamente de la aplicación jurisprudencial del art. 578, corre el riesgo de vaciar de contenido material el llamado dogma del bien jurídico, sin ni siquiera ofrecer a cambio —si como en nuestro caso el enunciado de la ley es tan indeterminado— garantías de seguridad jurídica¹⁴⁴.

Lo anterior no autoriza desde luego a deformar el texto legal o a interpretarlo de manera que trascienda a su tenor literal posible. Pero esto último no creo que suceda al exigir el carácter provocador

¹⁴¹ Se ha aludido en este sentido, por ejemplo, a la provocación a la discriminación del art. 510 CP (cfr. VIVES ANTÓN, T. S./CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal...*, cit., pp. 701 y 702), y cabría citar también, entre otros supuestos, la concreta figura típica de posesión de material pornográfico relativo a menores (art. 189.1b), constitutiva materialmente de un acto preparatorio —que excede en este caso de las modalidades contenidas en los arts. 17 y 18 CP— y que recibe asimismo una penalidad autónoma. Cfr. asimismo, afirmando el carácter de acto preparatorio de la apología del genocidio pese a la pena autónoma que le asigna el art. 607.2, GIL GIL, A., *Derecho penal...*, cit., pp. 327 y 344. Vid. sobre el tema, en general, ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones...», cit., p. 488.

¹⁴² Así, CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo...», cit., pp. 107 y 108, y en «Terrorismo...», cit., p. 83, o MANJÓN-CABEZA, A., «Apología...», cit., pp. 580 y 581.

¹⁴³ Vid. ARROYO ZAPATERO, L., «La reforma...», cit., pp. 393 y ss., DEL ROSAL BLASCO, B., *La provocación...*, cit., pp. 190 y ss., o asimismo MIRA BENAVENT, manifestando que este tipo de posturas en atención a las cuales resulta obligado ceñirse de forma estricta a la literalidad de la ley ofrecen «un punto de vista altamente discutible sobre cuál debe ser la labor del jurista que interpreta una norma restrictiva de derechos fundamentales» («El caso...», cit., p. 524). De interés también a este respecto, la STSJ PV de 17 de noviembre de 1993.

¹⁴⁴ Vid. sobre estos aspectos y sobre las consecuencias que en general cabe derivar de la interpretación gramatical del art. 578 CP, *supra*: epígrafe III.1.1.

del delito de enaltecimiento. Si tan claro fuera que el principio de legalidad penal requiere la adecuación de la definición típica del delito al texto de la ley en términos tan estrictamente gramaticales carecería de objeto el clásico debate doctrinal que se ha desarrollado en torno a la exigencia de elementos subjetivos del tipo de injusto (no requeridos expresamente por la letra de ley) en ámbitos como el de los delitos contra el honor, contra la libertad sexual o la desobediencia, y en este sentido cabe recordar también que desde antiguo la doctrina absolutamente mayoritaria ha sostenido la naturaleza incitadora de la apología por más que ello no quedara reflejado expresamente en su definición legal¹⁴⁵. Vistas así las cosas, además, y como más arriba se apuntaba, cabría incluso cuestionar que ensalzar a un terrorista por razones que no tienen que ver con su actividad delictiva —y bien entendido que la exigencia finalística de que el elogio aparezca vinculado a este extremo no la contiene tampoco de forma explícita la actual redacción del art. 578 CP¹⁴⁶— quedara fuera del tipo¹⁴⁷. Por último, no se puede olvidar que recientemente el TC ha considerado que el art. 607.2 y también el tipo de apología del art. 578, exigen, para ser constitucionales, la presencia de un elemento incitador, sin que desde el punto de vista que en este momento interesa creo que pueda restarle ninguna relevancia a este hecho el carácter más o menos mediato —ya sabemos que se habla aquí de «incitación indirecta»— que el alto Tribunal confiere a dicho requisito típico.

¹⁴⁵ Vid. sobre ello *supra*: nota 35.

¹⁴⁶ Y lo mismo se puede decir respecto del concepto de apología del art. 18 CP toda vez que se interprete, como se suele hacer, en el sentido de otorgar relevancia penal a tal figura como acto preparatorio genérico.

¹⁴⁷ En la misma línea, creo que sería discutible que hipótesis que la propia CUERDA ARNAU deja fuera del ámbito típico del art. 578 —como las de legitimación tácita consistentes en minimizar la gravedad de los hechos— («El nuevo...», cit., p. 109) no pudieran encajar en el mismo desde este entendimiento tan rígido de las exigencias de legalidad penal que conduce a la ya analizada interpretación estrictamente gramatical del delito de enaltecimiento. Recuérdese a este respecto el significado que, en el contexto del art. 607.2, ha dado el TC al verbo típico «justificar» —como equivalente a relativizar— (STC 235/2007, fundamento jurídico séptimo), así como las diversas sentencias vistas más arriba en las que parece encontrar eco esta clase de consideraciones en el marco interpretativo del delito de exaltación del terrorismo. Y algo similar cabría decir con ocasión de otro tipo de supuestos, como el que dio lugar al enjuiciamiento de De Juana Chaos en la célebre STS de 6 de febrero de 2007. Tales hechos, que no se van a reiterar aquí de nuevo, quedan para la citada autora manifiestamente extramuros del art. 578 (*ibidem*, pp. 111 y ss.) y, sin embargo, como es sabido, motivaron, a partir de la interpretación de factura gramatical que ya conocemos, una condena en virtud de aquel precepto.

IV. La apología del terrorismo y el reclamo público de acciones violentas (art. 170.2 cp)

Se ha llamado la atención, por parte de la propia doctrina que mantiene una interpretación gramatical del delito de enaltecimiento del art. 578, sobre lo insólito que resulta que el mismo tenga asignada una pena más alta que aquélla con la que se castiga en el art. 170.2 a los que «reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas»¹⁴⁸. Pues, en efecto, mientras que, así concebido, aquel tipo queda desprovisto de cualquier componente incitador, a este último le es inherente una cierta vocación instigadora por más que ésta se materialice a través de «incitaciones genéricas e inconcretas»¹⁴⁹.

Tal contradicción valorativa desaparece si se concede a la apología del terrorismo el importante contenido incitador al que se viene aludiendo y referido a los *específicos* delitos terroristas de los arts. 571 a 578 o a sus autores, dado que de esta forma queda justificada la diferencia de penalidad entre uno y otro precepto desde la perspectiva apuntada. Lo anterior constituye, pues, una razón más a favor de la interpretación del delito de enaltecimiento del terrorismo defendida en las páginas anteriores.

Sin perjuicio de lo expuesto, considero que los problemas de delimitación del delito del art. 170.2 CP se pueden plantear más propiamente respecto de la provocación explícita o en sentido estricto del art. 579.1 (en relación con el art. 18) que respecto del enaltecimiento del art. 578 CP. Y ello por cuanto el núcleo típico del art. 170.2 consiste, como ya se ha dicho, en reclamar públicamente la comisión de acciones violentas y tal conducta, *en sí misma*, difícilmente puede encajar en la definición de apología del art. 578¹⁵⁰, que exige, como es sabido, que el delito se lleve a cabo *a través del enaltecimiento o la justificación* de los delitos terroristas o de sus autores¹⁵¹. Esto sentado, y

¹⁴⁸ Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo...», cit., p. 110; MANJÓN-CABEZA, A., «Apología...», cit., p. 581. Cfr. también, recogiendo una alusión de la defensa a dicha desproporción, la SAN de 19 de febrero de 2007 (secc. 3ª) (fundamento jurídico tercero).

¹⁴⁹ Cfr. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo...», cit., p. 110.

¹⁵⁰ Ni tampoco, por lo mismo, en la definición general de apología del art. 18.1.2º CP.

¹⁵¹ Otra cosa es que aquel reclamo público de acciones violentas fuera acompañado de otro tipo de manifestaciones que sí que se cifraran en elogiar o justificar un delito o delitos concretos o a su autor, y en cuyo caso estas últimas sí que entrarían en el campo de tipicidad de la apología. Cfr. no obstante sugiriendo un posible solapamiento entre el enaltecimiento del art. 578 y el delito del art. 170.2, CUERDA ARNAU, M., «Terrorismo...», cit., pp. 80 y 81, o, asimismo, aludiendo a cierta conexión entre

aun cuando no pueda entrar ahora en un análisis detenido de la polémica figura del art. 170.2, estimo que las diferencias entre ésta y la provocación del art. 579.1 deben buscarse sobre todo, y además de en el dato de que en el primer caso necesariamente las manifestaciones hayan de estar destinadas a «bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas» y las acciones violentas referidas a grupos de personas o determinados colectivos¹⁵², en la menor entidad de su contenido incitador frente a la provocación que sanciona el art. 579.1; y ello sobre la base del indicado carácter genérico o inconcreto de las llamadas a delinquir —«a acciones violentas»— que parece querer incriminarse con el delito del art. 170.2¹⁵³, así como por el hecho de que no sean exigibles aquí el dolo instigador y la aptitud suasoria de la conducta en los términos en que se requiere en la provocación. A partir de lo dicho, la demarcación entre ambos supuestos vendrá asimismo dada por el objeto de tutela penal, que en lo que concierne al art. 170.2 habrá de relacionarse, más que con el peligro de realización de delitos futuros —lo que aleja a esta figura, en los términos explicados, de los actos preparatorios—, con el sentimiento de tranquilidad del grupo de víctimas al que va dirigida esta suerte de amenaza indirecta, tal y como se sigue por lo demás de su ubicación sistemática y de los requisitos típicos consistentes en que el comportamiento esté destinado «a atemorizar» a un conjunto de personas y que tenga «la gravedad necesaria para conseguirlo». Como consecuencia de todo lo anterior, de darse un reclamo público de una acción violenta, pese a estar dirigido a una organización terrorista y apuntar a un colectivo de víctimas, y siempre que no se quedara en una llamada genérica a delinquir sino que lo fuera a un delito o delitos terroristas lo suficientemente definidos¹⁵⁴ y sobre todo, concitara el resto de elementos de la provocación —y, en particular, el dolo de incitar a la comisión de los mismos y la suficiente idoneidad para ello— habría de entrar en aplicación la figura de provocación explícita del art. 579.1 en relación con el 18¹⁵⁵.

ellos, MANJÓN-CABEZA, A., «Apología...», cit., p. 581, o entre el reclamo público de acciones violentas y la apología en general, la Exposición de Motivos de la LO 2/1998, de 15 de junio (en virtud de la cual se introduce el tipo del art. 170.2), GIL GIL, A., *Derecho penal...*, cit., p. 327, nota 22 o BARQUÍN SANZ, J./OLMEDO CARDENETE, M., *Comentarios...*, T. I, cit., pp. 947 y 950.

¹⁵² Estos dos extremos en la provocación del art 579.1 podrían concurrir o no.

¹⁵³ Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo...», cit., pp. 110 y 111.

¹⁵⁴ Vid. sobre este punto, CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo...», cit., p. 98.

¹⁵⁵ Lo dicho sin perjuicio de la relación concursal que pudiera plantearse con la norma del art. 170.2, cuestión en la que ahora no se puede entrar. Una interpretación parecida de este delito puede verse en CUERDA ARNAU, M. L., «Terrorismo...», cit., p. 81. En contra RUIZ LANDÁBURU, sosteniendo que ambas hipótesis tienen ámbitos típicos coincidentes, salvo en lo que se refiere a la circunstancia de que la incitación vaya dirigida a

V. La apología del terrorismo y el delito de realización de actos de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas

Pese a que doctrina y jurisprudencia suelen referirse a la tajante separación existente entre las dos figuras delictivas que recoge el art. 578 CP¹⁵⁶, más arriba se pudo apreciar cómo la doctrina interpretativa del art. 607.2 que introduce el TC en su célebre sentencia 235/2007 de 7 de noviembre —y que luego aplica expresamente al tipo de enaltecimiento del terrorismo en su Auto 4/2008 de 9 de enero— fundamenta la punición de aquella apología, siquiera sea en alguna medida, en la afectación a bienes como el honor o la integridad moral de las víctimas¹⁵⁷, que es el terreno que cabe entender que tutela la segunda de las infracciones penales contempladas en el art. 578 CP. A este respecto, es posible efectivamente imaginar supuestos de manifestaciones realizadas en un contexto de alabanza o justificación de actos terroristas o de sus autores que pudieran llegar a afectar de manera relevante al honor de las víctimas del terrorismo —lo que no significa obviamente que ello haya de ocurrir siempre—. En esta línea de vinculación material de los dos delitos del art. 578 CP parecen apuntar algunas resoluciones jurisprudenciales¹⁵⁸, así como algún autor en cuya opinión el tipo de exaltación del terrorismo debe verse como una forma de injurias colectivas¹⁵⁹.

No es posible detenerse en este momento en el examen de las críticas de diverso orden de que ha sido objeto el tipo de realización de actos de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas del terrorismo¹⁶⁰. Quisiera únicamente subrayar aquí que una exégesis

bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, de tal modo que, de concurrir esto último, «será de aplicación el apartado segundo del art. 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» (*Provocación...*, cit., pp. 65 y 66). Vid. críticamente sobre esta opinión, CUERDA ARNAU, M. L., «Terrorismo...», cit., p. 80.

¹⁵⁶ Así, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, M., *Delitos...*, cit., p. 272; CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo...», cit., p. 107, nota 23, o la STS de 3 de marzo de 2010.

¹⁵⁷ Vid. sobre ello, *supra*: epígrafe III.1.2.1.

¹⁵⁸ Cfr., por ejemplo, el Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de 3 de septiembre de 2009 y el Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de 25 de septiembre de 2009, con alusiones que justifican el tipo de enaltecimiento ensamblándolo con la idea del aumento del menosprecio y del dolor de las víctimas, o con su escarnio o humillación

¹⁵⁹ BENLLOCH PETIT, G., «El Derecho penal...», cit., p. 203, apoyándose para ello en la STC 176/1995 de 11 de diciembre («caso tebeo Hitler-SS»), a la que cabría añadir, en una dirección similar, la 214/1991 de 11 de noviembre («caso Violeta Friedman»).

¹⁶⁰ Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones...», cit., epígrafe II, LAMARCA PÉREZ, C., «Apología...», cit., en torno a nota 12, o GEPC, *Una alternativa...*, cit., pp. 14

del delito de enaltecimiento en términos que lo asemejen al anterior sólo podría salvar los inconvenientes que se han señalado a propósito de las tesis que lo interpretan de manera gramatical o como delito de clima, en la medida en que no incurriera en una aplicación del tipo ligada, de forma más o menos automática, a la mera concurrencia de expresiones laudatorias o justificativas de acciones terroristas o de sus autores, para lo cual se habría de exigir que dichos comportamientos fueran acompañados de juicios peyorativos y humillantes hacia las víctimas a partir de los cuales pudiera verificarse el atentado grave contra su honor. Pero tal demanda, y con independencia ahora de otras objeciones posibles¹⁶¹, resulta difícil concluir que la requiera el tipo concreto de enaltecimiento o justificación del terrorismo¹⁶².

VI. Reflexión final. un proyecto de reforma reciente y una vieja conclusión

La vulneración de principios cardinales del sistema penal —principalmente el de prohibición de exceso y la exigencia de fragmentariedad de aquél derivada— y, por esta vía, la injerencia ilegítima en el derecho fundamental a la libertad de expresión que, en los términos expuestos a lo largo del trabajo, implica la interpretación de la apología del art. 578 que están llevando a cabo nuestros tribunales justifica, por sí sola, la crítica a tal modelo exegético del tipo delictivo estudiado.

A lo dicho cabría añadir, desde una perspectiva político-criminal —relevante pero necesariamente supeditada a la anterior—, el dudoso rendimiento de la utilización de esta clase de instrumentos en la lucha contra el terrorismo¹⁶³, o incluso, como se ha sugerido, su ca-

y 37. Consideran, en cambio, justificada su tipificación penal MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, cit., p. 850, CANCIO MELIÁ, M., *Delitos...*, cit., p. 272 o RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios...*, T. III, cit., p. 1153.

¹⁶¹ El propio BENLLOCH PETIT concluye que desde el prisma del bien jurídico honor la pena del art. 578 resulta desproporcionada («El Derecho penal...», cit., pp. 203 y 204).

¹⁶² Vid. la crítica reflejada *supra* (nota 128), en términos similares, a propósito del art. 607.2 CP.

¹⁶³ Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología...», cit., pp. 86 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Apología...», cit., p. 80; CANCIO MELIÁ, M., ««Derecho penal» del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000», *Jueces para la democracia*, n.º 44, 2002, p. 26; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., «Sobre el contenido...», cit., p. 52; MANJÓN-CABEZA, A., «Apología...», cit., p. 560; SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «La tipificación...», cit., p. 916.

rácter contraproducente en este sentido¹⁶⁴. Así las cosas, la preterición de garantías que se deja en el empeño de combatir a través del Derecho penal el avance de la aceptación social del terrorismo¹⁶⁵ ni siquiera parece rentable en términos puramente utilitarios.

Todo lo anterior aconseja, de *lege lata*, interpretar de manera restrictiva la regulación punitiva vigente en materia de apología, y en esta línea se enmarca la propuesta realizada en las anteriores páginas. Desde una perspectiva de *lege ferenda*, y de acuerdo con lo que más arriba se ha concluido, sería deseable que desapareciera, o al menos que se precisara en sentido excluyente de su punición, la referencia genérica a la apología del art. 18.1 CP —que en su actual configuración resulta, según se ha explicado, perturbadora— y convendría asimismo, si es que se quiere mantener la incriminación de la apología del terrorismo, que se incluyera en el tipo alguna alusión explícita a la caracterización incitadora que, conforme a lo indicado, pudiera justificar su castigo penal¹⁶⁶.

En un plano más general resulta necesario apelar a la prudencia y a la sensibilidad garantista del legislador de cara a futuras reformas sobre la cuestión. Desde la lógica que, a la luz de la ya repetida Exposición de Motivos de la LO 7/2000, parece presidir la voluntad legislativa, no se puede perder de vista el riesgo de expansión de las tipificaciones de conductas apologéticas a otros ámbitos delictivos que, en un contexto determinado, puedan generar especial «perplejidad e indignación» social¹⁶⁷. A día de hoy nada induce a pensar que ello no pueda pasar ni que, en ese caso, no se vaya a seguir la (cuestionable) estela de las tesis interpretativas que se están imponiendo en la jurisprudencia —y también en la doctrina— en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo.

Más bien al contrario. A este respecto me gustaría traer a colación, ya para finalizar, el Proyecto de reforma penal de 2009, que en lo que aquí interesa y en su previsión originaria, añade un inciso segundo al art. 579.1 del siguiente tenor: «Cuando no quede comprendida en el párrafo anterior o en otro precepto de este Código que establezca ma-

¹⁶⁴ Cfr. ASÚA BATARRITA, A., «Apología...», cit., epígrafe VI, BELLOCH JULBE, J. A., «Contemplaciones...», cit., p. 37 o CANCIO MELIÁ, M., ««Derecho penal»...», cit., p. 26, nota 82.

¹⁶⁵ Pues poco más, como se pudo comprobar en su momento, cabe identificar como objeto de tutela de este tipo delictivo, interpretado en los términos estrictamente gramaticales en que lo hace la jurisprudencia.

¹⁶⁶ Y algo similar cabría decir, y por las mismas razones, respecto del delito del art. 607.2 CP.

¹⁶⁷ Cfr. el tenor de dicha Exposición de Motivos, en lo que a este punto respecta, *supra*: epígrafe III.1.1.

yor pena, la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo será castigada con la pena de seis meses a dos años de prisión»¹⁶⁸.

Sin perjuicio de otro tipo de objeciones, de índole más técnico-legal, que cabría realizar a la propuesta de disposición transcrita, me gustaría apuntar aquí la siguiente consideración: bien entendido que la regulación actualmente en vigor sanciona ya en el art. 579.1 los actos preparatorios de la apología del terrorismo —lo cual, como hemos visto, y si se parte de la interpretación mayoritaria del art. 18.1, obliga a aceptar la relevancia penal de la apología del terrorismo—, y comprobados también los ambiguos márgenes del tipo de enaltecimiento, así como la flexible aplicación que del mismo hace la jurisprudencia, cabe preguntarse qué más se quiere castigar a través de esta especie de cláusula de cierre (?) de la punición de la apología del terrorismo; o, mejor, que más se quiere castigar que no sea la mera exteriorización de opiniones o de discrepancias ideológicas. En este contexto normativo, lo de menos sería ya la vaguedad de los términos típicos empleados en el nuevo precepto o el hecho de que con él se extendiera la punición de esta clase de comportamientos al resto de delitos del capítulo V del Título XXII (y no ya sólo, como ahora sucede, a los de la sección 2.^a de dicho capítulo). Aprobar este nuevo nivel de incriminación de la apología, en el que no se alcanza a ver interpretación posible que pudiera salvar la conculcación del derecho fundamental a la libertad de expresión¹⁶⁹, además de au-

¹⁶⁸ En la Exposición de Motivos del referido Proyecto se justifica esta nueva norma aduciendo que se trata de conductas que «sin llegar necesariamente a constituir resoluciones manifestadas de delito (esto es, provocación, conspiración o proposición para la realización de una concreta acción criminal) se han acreditado como medios innegablemente aptos para ir generando el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir». Indicándose a continuación: «Es sabido, por ejemplo, que esta actividad a través de la red constituye uno de los soportes del terrorismo radical islamista». Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, 27 de noviembre de 2009, n.º 52-1.

¹⁶⁹ Obsérvese que, partiendo de la exégesis de la regulación vigente que, como se ha expuesto, sostienen con carácter general la doctrina y la jurisprudencia, se trataría de un cuarto (!) nivel punitivo de apología, que se sumaría a los siguientes: a) la apología provocadora de los delitos terroristas contemplados en los arts 571 a 577 (art. 18 en relación con el art. 579.1 y los arts. 571 a 577); b) la apología —interpretada en términos gramaticales o a lo sumo como delito de clima— de los delitos terroristas de los arts. 571 a 577 (art. 578); c) la apología provocadora de la apología del art. 578 (art. 18 en relación con el art. 579.1 y el art. 578) (este último grado de apología, en atención a su penalidad, se situaría en todo caso por debajo del que se introduciría con la nueva previsión). Desde esta óptica, resulta sorprendente que en la Exposición de Motivos del Proyecto de 2009 se fundamente la medida que se comenta en la obligación de ar-

mentar la inseguridad interpretativa ya existente con carácter general en esta materia, reforzaría la adscripción de esta figura al modelo del Derecho penal del enemigo¹⁷⁰ y nos remitiría —de nuevo— a conceptos de apología que se creían definitivamente superados, actualizando de esta forma la «vieja» concepción de dicha institución como instrumento dirigido a controlar la disidencia ideológica¹⁷¹. Por si había alguna duda, queda claro pues que en el intenso conflicto entre libertad y seguridad que se plantea en este terreno la opción legislativa tiende a decantarse firmemente a favor del primero de los extremos, demostrando así una escasa preocupación por las garantías.

A fecha de cierre de este trabajo se ha remitido al Senado el texto del citado Proyecto aprobado en el Congreso, asumiéndose, en lo que aquí nos concierne, una enmienda propuesta por el Grupo parlamentario socialista y en virtud de la cual se incluye la exigencia de que las aludidas conductas típicas de distribución o difusión generen o incrementen el riesgo de «efectiva comisión» del delito¹⁷². De prosperar definitivamente esta (relevante) modificación —para cuya justificación se alega, en este caso con razón¹⁷³, la necesaria adaptación a la normativa europea¹⁷⁴ y la conveniencia de

monización con la ya citada Decisión Marco 2008/919/JAI, siendo que nuestra normativa vigente, con arreglo a la interpretación que —según lo estudiado— se mantiene comúnmente, rebasa a las claras las exigencias de tipificación de este tipo de conductas que se contienen en dicho instrumento europeo, en el que, por lo demás, se afirma expresamente que nada de lo en él dispuesto «podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar derechos o libertades fundamentales tales como la libertad de expresión», añadiéndose a continuación que «(l)a expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión Marco y, en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo».

¹⁷⁰ Vid. poniendo de manifiesto tal conexión, en relación con el tipo de enaltecimiento del art. 578 (CANCIO MELIÁ, M., ««Derecho penal...», cit., p 26) o con la figura de la apología en general (SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «La tipificación...», cit., pp. 894 y ss.). Asimismo expresiva en este sentido, la reflexión de GONZÁLEZ CUSSAC preguntándose «si de acuerdo con las tesis del Derecho penal del enemigo los enemigos gozan de libertad de expresión» o si los «ciudadanos (...) tendrán derecho a defender públicamente a los enemigos o incluso a defender que no sean tratado como tales» («El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de derecho: la doctrina del Derecho penal del enemigo», *Revista penal*, n.º 19, enero 2007, p. 61).

¹⁷¹ Vid. por todos DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología...», cit., pp. 87 y 88 y MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas reflexiones...», cit., epígrafes IV c) y d).

¹⁷² Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, 21 de abril de 2010, n.º 52-10 y BOCG, Senado, IX Legislatura, 6 de mayo de 2010, n.º 48 (a).

¹⁷³ Cfr. nota 169 *in fine*.

¹⁷⁴ Y en particular a la mencionada Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, en cuya definición de «provocación a la comisión de un delito de terrorismo» se alude a que la conducta «conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos».

limitar la aplicación del precepto¹⁷⁵— el nuevo elemento típico que incorpora, relativo a la creación o incremento del peligro de perpetración del delito al que se provoca, se alienta o se favorece, pienso que abonaría un cambio de rumbo en la exégesis que con carácter general se está haciendo del art. 578 CP, y ello, a mi modo de ver, en una línea coincidente con la que se viene apuntando a lo largo de este trabajo. Pues, efectivamente, si se requiere el indicado riesgo de «efectiva comisión» del delito en relación con el nuevo inciso del art. 579.1, parece lógico que —al menos— la misma exigencia restrictiva también alcance al tipo de enaltecimiento del art. 578, que tiene asignada una penalidad mayor¹⁷⁶; lo cual, a su vez, creo que habría de llevar a replantear, en atención a razones sistemáticas, la interpretación —o incluso mejor, la formulación legal— del art. 18.1 en lo que se refiere a la vigencia de la apología como acto preparatorio genérico¹⁷⁷. Es probable que en estas posibles repercusiones interpretativas —que recortarían, en el sentido acabado de apuntar, el margen de criminalización de las manifestaciones apologéticas— no haya reparado el prelegislador, y por ello tal vez convendría no insistir mucho en ellas, con la esperanza de que sigan pasando desapercibidas.

Con independencia ahora del devenir que depare la tramitación parlamentaria del citado Proyecto, creo que si algo se puede concluir de forma indudable a partir del análisis realizado en estas páginas —y en particular, a la vista de la interpretación que mayoritariamente hacen doctrina y jurisprudencia del delito de enaltecimiento—

¹⁷⁵ Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, 18 de marzo de 2010, n.º 52-9.

¹⁷⁶ Y tal requisito (insisto: el peligro de *efectiva comisión* del delito), que el prelegislador se ha visto impulsado a incluir ahora para acomodar nuestra normativa a la europea, desde luego que no se cumple con la exégesis gramatical del art. 578 ni tampoco parece que esté en condiciones de hacerlo, de acuerdo con lo expuesto más arriba, su configuración como infracción cuya aptitud provocadora vaya referida a ese momento previo a la comisión del delito que representa la idea de clima. Esto último podría refrendarlo el hecho de que la Exposición de Motivos del reiterado Proyecto le asigne tal consideración de delito de clima a la tipificación de las conductas apologéticas que contiene la propuesta de nuevo inciso segundo del art. 579.1 que se comenta (vid. *supra*: nota 168) y que, como hemos visto, se sitúan en un nivel punitivo inferior.

¹⁷⁷ Piénsese a este respecto en que el claro refuerzo del contenido incitador de la apología del art. 578 en que, según se ha razonado, derivaría el nuevo inciso segundo del art. 579.1 no se avendría bien con la existencia de un nivel punitivo superior de apología del terrorismo, que sería el que contemplaría el art. 579.1 en su primer inciso (interpretado éste, en relación con el art. 18, y en el sentido, comúnmente aceptado en la actualidad, que otorgue cabida a la apología en el marco de la provocación «directa»).

ello es que el «fantasma» de la apología, en una de sus peores versiones posibles, sigue recorriendo nuestro Derecho penal vigente. Lo que quizás resulta todavía más inquietante, y ello como hemos visto se sigue también claramente de la última iniciativa de reforma penal proyectada, es que no parece que esté dispuesto a marcharse.