

TRABAJO DE FIN DE GRADO EN DERECHO

“El delito de apología del terrorismo”

Autor: David Cabrera Acosta.

Director: Fernando Guanarteme Sánchez-Lázaro.

Curso 2015-2016. Convocatoria de Septiembre.

Facultad de Derecho.

Universidad de La Laguna.

ÍNDICE

Resumen	3
1. Introducción	4
2. Evolución histórica	5
2.1 Código Penal 1973.....	5
2.2 Una primera reforma: la LO 2/1981	6
2.3 Una segunda reforma: la LO 4/1995.....	6
2.4 Código Penal de 1995	7
2.5 Una primera reforma: la LO 7/2000	7
2.6 Una segunda reforma: la LO 2/2015.....	7
3. Bien jurídico protegido	8
4. Tipicidad	10
4.1 Tipo objetivo.....	10
4.2 Tipo subjetivo	13
5. Conflicto con otros derechos fundamentales	14
6. Idoneidad político-criminal	17
7. Conclusión final	27
BIBLIOGRAFÍA	28

Resumen

El delito de apología del terrorismo tipificado en el artículo 578 del Código Penal fue introducido por la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y supuso la inclusión de un tipo penal independiente que suscitaba, desde un primer momento, serias dudas de constitucionalidad. En particular, se plantea una posible vulneración del derecho a la libertad de expresión. El objeto de este trabajo es analizar su relación con este derecho fundamental, así como la idoneidad político-criminal de este delito.

Palabras clave:

Apología, terrorismo, enaltecimiento, humillación, víctimas, libertad de expresión, política criminal.

Abstract

The criminal syndicalism as defined in Article 578 of the Spanish Penal Code, is an statutory offence introduced by the Organic Law 7/2000 of 22 December, amending the Organic Law 10/1995 of 23 November, of the Penal Code, in connection with terrorist offenses and resulted in the inclusion of an independent crime. From the beginning, this crime generated serious doubts of constitutionality. The object of this work is to analyze its confrontation with the right to freedom of expression and political-criminal suitability.

Key words:

Criminal syndicalism, humiliation, victims, freedom of expression, political-criminal.

1. Introducción

En los últimos tiempos, los distintos medios de comunicación han llamado nuestra atención con noticias referentes a determinados individuos o grupos de ellos que han sido detenidos, procesados o acusados por lo que, con carácter general, parece tratarse de apología o enaltecimiento del terrorismo. Este tipo de noticias llaman mucho la atención del ciudadano de a pie, dada su trascendencia pública y plantean una cuestión técnica jurídica, puesto que suponen un conflicto con el derecho a la libertad de expresión¹, lo que reabre el debate sobre si el delito de apología del terrorismo invade la esfera de protección de este último.

En este sentido, este tipo delictivo no ha estado exento de polémica, en particular, por su proximidad a la figura de la provocación y el conflicto con el derecho a la libertad de expresión, que ha motivado el reiterado pronunciamiento de distintos órganos jurisdiccionales, caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nuestro Tribunal Constitucional con la STC 235/2007 de 7 de noviembre, en este caso referido al delito de apología del genocidio, así como el Tribunal Supremo, con abundante jurisprudencia incluyendo la reciente sentencia STS 623/2016 de 13 de julio.

El objeto de este trabajo es el análisis de este delito, su evolución histórica, su situación actual en el ordenamiento jurídico español, qué es lo que se quiere proteger y su conflicto con otros derechos fundamentales, su necesidad y el papel que desempeña en el marco actual de política criminal y finalmente su aplicación en la práctica judicial penal.

¹ Al respecto, vid. STC 159/1986 de 12 de diciembre (RTC\1986\159); STC 199/1987

2. Evolución histórica

Siguiendo a Rebollo Vargas², la apología se tipifica como delito por primera vez en la Ley de 10 de julio de 1894, publicada con el objeto de castigar los primeros delitos de terrorismo, tenencia de explosivos y propaganda anarquista, sancionándose la apología de los delitos o de los delincuentes penados por esa ley. También fue introducido como delito en el Código penal de 1928³ así como en la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941 mediante la figura del apologeta⁴. En este sentido, es en el Código penal de 1973 dónde operan las transformaciones más relevantes con respecto a este delito.

2.1 Código Penal 1973

En la versión inicial del Código Penal de 1973⁵, el delito de apología es recogido en el Título II denominado “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, en concreto en el artículo 268 en el que se establecía que la apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de los delitos comprendidos en el citado título así como la de sus culpables sería castigada con la pena de prisión menor. También se cita la apología en el apartado 4º del artículo 566, castigándose con pena de multa “los que de igual forma provocaren a la desobediencia de las Leyes y de las autoridades constituidas o hicieren la apología de acciones calificadas por la Ley de delito”. Llama la atención el mayor grado de reproche penal reservado al realizar la apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado, lo que evidencia un Código penal fruto del régimen franquista en el que el bien jurídico Estado era más importante que el de las libertades individuales.

² Vid. REBOLLO VARGAS, Rafael. La provocación y la apología en el nuevo Código penal. La exteriorización de la voluntad delictiva. Valencia: Servei de Publicacions, Universidad Autònoma de Barcelona. Tirant Monografias. Tirant Lo Blanch. 1997. p. 108.

³ Ibid., p. 109.

⁴ Ibid., p. 109.

⁵ Decreto 3096/1973 de 14 de septiembre, por el que se publica el Código penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

2.2 Una primera reforma: la LO 2/1981

Años después, la Ley Orgánica 2/1981 de 4 de mayo, en su artículo segundo, introdujo el artículo 216 bis a, que en su apartado 1 decía que la conspiración, proposición y provocación a los delitos comprendidos en los artículos 174 bis b, 214 y 217, hechas públicamente o por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilitara su publicidad serían castigadas con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos, concluyendo este precepto en el segundo párrafo que la misma pena se impondría al reo de apología de los delitos del párrafo anterior y al de apología de la rebelión militar, aunque no llegara a cometerse, así como al de apología del terrorismo realizado por medio de bandas o grupos armados a que se refería la Ley Orgánica 11/1980 de 1 de diciembre. Cabe destacar que en este segundo párrafo no se vincula la existencia de la apología a la comisión o producción de un acto delictivo sino que se convierte en un tipo independiente.

2.3 Una segunda reforma: la LO 4/1995

Posteriormente, el artículo 165 ter introducido por la L.O. 4/1995, de 11 de mayo, establecía que los que provocaran o incitaran, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilitara la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serían castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, asimismo, el apartado segundo del citado precepto decía que existía apología cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expusiesen ideas o doctrinas que ensalzaran el crimen o enaltecieran a su autor y que por su naturaleza y circunstancias pudieran constituir una incitación directa a cometer un delito. Puede observarse que a partir de esta modificación, para que existiera apología era *conditio sine qua non* que se constatará una incitación directa a la comisión de un delito.

2.4 Código Penal de 1995

En el Código Penal de 1995 se tipifica la apología aunque en puridad, como apunta Carmen Alastuey⁶, sólo como forma de provocación y no como delito autónomo. El artículo 18.1 in fine establece que es apología la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. Concluye el precepto determinando que la apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

2.5 Una primera reforma: la LO 7/2000

En virtud de la modificación operada por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, es importante destacar que vuelve a introducirse la apología del terrorismo como delito autónomo (sigue manteniéndose como forma de provocación en el artículo 18). Establecía el artículo 578 que el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este código o de quienes hubiesen participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañasen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigaría con la pena de prisión de uno a dos años.

Asimismo cobra especial relevancia que este artículo introduce dos tipos penales diferentes lo que lo convierte en un delito pluriofensivo, por un lado el enaltecimiento de determinados delitos o de sus autores y partícipes y por otro lado la realización de actos de humillación de las víctimas de delitos terroristas o familiares.

2.6 Una segunda reforma: la LO 2/2015

Finalmente, con la modificación operada por la Ley Orgánica 2/2015 de 30 de

⁶ Vid. ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Derecho Penal Parte General. Granada: Comares, 2013. p. 176.

marzo, el art. 18 se mantiene con la misma redacción que las versiones anteriores. Sin embargo, en el artículo 578 se han producido reformas orientadas fundamentalmente al aumento de la pena:

- El límite superior de la pena de prisión pasa de dos a tres años.
- Se crean dos subtipos agravados, imponiéndose las penas del apartado anterior en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, asimismo, dice el cuerpo legal, cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.
- Introducción de medidas judiciales, tales como la destrucción, borrado o inutilización de libros, archivos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito.

Con esta introducción histórica tenemos una conciencia de la situación actual del tipo delictivo analizado pasando a continuación a su estudio.

3. Bien jurídico protegido

Desde la modificación realizada por la LO 7/2000 de 22 de diciembre, el delito de apología como tipo independiente se contiene en el artículo 578 del Código penal. Establece el apartado tercero de la introducción de la Ley Orgánica 7/2000 que la inclusión de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el artículo 578 se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Se asegura en la citada introducción que no se trata de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad, lo que se pretende es perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o a los autores de estos delitos, así

como las actuaciones hirientes de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares.

Como consecuencia de la tipificación de la apología como delito autónomo, desvinculado del regulado en el artículo 18 como forma de provocación (situación anterior al Código penal de 1995) se produce el efecto de confrontación con el derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 20 de la Constitución⁷.

En relación con el bien jurídico protegido se entiende que estamos ante un delito pluriofensivo, y en este sentido coincide un importante sector de la doctrina⁸.

Por una parte, como delito referencial, que remite a los delitos de terrorismo mediante el castigo de aquellos delitos tipificados en los artículos 572 a 577 del Código penal, se entiende que el bien jurídico protegido es el mismo que el de estos últimos delitos de terrorismo ya cometidos. Ello no varía mediante la modificación operada por la LO 2/2015 de 30 de marzo⁹. De otra parte, la naturaleza propia de la conducta, en tanto que supone actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, atenta igualmente contra el honor de los sujetos que han sufrido las consecuencias de los actos terroristas y, por tanto, el bien jurídico protegido es el honor de aquellas personas o de los familiares de aquellas.¹⁰

⁷ Vid. SSTC 159/1986 de 12 de diciembre (RTC\1986\159); 199/1987 de 16 de diciembre (RTC\1987\199); 235/2007 de 7 noviembre (RTC\2007\235); SSTS 656/2007 de 17 julio (RJ\2007\3660); STS 106/2015, de 19 de febrero (RJ\2015\1064); entre otras.

⁸ Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. Manual derecho penal tomo II parte especial, Ed. Civitas, 6ª edición, p. 681.; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y otros. Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Valencia: Tomo I, Ed. Tirant Lo Blanch, 2011. p. 877; MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013. p. 850.; LAMARCA PÉREZ, Carmen. Delitos y faltas. La parte especial del Derecho Penal. Ed. Cóllex, 2ª Edición 2013. p.850.

⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch. 20ª Edición. 2015, p. 765-766. cfr. con el mismo título Ed. 2013; ALASTUEY DOBÓN, C. Y OTROS. Derecho Penal Parte Especial. Granada: Ed. Comares, 2016. p. 833-835.

¹⁰ Vid. CAPITA REMEZAL, Mario. Análisis de la legislación penal antiterrorista, Ed. Cóllex, 2008. p. 163.

4. Tipicidad

4.1 Tipo objetivo

Esta comprensión doctrinal del bien jurídico se corresponde con la jurisprudencia que advierte aquí dos conductas bien diferenciadas.

En un sentido, y en relación con el primero de los bienes jurídicos tutelados, según destaca el Tribunal Supremo en la STS 656/2007 de 17 de julio, con respecto al artículo 578 CP:

De un lado, en el párrafo primero se ubica la apología propiamente dicha definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. Corresponde a la ratio legis reforzar la tutela en los delitos de terrorismo sancionando conductas que les favorecen en cuanto significan apoyo a estas graves infracciones punibles. Así el término enalzar, según el Diccionario de la Real Academia, es sinónimo de ensalzamiento y ensalzar significa a su vez, engrandecer, exaltar, alabar. Exaltar, es elevar a alguien o a algo a gran auge o dignidad, realzar el mérito o circunstancias de alguien. Alabar es elogiar, celebrar con palabras. Se coloca así al sujeto pasivo en una posición preferente de virtud o mérito convirtiéndolo en referente y ejemplo a imitar. El sujeto activo con su comportamiento coloca a las acciones punibles, y a sus autores como modelo otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente¹¹.

También, el Alto Tribunal, hace referencia al término justificar:

El otro verbo que utiliza el artículo, es justificar, que según el mismo diccionario, es probar una cosa con razones convincentes o con testigos o documentos y también rectificar o hacer justo algo. En definitiva, argumentar a favor del sujeto, disculpar sus acciones y aproximarlas o incluirlas en los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, pese a vulnerarlo de modo directo. Esto es, como ha dicho esta Sala, en reciente sentencia 149/2007 de 26 de febrero, hacer aparecer como acciones lícitas o legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal, bien entendido que el objeto de ensalzamiento o justificación puede ser cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo o cualquiera de las personas que hayan participado en su ejecución y puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos¹².

Y en otro sentido, la misma sentencia, también se detiene a analizar el párrafo segundo del artículo 578 del Código penal que considera punible un supuesto por completo diferente cual es:

La realización de actos que entrañen descrédito (esto es, disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas), menosprecio (equivalente a

¹¹ STS 656/2007 de 17 de julio (RJ\2007\3660), fundamento de Derecho segundo.

¹² Ibid.

poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén), o humillación (herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo) de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, esto es se trata de perseguir conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal¹³.

y que apunta hacia el segundo bien jurídico protegido.

El subtipo primero, que en palabras del Tribunal Supremo en la STS 224/2010 de 3 de marzo es “más evanescente y vaporoso”¹⁴, ha sido objeto de un análisis más preciso por parte del Alto Tribunal. Así, según la STS 299/2011 de 25 de abril¹⁵, los elementos que conforman este subtipo son los siguientes:

- La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Con el término justificar se quiere decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.
- El objeto de tal ensalzamiento o justificación, que puede ser cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577 (572 a 577 en la última redacción del Código penal) y cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos (o un colectivo).
- Su realización por cualquier medio de expresión pública o difusión, periódicos o actos públicos, de modo que la apología realizada en el ámbito privado es atípica, porque “el bien jurídico no se ha puesto en peligro”¹⁶

En cuanto a la posibilidad de la comisión omisiva de este delito, el Tribunal Supremo se pronuncia en contra, ya que el comportamiento típico es una conducta activa, tratándose de un delito de mera actividad y carente de resultado material y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.¹⁷

¹³ STS 656/2007 de 17 de julio (RJ\2007\3660), fundamento de Derecho segundo.

¹⁴ Vid. fundamento de Derecho tercero.

¹⁵ Vid. fundamento de Derecho décimo.

¹⁶ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Apología y encubrimiento del terrorismo. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996. p. 44 en CAPITA REMEZAL, Mario. Análisis de la legislación penal antiterrorista. Ed. Cóllex, 2008. p. 165.

¹⁷ Vid. STS 299/2011, de 25 de abril (RJ\2011\3486), fundamento de Derecho décimo: “Características del delito son el tratarse de un comportamiento activo, que excluye la

En confrontación con la apología del artículo 18 CP, se apunta en la citada STS 299/2011 de 25 de abril que la barrera de protección se adelanta, exigiéndose la mera alabanza o justificación genérica de los actos terroristas o de sus responsables¹⁸.

Es importante reseñar que el Tribunal Supremo no considera esta apología un delito de terrorismo, invocando el mismo la STC 199/1987 de 16 de diciembre: “La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades”¹⁹.

En cuanto al tipo alternativo segundo, como se dijo anteriormente, para el Tribunal Supremo²⁰, la conducta típica es la realización de actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de delitos terroristas o de sus familiares. Siguiendo a Corcoy Bidasolo, el tipo requiere aquí “la ejecución de un comportamiento activo que atente contra el honor y dignidad de las víctimas de delitos terroristas o de sus familiares, realizado por cualquier medio de expresión pública o difusión. Tales actos pueden referirse tanto a una persona individual como a un colectivo o generalidad de afectados”²¹. Así, a modo de ejemplo, en la STS 623/2016 de 13 de julio se condena a dos años de prisión por subir a la red social Twitter con el perfil “Condesa” diferentes tuits con textos denigrantes hacia las víctimas de ETA Romeo y Emma y ensalzar las actividades de miembros de la citada organización y la STS 846/2015 de 30 de diciembre en la que el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia y condenó no por enaltecimiento sino por humillación a las víctimas²². Para Cuerda Arnau “no deja

comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo un delito de mera actividad y carente de resultado material, y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.”

¹⁸ Vid. STS 299/2011, de 25 de abril (RJ\2011\3486), fundamento de Derecho décimo.

¹⁹ Vid. STC 199/1987 de 16 de diciembre (RTC\1987\199), fundamento de Derecho cuarto en STS 299/2011, de 25 de abril (RJ\2011\3486) fundamento de Derecho décimo.

²⁰ Vid. STS 656/2007 de 17 de julio (RJ\2007\3660) fundamento de Derecho segundo.

²¹ Vid. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y otros. Derecho Penal Parte Especial: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Valencia: Tomo I, Ed. Tirant Lo Blanch, 2011. p. 876.

²² Vid. STS 846/2015 de 30 de diciembre (RJ\2015\5888): La Audiencia de instancia condenó a Máximo como autor de delito de enaltecimiento del terrorismo. Los hechos probados fueron que el condenado subió a la red social Facebook mensajes y fotografías

de ser un delito de injurias especialmente tipificado por razones puramente demagógicas.”²³

Según la STS 656/2007 de 17 de julio, el concepto de víctima debe determinarse conforme a la legislación específica en la materia²⁴, entre otras, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social, la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo. A la vista de esta regulación, la STS 656/2007 distingue entre víctimas directas y víctimas indirectas.²⁵

4.2 Tipo subjetivo

Es pacífica la doctrina del Tribunal Supremo respecto de la naturaleza dolosa del delito analizado, tanto en el enaltecimiento²⁶ como en la humillación (dolo específico).²⁷

de condenados por pertenencia a la organización terrorista GRAPO y otras que habían sido víctimas de delitos de terrorismo. En concreto mensajes como “Libertad para los presos políticos”, sobre un enlace de Youtube: “PCE (r) y GRAPO 35 años de resistencia”. Y como cita del Bola: “Somos los que no alcanzaremos el mar pero permaneceremos en la lluvia”, “Ha salido en libertad la compañera Catalina bienvenida camarada! honor i gloria!”, “gora eta libertad presos políticos, Jacinto mejor muerto”. En este caso el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia y condenó no por enaltecimiento del subtipo penal primero pero sí por humillación a las víctimas.

²³ CUERDA ARNAU, María Luisa. Derecho penal parte especial. Coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2016 p.733.

²⁴ Vid. STS 656/2007, de 17 de julio (RJ\2007\3660) fundamento de Derecho cuarto.

²⁵ Vid. STS 656/2007, de 17 de julio (RJ\2007\3660) fundamento jurídico cuarto: “De esta regulación se desprende que serían víctimas “directas” las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia de cualquier delito terrorista; y en caso de muerte, a título de víctimas “indirectas” diversos familiares (cónyuge o persona que viniera conviviendo con el fallecido de forma permanente, hijos o padres, según los casos).”

²⁶ Entre otras; STS 224/2010 de 3 de marzo, (RJ\2010\1469) fundamento de Derecho tercero; STS 180/2012 de 14 de marzo, (RJ\2012\3932) fundamento de derecho quinto; STS 282/2013 de 1 de abril, (RJ\2013\3183) fundamento de derecho segundo.

5. Conflicto con otros derechos fundamentales

En la introducción de este trabajo se planteaba el problema técnico-jurídico de la confrontación del delito de apología del terrorismo con el derecho a la libertad de expresión del art. 20 de la CE, así como con el derecho a la libertad ideológica del art. 16. En este sentido, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en más de una ocasión desde sentencias tempranas, dictaminando que no existe vulneración de estos preceptos constitucionales. Así, ya en la STC 159/1986, de 12 de diciembre, caso del diario “Egin”, el Tribunal Constitucional dictaminó sobre el artículo 20 de la Constitución que “cuando la libertad de información entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldado, 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”²⁸. Se trataba aquí de la condena por delitos de apología del terrorismo al director del diario por la publicación de dos comunicados de la organización terrorista ETA. Y precisa el Tribunal Constitucional, en este sentido, que:

En el caso que nos ocupa, el conflicto se produce entre la apología del terrorismo, tipificada como delito, y el derecho del director de un periódico a publicar unos comunicados emitidos por una organización terrorista cuyo contenido apologético no se cuestiona. Este conflicto no puede resolverse otorgando a priori un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley penal frente a la libertad de información. No cabe duda de que la erradicación de la violencia terrorista encierra un interés político y social de la máxima importancia, pero ello no autoriza, sin embargo, a alterar la esencia de un Estado democrático, el cual, para su existencia y desarrollo, presupone el sometimiento de las cuestiones relevantes para la vida colectiva a la crítica o aprobación de una opinión pública libremente constituida. En este sentido cabe afirmar que la lucha antiterrorista y la libertad de información no responden a intereses contrapuestos sino complementarios, orientados al aseguramiento del Estado democrático de Derecho²⁹.

Más recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia

²⁷ Entre otras; STS 282/2013 de 1 de abril, (RJ\2013\3183) fundamento de derecho segundo; STS 299/2011 de 25 de abril, (RJ\2011\3486) fundamento de derecho primero.

²⁸ Vid. STC 159/1986 de 12 de diciembre, (RTC\1986\159) fundamento de Derecho sexto.

²⁹ Vid. STC 159/1986 de 12 de diciembre, (RTC\1986\159) fundamento de Derecho séptimo.

de 8 de julio de 1999³⁰, se pronunció acerca del llamado discurso del odio, en referencia al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, fijando unos límites en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, límites que han tomado como referencia los distintos tribunales de la Unión Europea. Textualmente, entiende el TEDH “que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”³¹

En el año 2007, en la STC 235/2007 de 7 de noviembre, el Tribunal Constitucional vuelve a pronunciarse acerca de la constitucionalidad del delito de apología, aunque en este caso en referencia a la modalidad de apología del genocidio³². Así, dice el TC que “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio”³³.

De particular interés resulta este último inciso, mediante el cual nuestro Tribunal Constitucional anuda la constitucionalidad del castigo de la apología siempre que opere como incitación indirecta a su comisión.

Establece también el Tribunal Constitucional en esta misma sentencia que “sirve como referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R(97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o

³⁰ TEDH/1999/97, de 8 de julio, Gran Sala, caso Erdogdu e Ince contra Turquía.

³¹ Vid. STC 235/2007 de 7 de noviembre, (RTC\2007\235) fundamento de Derecho quinto, párrafo segundo.

³² El artículo 607 del Código penal fue modificado por el apartado 256 del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, eliminándose el apartado 2 referente a la apología del genocidio. Esta modificación fue motivada por la STC 235/2007 de 7 de noviembre, fundamento de Derecho noveno.

³³ Vid. STC 235/2007 de 7 de noviembre, (RTC\2007\235) fundamento de Derecho noveno.

promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia.”³⁴

Igualmente relevante resulta la STS 299/2011 de 25 de abril, donde se reconoce que existe una tensión entre este delito y el derecho a la libre expresión de ideas y libertad ideológica³⁵ y que debe ser objeto de la labor judicial realizar un análisis preciso e individualizado caso por caso³⁶. En palabras del Tribunal Supremo:

Las concretas frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio favor libertatis debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la sociedad democrática³⁷.

En resumen, para el Tribunal Supremo³⁸, el delito de exaltación o justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del art. 18 CP, pero sin invadir ni recortar el derecho de libertad de expresión, estableciendo una zona intermedia que deberá precisarse caso por caso.

En relación con la zona intermedia el Tribunal Supremo³⁹, entiende que el bien jurídico protegido estaría en la prohibición del discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no tiene cabida en la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica ya que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de la 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 el aterrorizamiento colectivo como medio de conseguir esas finalidades.”⁴⁰

³⁴ Ibid., fundamento de Derecho quinto. La referencia al Convenio ha de entenderse al Convenio de Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948.

³⁵ Vid. STS 299/2011 de 25 de abril, (RJ\2011\3486) fundamento de Derecho décimo.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid., fundamento de Derecho undécimo.

⁴⁰ Ibid., fundamento de Derecho undécimo:

Por tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, por ahora se aleja cualquier viso de inconstitucionalidad sobre el delito de apología del terrorismo porque como ya se ha explicado, los artículos 16 y 20 de la CE no abarcan ni amparan ese discurso del odio definido por los diferentes Tribunales, debiéndose analizar cada caso por el órgano juzgador correspondiente.

6. Idoneidad político-criminal

El trabajo realizado hasta ahora estaría incompleto si no se hiciera un somero análisis desde el punto de vista de la política criminal. Para ello se ha realizado un estudio de varias sentencias del Tribunal Supremo, analizando los supuestos de hecho y los correspondientes fallos. Nos encontramos ante un tipo penal complicado de aplicar, la línea divisoria entre la tipicidad y la atipicidad es muy delgada y por más que el Tribunal Supremo se esfuerza en hacer una correcta argumentación y en comprobar que se dan los elementos objetivos y subjetivos la cuestión sigue siendo difusa. Se debe recordar aquí que uno de los principios informadores del Derecho penal es el principio de taxatividad. Apunta Muñoz Conde que “para que la ley cumpla con su función debe establecer cuáles son las conductas punibles de forma clara y concreta, sin acudir a términos excesivamente vagos que dejen de hecho en la indefinición el ámbito de lo punible[...]una técnica legislativa correcta debe huir tanto de los conceptos excesivamente vagos en los que no es posible establecer una interpretación segura”⁴¹. En este sentido, Muñoz Conde invoca la STC 62/1982, de 15 de octubre, cuando señala al respecto de la necesaria taxatividad de las definiciones penales que “es una exigencia

¿Cuál es esa zona intermedia? se pregunta la sentencia referenciada 224/2010 de 3 de marzo. Y a ello se responde que, de acuerdo con la concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, el bien jurídico protegido estaría en la interdicción de lo que el TEDH - SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek vs Turquía*, 4 de diciembre de 2003, *Müslüm vs Turquía* -y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre - califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo 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 el aterrizamiento colectivo como medio de conseguir esas finalidades.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 8ª Edición, 2010 p. 105.

de los principios de legalidad y seguridad jurídica”⁴². Dicho esto, ¿podemos hablar de taxatividad en un artículo como el 578 del Código penal que cuenta con 5 apartados y 6 párrafos? Siguiendo a Capita Remezal en el estudio de la tipicidad del delito que nos ocupa: “los verbos típicos no son unívocos, lo que provoca que debido a la gran variedad de conductas imaginables el precepto pueda crear inseguridad jurídica, al no quedar especificado qué acciones son efectivamente típicas y por tanto punibles y qué acciones, aunque moralmente reprobables, quedan al margen de la tipicidad”⁴³. A modo de ejemplos de lo expuesto anteriormente, en la STS 656/2007 de 17 de julio, son hechos probados que una banda musical en Vitoria, “Soziedad Alkohólika”, interpretó canciones con letras de contenido violento con clara alusión a los cuerpos y fuerzas de seguridad⁴⁴. La Audiencia de instancia absolvió a los integrantes del grupo. La asociación víctimas del terrorismo presentó recurso de casación y el Tribunal Supremo coincidió con el órgano de instancia⁴⁵ en que la letra de la canción “Síndrome del Norte” no se incardinaba en el tipo penal del apartado segundo del art. 578 puesto que el colectivo al que se dirigía no eran las víctimas de ETA sino el colectivo policial, remitiendo nuevamente al concepto doctrinal de víctimas explicado anteriormente⁴⁶. En este caso, pues, tanto para el tribunal de instancia como para el Tribunal Supremo, la letra, pese a ser merecedora de repulsa social, sólo expresa opiniones y tienen cabida en el derecho a la crítica y en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Por el

⁴² Ibid., p. 106. Vid. STC 62/1982 de 15 de octubre, (RTC\1982\62) fundamento de Derecho séptimo: “Es cierto que el principio de tipicidad a que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica, y es cierto también que el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos.”

⁴³ CAPITA REMEZAL, Mario. Análisis de la legislación penal antiterrorista. Ed. Cóllex, 2008. p. 167.

⁴⁴ Vid. STS 656/2007 de 17 de julio, (RJ\2007\3660) a modo de ejemplo: “al llegar asta el cotxe dejas las llaves caer ¿no sea ke halla un bulto raro? y que te haga volar como a carrero, como a carrero ay que jodido es ser madero en un lugar donde me consideran extranjero ¡porrompompero!...”- “¡Explota zerdo! Algún día reventarás, ¡explota zerdo! Tus tripas se esparcirán. Huele a esclavo de la ley, zipaio, siervo del rey, lameculos del poder, carroñero coronal, ¡explota zerdo! Dejarás de molestar, ¡explota Txota! Sucia rata morirás.”

⁴⁵ Vid. STS 656/2007 de 17 de julio, (RJ\2007\3660) fundamento de Derecho cuarto.

⁴⁶ Vid. p.13, ep. 4, subep. 4.1 de este trabajo.

contrario, en la STS 106/2015 de 19 de febrero se condenó a Desiderio, por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la AN confirmando el Tribunal Supremo la misma, por subir el acusado a la red social YouTube diversos archivos de audio y/o vídeo con canciones de su creación con expresiones alusivas a las organizaciones GRAPO, ETA, Al Qaeda, RAF, Terra Lliure y a alguno de sus miembros con letras de contenido parecido a la canción reproducida en la sentencia anterior.⁴⁷ En la STS 676/2009 de 5 de junio son hechos probados que el 11 de agosto de 2005, en el salón de plenos del Ayuntamiento de Amurrio (Álava) se nombraron a Eliseo y a Javier (los cuáles se encontraban en prisión cumpliendo condena por delitos terroristas relacionados con la banda armada ETA) representantes de las fiestas mayores, con el objeto de homenajearles. Los acusados, Máximo y Santiago portaron sendos monigotes representando a estos presos con el puño en alto. La sentencia de instancia condenó a ambos a un año de prisión por delito de enaltecimiento. Al Tribunal Supremo también le resultó evidente que sí se trataba de un claro comportamiento de enaltecimiento de terrorismo y declaró que no había lugar al recurso de casación⁴⁸. En un sentido distinto, el voto particular de Sáez Valcárcel⁴⁹ apunta, entre otras cosas, que el hecho atribuido a los coimputados

⁴⁷ Vid. STS 106/2015 de 19 de febrero, (RJ2015\1064) antecedente primero. Las letras, entre otras cosas decían:

Cuando violadores y pederastas pasan cinco años en la cárcel y luego los que mas luchan por cambiar el sistema, que ni el político más mentiroso puede calificar de justo, están decenas de años encerrados por combatirlo, o incluso los matan dentro, no solo ocurre algo demencial y surrealista, sino algo, que no deberíamos dejar que pasara[...]Que apoyar a franco no es delito sino algo normal.- Y quienes manejan los hilos merecen mil kilos de amonal[...]Dedicado a todos los presos políticos, pagando penas por intentar cambiar este sistema de mierda, que va a acabar cayendo por su propio peso. En especial, a Donato, que lleva casi treinta años encerrado por robar bancos y dar el dinero a necesitados y luchas sociales. Sus leyes fascistas cumplen, y se inventan todo tipo de patrañas para seguir teniéndolo entre rejas, cuando ya ha cumplido esa injusta pena. Aquí si no tienes millones no te sueltan, y más cuando eres revolucionario. ¡Libertad Donato! ¡Libertad presos políticos! [...]Voy a tener que dedicar cada canción a algún preso político, porque el Gobierno y sus perros no paran de morder. Esto va para todos, pero especialmente para Antón o Bola, preso desde hace años, únicamente por comunista, como otros tantos miembros del Partido Comunista Reconstruido[...]Solo falta que digan que ETA mató nuestros derechos.- Ya recibirán mi metralla si me estalla el pecho.- Harto de ricos por la TV ostentando.- Como si se nos tuviera que caer la baba. Faltan más comando.- No me da pena tu tiro en la nuca pepero.- Me da pena el que muere en una patera.- No me da pena tu tiro en la nuca socialista.- Me da pena el que muere en un andamio.

⁴⁸ Vid. STS 676/2009 de 5 de junio, (RJ2009\4213) fundamento de Derecho tercero.

⁴⁹ Ibid., antecedente segundo, sentencia de instancia Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección primera, de 20 de julio de 2008.

representa un mero recuerdo de dos personas nacidas en la villa, con difícil conexión entre este recuerdo y los hechos que habían cometidos hacía más de 15 años y que la imagen del rostro de una persona, puede sustituir una idea o doctrina. Invocando este magistrado la STC 235/2007 de 7 de noviembre, sigue la doctrina de que la mera adhesión ideológica a posiciones políticas no puede criminalizarse y es preciso que se tipifique y ejecute algo más que la exposición de ideas, tal y como una incitación indirecta al crimen o una provocación mediata en tal sentido o a la discriminación, odio o violencia⁵⁰. En la STS 224/2010, de 3 de marzo, son hechos probados que el 12 de enero de 2008, María Virtudes, en un acto de presentación de las candidaturas del partido político Asociación Nacionalista Vasca, dedicó unas palabras de ánimo y pidió un aplauso para Aureliano y Bernardo y a otros condenados⁵¹, cuando seis días antes del acto se había detenido a Aureliano y Bernardo por su presunta participación en el atentado a la T-4 del aeropuerto de Barajas, afirmando, además, que en Euskal Herria los cuerpos policiales utilizaban la tortura contra los independentistas vascos. La Sección tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a la pena de un año de prisión y a las accesorias de siete años de inhabilitación absoluta y de inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo por un delito de enaltecimiento del terrorismo. En este caso estimó la Sala segunda del Tribunal Supremo que no se estaba ante el delito de exaltación/justificación del terrorismo, antes bien, lo que quedaba claro

⁵⁰ Vid. STS 676/2009 de 5 de junio, (RJ\2009\4213) apartado 2.2 del voto particular a la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección primera de 20 de julio de 2008 magistrado Sáez Valcárcel.

⁵¹ Vid. STS 224/2010 de 3 de marzo, (RJ/2010/1469), antecedente primero:

Antes de nada, este ánimo, abrazo y este chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más caluroso posible, a Aureliano, Bernardo y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España. ¡Os queremos!.- Tal loa, que era su pretensión, en recuerdo y aliento a los presos de la organización terrorista ETA, con la que arrancó su discurso, culminó con lo que perseguía, el aplauso que se inició inmediatamente después de que nombrara a Bernardo y al que la misma se unió con los congregados de forma placentera, cuando pudo terminar la frase entera, congratulándose con la magnífica acogida que esa introducción había tenido, así como, por comprobar la aceptación de ella misma por los asistentes, dado que, era la primera vez que participaba en este tipo de convocatoria en la acción política.- Siguiendo el elogio a los miembros de ETA o personas vinculadas a las actividades de esta organización terrorista y en sintonía con el lema de la convocatoria “por la independencia”, como paradigma de ello, y restando importancia a las acciones que despliegan, volvió sobre aquellos, para destacarlos como independentistas vascos, al decir: “en Euskal Herria todo el mundo sabe: aquí se tortura, todos los cuerpos policiales y represivos utilizan la tortura sistemáticamente contra los independentistas vascos”.

era la exteriorización de un cariño hacia los detenidos y de una cercanía personal que queda fuera del tipo penal.⁵² Se pone aquí de manifiesto lo expresado anteriormente sobre la delgada línea entre la tipicidad y la atipicidad si comparamos con la comentada STS 676/2009 de 5 de junio en la que también se trataba de homenaje a condenados por terrorismo y sí se condenó en ese caso.

En esta misma línea, en la STS 299/2011 de 25 de abril y en la que fueron hechos probados que la comparsa “Txori Barrote”⁵³ en la semana grande de Bilbao de 2008, montó su caseta con un cartel con una decoración que, en resumen, se trataba de dibujos y mensajes reivindicativos del acercamiento de los presos etarras, incluyendo una foto de 95 de estos presos, el Tribunal Supremo dictaminó que sí hubo una alabanza y honra de los verdugos, atendiendo al contexto de la comparsa y su objeto social declarado en la web⁵⁴. Llama otra vez la atención aquí lo que en unos casos considera el Tribunal Supremo que es apología y lo que en otros casos no. Es de interés nuevamente el voto particular formulado por el magistrado José Antonio Martín Pallín que plantea si la exhibición de fotografías de personas condenadas es una acción directa e intencional de ensalzar y justificar. De especial interés aquí resultan los fundamentos sexto y noveno de este voto particular en referencia a la naturaleza del tipo penal del artículo 578. En concreto, se entiende que:

El legislador introduce una variante de la provocación y se refiere especialmente a la apología que se desgaja a los efectos de este Código, es decir, no por razones técnicas o dogmáticas, sino por pura política criminal y se define como la exposición ante una concurrencia de personas, o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor, añade que la apología solo será delictiva como forma de provocación si, por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. Este confucionismo deliberado que considera a la apología como una especie de provocación, fue advertido por el Consejo de Estado en su informe al Anteproyecto de Ley de Reforma del Código penal.⁵⁵

y continúa Martín Pallín: “si acudimos a la sentencia STC 235/2007 de 7 de noviembre llegamos a la conclusión de que la criminalización de los autores, respetaría la libertad

⁵² Ibid., fundamento de Derecho quinto.

⁵³ Vid. STS 299/2011 de 25 de abril, (RJ\2011\3486) antecedente primero, se definen en su página web como una comparsa pro amnistía de los presos etarras que ellos definen como presos políticos.

⁵⁴ Ibid., fundamento de Derecho décimo tercero.

⁵⁵ Ibid., voto particular magistrado José Antonio Martín Pallín, fundamento sexto.

ideológica, según el canon constitucional, sólo si la conducta tuviera la capacidad para incitar de manera directa a la perpetración de los delitos, al menos mediante el fomento o favorecimiento de un clima de odio en el que pudiera germinar la necesidad de emplear medios violentos para perseguir fines políticos.”⁵⁶

Cita este Magistrado la reciente sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, TEDH de 15 de marzo de 2011 *affaire Otegui Mondragón c. Espagne* en la que se declara que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno de los ciudadanos. Abarca, por supuesto, la información y las ideas, incluso aquellas que hieren la sensibilidad, son chocantes o puedan incomodar. Las excepciones legales deben ser mínimas y en todo caso interpretadas restrictivamente”⁵⁷.

Siguiendo con otros ejemplos, en la STS 180/2012, de 14 de marzo Carlos Daniel fue condenado como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo a las penas de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta. En el año 2008, el acusado participó como principal orador en un acto celebrado en Arrogorriaga (Vizcaya) en recuerdo del responsable de la organización ETA, alias Pajarero, asesinado treinta años antes. En un escenario, ante una gran fotografía de Pajarero, se realizan unas danzas y se deposita claveles. El acusado realizó un discurso, en él pidió “una reflexión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático y terminó con los gritos “¡Gora Euskay Herria askatuta”, “Gora Euskal Herria euskalduna” y “Gora Pajarero”-¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Pajarero!, gritos que fueron respondidos por el público”.⁵⁸ El Tribunal Supremo aprecia aquí un delito de apología, señalando que “ciertamente, en ese contexto es donde tienen lugar los hechos declarados probados. En el presente caso nos encontramos con un acto de indudable homenaje a un dirigente de la organización terrorista ETA, organización que viene atemorizando y causando

⁵⁶ Vid. STS 299/2011 de 25 de abril (RJ\2011\3486), voto particular magistrado José Antonio Martín Pallín, fundamento noveno.

⁵⁷ Ibid., voto particular magistrado José Antonio Martín Pallín, fundamentos duodécimo y décimo tercero.

⁵⁸ Vid. STS 180/2012 de 14 de marzo (RJ\2012\3932), antecedente tercero.

dolor a la sociedad española en general, y a la vasca en particular, durante ya más de cincuenta años”⁵⁹.

También en esta resolución se recoge un voto particular, esta vez del magistrado D. Joaquín Giménez García que disiente del parecer del pleno, no existiendo para el mismo exaltación del terrorismo afirmando que “no se está ante una manifestación del discurso del odio y del exterminio del disidente que tantas veces se ha escuchado en Euskadi, o al menos hay unas dudas tan razonadas como he tratado de exponer, que deben desembocar en virtud del principio -favor libertatis- a la absolución”⁶⁰.

Por el contrario, en un caso muy similar en la STS 121/2015 de 5 de marzo, se absolvió a varias personas de las acusaciones del delito de enaltecimiento al terrorismo, siendo hechos probados que en las fiestas del casco viejo de Vitoria en 2012, se organizaron diferentes actos por parte del colectivo “Zaharraz Harro/Orgulloso de lo viejo”, que se realizó una “kalegira” o pasacalles con el lema “preso en ETA” y que los acusados portaban una silueta a tamaño natural con una foto de presos y huidos refugiados. Durante el acto se recitaron versos en loa de los citados presos, se colocaban pañuelos verdes y se bailó el “aurreku” de honor, tal y como sucedió en el caso Pajarero en el que sí se observó apología. Nuevamente, otro voto particular, en esta ocasión del magistrado Julián Sánchez Melgar, vuelve a discrepar del parecer del Pleno considerando que sí hubo alabanza y además humillación a las víctimas y familiares por lo que consideró que el recurso debió ser estimado.

Como puede observarse sigue existiendo una gran dificultad para discernir cuando la conducta es típica o no con carácter general, siendo la casuística muy variada.

Encontramos otros ejemplos en la STS 282/2013, de 1 de abril, en la que el Tribunal Supremo consideró que hubo enaltecimiento del terrorismo por exhibir banderolas a favor de presos de ETA reivindicando su reagrupamiento⁶¹, y sin embargo

⁵⁹ Ibid., fundamento de Derecho cuarto, apartado tercero.

⁶⁰ Vid. STS 180/2012 de 14 de marzo (RJ\2012\3932), voto particular Joaquín Giménez García, fundamento de Derecho segundo.

⁶¹ STS 282/2013 de 1 de abril (RJ\2013\3183): La Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a Cosme, Gabriel y otros por delito de enaltecimiento del terrorismo. Fueron hechos probados que los acusados, en una carrera popular denominada “Korrika” que recorre Euskadi, Navarra y el País Vasco Francés, exhibieron banderolas a favor de presos de la organización terrorista ETA y fotografías de miembros de dicha organización, reivindicando el reagrupamiento de lo que denominaban presos políticos, en las cárceles de Navarra. Además, esto se difundió en

no considera que hubo enaltecimiento en la STS 587/2013, de 28 de junio, por pegar fotografías de presos de ETA en las fiestas patronales de Basauri⁶².

Haciendo un balance de todas las sentencias analizadas llama la atención el hecho de que cuatro de ellas contienen votos particulares; es un número bastante alto, mostrando una opinión totalmente contraria, indicativo de que no existe unanimidad de criterios. También, haciendo un resumen, llama la atención el que, de un lado se absuelva en el caso de difusión de canciones por la banda “Sociedad Alcohólica” (así la STS 656/2007, de 17 de julio) y que de otro lado sí se considera la existencia de apología por subir canciones de un contenido parecido a la red Youtube (STS 106/2015, de 19 de febrero) o que se considere que existe apología por portar monigotes con la foto de presos (STS 676/2007 de 5 de junio), mostrar carteles en una carrera (STS 282/2013, de 1 de abril) y decorar con 95 fotos de presos y mensajes reivindicativos (STS 299/2011, de 25 de abril) y no se considere apología pegar fotografía de presos (STS 587/2013, de 28 de junio) ni rendir homenaje a un cartel con la foto de otro preso

la página web www.askatu.org, mediante un comunicado que decía “...el kilómetro del Movimiento Pro-Amnistía tiene el número 404 y pasará por la cárcel de Pamplona sobre las 13.30. Hacemos un llamamiento a los ciudadanos a que se acerquen al lugar para mostrar la solidaridad con los presos políticos vascos y contra la represión”. El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico primero, en referencia al porte de fotografías dice: “Semejante contenido entraña, evidentemente, una inequívoca vocación de ensalzamiento o, cuando menos, de justificación de los actos que se les imputaba, lo que de por sí evidencia la voluntad referida de elogio o justificación.”, en el fundamento jurídico segundo “Pues bien, como queda dicho, la conducta de quienes fueron acusados en la instancia por la comisión de un delito de tales características, al exhibir en un acto público y con una finalidad de elogio hacia ellos, o al menos de justificación de sus acciones, las fotografías de varios presos, encarcelados por su presunta pertenencia a la banda terrorista, según se describe en el factum de la recurrida, merece, sin duda alguna, ser calificada como constitutiva de la infracción que acaba de describirse.”. Aunque en este caso el TS no admitió la existencia de circunstancia a gravante lo que conllevó a una estimación parcial del recurso, pero sí apreció la existencia de delito de apología del terrorismo.

⁶² STS 587/2013 de 28 de junio (RJ\2013\5571): en este caso se condenó por parte de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a Emilia, Ramona y María Dolores a un año de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años por un delito de apología del terrorismo, siendo hechos probados que los condenados pegaron fotografías de presos de la organización terrorista ETA, en las fiestas patronales de la localidad vizcaína de Basauri, con el lema “dueños de todos sus derechos, presos a Euskal Herria”. El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico segundo considera que sólo existió la simple reivindicación de una aproximación de los presos a sus hogares y que, “por supuesto, entraría dentro de la lícita manifestación de meros deseos y pretensiones, amparada por el derecho constitucional a la libertad de expresión”

a tamaño natural (STS 121/2015, de 5 de marzo). En esta misma línea, en el caso de la STS 180/2012, de 14 de marzo, en el que se rinde homenaje a “Pajarero” se aprecia apología y en el caso de la STS 121/2015, de 5 de marzo, muy parecido, coincidiendo incluso en realización de danzas y ofrecimiento de flores, se entiende que no.

Antes mencionaba el voto particular formulado por el magistrado José Antonio Martín Pallín que planteaba que la introducción de este tipo penal no respondía a razones técnicas o dogmáticas, sino a pura política criminal, pues bien, tras el estudio de todas estas sentencias creo que no se puede estar más en lo cierto, aunque las contradicciones expuestas hacen dudar de su idoneidad.

También son destacables otras críticas que ha recibido este precepto penal. El Tribunal Supremo en la STS 299/2011, de 25 de abril, decía que con este delito se adelantaba la actuación del Derecho Penal⁶³. Capita Remezal⁶⁴ afirma que la mancillación de la memoria de las víctimas es una conducta ruin y mezquina desde el punto de vista moral pero que su elevación a la categoría de ilícito penal es difícilmente justificable.

El propio Tribunal Constitucional en su STC 235/2007, de 7 de noviembre, estableció que el delito de apología del genocidio no era inconstitucional⁶⁵, siempre que fuese una incitación indirecta a la comisión delictiva, lógica jurídica perfectamente aplicable al delito de apología del terrorismo.

En relación a la cuestión de la idoneidad político-criminal, es especialmente interesante el trabajo de Pablo Sánchez-Ostiz que presenta la hipótesis de que la apología constituye una manifestación del Derecho penal del enemigo⁶⁶,

⁶³ Vid. STS 299/2011 de 25 de abril (RJ\2011\3486), fundamento de Derecho primero, párrafo décimo: “Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron.”

⁶⁴ CAPITA REMEZAL, Mario. Análisis de la legislación penal antiterrorista. Ed. Cóllex, 2008, p. 171.

⁶⁵ Vid. STC 235/2007 de 7 noviembre (RTC\2007\235), segundo fallo.

⁶⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión. VOL. 2, Coordinadores MELIÁ, Cancio y GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos. Ed. EDISOFER SL, 2006, p. 894.

caracterizándose este último por el hecho de que “el delincuente es interceptado mucho antes de la lesión del bien jurídico y se lucha contra él por su peligrosidad”⁶⁷. Según Sánchez-Ostiz “ante los ataques terroristas que han marcado el comienzo del siglo XXI, no han faltado reacciones públicas que proponen prevenir de manera más contundente el terrorismo.”⁶⁸ Y por supuesto que la política no se ha hecho esperar, consciente de que tanto más se colme esa demanda de seguridad por parte de la sociedad tanto más rédito político se consigue. Siguiendo a Sánchez-Ostiz “la apología adelanta las barreras de punición (de la tipicidad) a un momento en el que resulta al menos dudoso que sea legítimo intervenir penalmente”⁶⁹, matizando que “no es evidente que la tipificación de la apología venga a incrementar los márgenes de libertad de forma inversamente proporcional a la libertad de expresión y acción, restringidas por medio de la tipificación”,⁷⁰ y “participa de la lógica del Derecho penal de autor por cuanto determinados sujetos se ven etiquetados como criminales cuando lo que han hecho es ejercer el derecho a la libertad de expresión, sin lesionar a nadie directamente, ni hacer surgir la decisión de cometer un delito”.⁷¹

Interesante también es la reflexión que al respecto de la política criminal hace Sánchez- Ostiz, para quien “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

⁶⁷ SCHEERER, Sebastián y otros en SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión. VOL. 2, Coordinadores MELIÁ, Cancio y GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos. Ed. EDISOFER SL, 2006, p. 919.

⁶⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión. VOL. 2, Coordinadores MELIÁ, Cancio y GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos. Ed. EDISOFER SL, 2006. p. 893.

⁶⁹ Ibid., p. 896.

⁷⁰ LANDÁBURU, R. Provocación y apología, p.45-54 en SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión. VOL. 2, Coordinadores MELIÁ, Cancio y GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos. Ed. EDISOFER SL, 2006. p. 896-897.

⁷¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión. VOL. 2, Coordinadores MELIÁ, Cancio y GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos. Ed. EDISOFER SL, 2006. p. 897

aplicación. La batalla frente a determinadas manifestaciones actuales del delito se libra más en los escenarios mediáticos que en los tribunales.”⁷²

7. Conclusión final

Como conclusión final a este trabajo, y en particular, a la luz de la contradictoria doctrina jurisprudencial, me inclino por sugerir, de lege ferenda, una revisión de este artículo en el mismo sentido que se hizo en su momento con el artículo 607 del Código penal sobre el delito de apología del genocidio⁷³. Los motivos que me llevan hacia esta conclusión son fundamentalmente dos, primero: no ha quedado acreditada su efectividad en cuanto a los objetivos de prevención general, y segundo: la dificultad a la hora de aplicar el precepto que por lo difuso que resulta incurre en inseguridad jurídica, lo que se ha acreditado aquí con la amplia casuística jurisprudencial con sentencias dispares ante similares supuestos de hecho.

⁷² SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión. VOL. 2, Coordinadores MELIÁ, Cancio y GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos. Ed. EDISOFER SL, 2006. p. 902.

⁷³ El artículo 607 del Código penal fue modificado por el apartado 256 del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, eliminándose el apartado 2 referente a la apología del genocidio. Esta modificación fue motivada por la STC 235/2007 de 7 de noviembre, fundamento de Derecho noveno.

BIBLIOGRAFÍA

- REBOLLO VARGAS, Rafael. La provocación y la apología en el nuevo Código penal. La exteriorización de la voluntad delictiva. Valencia: Servei de Publicacions, Universitat Autònoma de Barcelona. Tirant Monografias. Tirant Lo Blanch. 1997
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión. VOL. 2, Coordinadores MELIÁ, Cancio y GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos. Ed. EDISOFER SL, 2006
- FARALDO CABANA, Patricia y otros. Derecho penal de excepción: Terrorismo e inmigración. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. Instituto universitario de estudios europeos. Salvador de Madariaga, Universidad da Coruña, 2007.
- CAPITA REMEZAL, Mario. Análisis de la legislación penal antiterrorista, Ed. Còlex, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 8ª Edición, 2010.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. Manual de Derecho penal: Tomo II Parte especial. Navarra: Ed. Aranzadi SA, 6ª edición, 2011.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y otros. Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Valencia: Tomo I, Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros. Comentarios a la parte especial del Derecho penal. Navarra: Ed. Aranzadi SA. 9ª edición, 2011.
- LUZÓN CUESTA, José María. Compendio de Derecho penal: Parte especial. Madrid: Ed. Dykinson SL, 18ª edición, 2011.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo y otros. Sistema de Derecho penal español: Parte especial. Madrid: Ed. Dykinson SL, 2011.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y otros. Curso de Derecho penal: Parte especial. Madrid: Ed. Dykinson SL, 2012.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen. Delitos y faltas: La parte especial del Derecho penal. Madrid: Ed. Còlex, 2ª edición, 2013.
- ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Derecho Penal Parte General. Granada: Ed. Comares, 2013.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 19ª ed., 2013.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen. Delitos y faltas. La parte especial del Derecho Penal. Ed. Còlex, 2ª Edición 2013.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch. 20ª Edición. 2015.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y otros. Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Valencia: Tomo I, Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Derecho penal español: Parte especial. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 7ª ed. 2015.
- ALASTUEY DOBÓN, C. Y OTROS. Derecho Penal Parte Especial. Granada: Ed. Comares, 2016.
- CUERDA ARNAU, María Luisa. Derecho penal parte especial. Coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2016.
- ROMEO CASABONA, Carlos María y otros. Derecho penal parte especial. Granada: Ed. Comares SL, 2016.
- CHECA DOMÍNGUEZ, Juan. Diccionario de términos jurídico-policiales: español-inglés, inglés-español. Ed. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. 2015.