



Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH

Autores

Andrés Gomis Fons

Estudiante de Derecho y Practicum en la Clínica Jurídica de la Universitat de València

Juan Jurado Cepas

Estudiante de Derecho y Practicum en la Clínica Jurídica de la Universitat de València

Míriam Ripollés Pellicer

Estudiante de Derecho y Practicum en la Clínica Jurídica de la Universitat de València

Tutor

Javier Mira Benavent

Profesor Titular de Derecho Penal, Universitat de València

València, 1 de mayo de 2013

**Facultat
de Dret**



TÍTULO	Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH
INFORME DE:	Clínica Jurídica per la Justícia Social de la Universitat de València
CLIENTE	Open Society Justice Initiative
RESUMEN	En este informe se analiza la regulación y aplicación práctica de los delitos de apología del terrorismo en las leyes penales española y francesa, todo ello atendiendo a los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las limitaciones al derecho a la libertad de expresión. En este sentido, desde el punto de vista de los derechos fundamentales y los principios penales se observa una tendencia a la redacción vaga y difusa de los tipos penales y a una aplicación cada vez más expansiva y discrecional, lo cual ha permitido la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión y la utilización de dicho delito como instrumento para la criminalización de la disidencia, especialmente en el caso español.

SUMARIO

1. Introducción	4
2. El derecho a la libertad de expresión y sus límites en los Pactos internacionales	8
2.1. Instrumentos universales de protección de los derechos humanos	8
2.2 Instrumentos regionales de protección de los derechos humanos	9
3. Libertad de expresión en el CEDH: Límites y criterios del TEDH	13
4. Libertad de expresión y apología del terrorismo en España	23
4.1 Regulación e importancia de la libertad de expresión	23
4.1.1 Antecedentes y normativa	23
4.1.2 Libertad de expresión y libertad de información	24
4.1.3 Naturaleza del derecho	25
4.1.4 Límites a la libertad de expresión	26
4.2 Problemática de la apología del terrorismo	27
4.2.1 Antecedentes	27
4.2.2 Apología del art. 18.1 CP. Apología como forma de provocación	29
4.2.3 Enaltecimiento o justificación del terrorismo del art. 578 CP	33
a) <i>Conductas del art. 578 CP</i>	33
b) <i>Concepto de la apología del art. 578 CP</i>	35
4.2.4 Posturas interpretativas del art. 578 en relación con el art. 18 CP	35
a) <i>Interpretación del art. 578 CP como ley especial del art. 18 CP</i>	37
b) <i>Interpretación puramente gramatical</i>	38
c) <i>Interpretación de la apología del art. 578 CP como delito de clima</i>	46
d) <i>Apología del art. 578 CP como acto preparatorio</i>	52
4.2.5 Modificación del art. 579.1 CP por la LO 5/2010: Un nuevo delito de provocación al terrorismo	54
4.2.6 Aplicación actual del delito de apología	57
5. Libertad de expresión y apología del terrorismo en Francia	60
5.1 Libertad de expresión. Ley de libertad de prensa de 1881	60
5.2 Problemática de la apología del terrorismo	61
5.2.1 Naturaleza jurídica de la apología en relación con el terrorismo	61
5.2.2 Normativa y conductas del artículo 24	64
5.2.3 Conductas apologeticas: Naturaleza, elementos y modalidades	66
5.2.4 Incriminación del revisionismo histórico	70
5.2.6 Momento actual y perspectivas	71
6. Conclusiones	75
7. Bibliografía	78
7.1 Publicaciones	78
7.2 Textos legislativos referenciados	80
7.3 Referencias jurisprudenciales	83

1. INTRODUCCIÓN

La asociación Open Society Justice Initiative ha solicitado a la Clínica Jurídica de la Universitat de València un informe sobre la regulación penal de la apología del terrorismo en los estados español y francés y la aplicación que se realiza de esta legislación, dadas las fricciones que se producen entre esta regulación y el derecho a la libertad de expresión. La finalidad de la asociación es plantear un litigio estratégico ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante TEDH) para, mediante una pronunciación del Tribunal sobre casos que se hayan producido de apología del terrorismo en España y Francia, hacer manifiesta la injerencia antidemocrática en la libertad de expresión que implica la aplicación de esta figura con la legislación y prácticas de dichos estados. Por tanto, es relevante analizar primero cuáles son los criterios que tiene en cuenta el TEDH en situaciones de este tipo y, en general, cuando se trata de restricciones a la libertad de expresión. Junto a esto analizaremos, desde una perspectiva crítica y atendiendo a los principios penales y democráticos básicos, la legislación de los estados español y francés en cuanto a la apología del terrorismo y la libertad de expresión, así como la aplicación y los criterios que se siguen en la práctica jurisprudencial.

Cabe destacar en primer lugar la importancia que tiene la libertad de expresión en el desarrollo de una sociedad democrática, y de ahí que esté recogido en todos los pactos internacionales de derechos humanos. La libertad de expresión constituye además un derecho relacional, complemento necesario del ejercicio de otros derechos fundamentales como el derecho de reunión, el derecho de asociación o el derecho de sufragio, razón por la cual una vulneración de este derecho resulta especialmente grave por atacar fundamentos básicos de un sistema democrático.

Sin embargo, en los últimos años se ha producido una expansión del ámbito de aplicación de los delitos que tipifican la apología que pueden implicar (y que de hecho implican) serias limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales, especialmente el derecho a la libertad de expresión. Ya en 1662 Blaise Pascal formulaba una máxima que en un futuro condicionaría el pensamiento político, que la opinión es como la reina del mundo, pero la fuerza es su tirano, de donde se extrae la importancia que tiene la libertad de opinión y el peligro que implica para su existencia el poder coactivo del Estado.

El peligro que implica para el ejercicio de derechos fundamentales la sanción penal de actos relacionados con estos derechos básicos para un sistema democrático se manifiesta también en lo que Cuerda Arnau llama efecto de desaliento¹, incluso cuando se entienda que unos determinados actos no están estrictamente dentro del contenido esencial de un derecho fundamental. Los antecedentes de la doctrina del efecto de desaliento (*chilling effect*) están en la jurisprudencia norteamericana, en virtud de la cual declaraba inconstitucionales normas que, sin constituir ejercicio legítimo del derecho protegido en la Primer Enmienda, pueden desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio de sus derechos ante el temor a ser sancionados por infringir una norma cuyo alcance resulta impreciso, por su amplitud (*overbreadht*) o por su vaguedad (*vagueness*) con que aparece definido. Estas circunstancias obligan al legislador a respetar el amplio espacio que precisa la libertad de expresión, y a buscar una alternativa menos restrictiva (*Less Restrictive Alternative Doctrine*).

1 CUERDA ARNAU, M.L. (2008); *Terrorismo y libertades políticas*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 44 y 45

La doctrina del efecto de desaliento lo que pretende es tutelar los derechos fundamentales frente a injerencias del *ius puniendi* estatal incompatibles con las exigencias materiales de aquellos y, por tanto, prohíbe que la eficacia intimidatoria de la pena se extienda a conductas que son limítrofes con el legítimo ejercicio de aquellos derechos, ya que, de hacerse así, ello podría desanimar a los ciudadanos de ejercer sus derechos constitucionales. La doctrina del efecto de desaliento se refiere a conductas que no son parte del ejercicio legítimo del derecho fundamental, en este caso la libertad de expresión, pero sí que están muy cercanas, y cuyo castigo desalienta a los ciudadanos a ejercer estos derechos fundamentales. Para Cuerda Arnau es éste el efecto que produce el castigo de la apología aún en los casos en que las expresiones no se enmarquen en el núcleo del derecho a la libertad de expresión. Esta doctrina parte de que el Estado no sólo debe intentar no vulnerar los derechos fundamentales sino que debe promover su ejercicio, ya que se trata de derechos esenciales para el buen funcionamiento de un sistema democrático, y por tanto debe abstenerse de castigar ciertas conductas si este castigo desanimará el ejercicio de los derechos constitucionales por parte de los ciudadanos.

Se plantea aquí el clásico dilema entre libertad y seguridad, dilema que se ha recrudecido a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 y la llamada *guerra contra el terror*.

Es cierto que en el estado español la problemática del terrorismo y la apología del terrorismo ya era relevante antes de esa fecha y que la legislación está más enfocada a las formas clásicas de terrorismo, y encontramos jurisprudencia relevante anterior y diversas etapas y cambios legislativos. También en Francia, aunque a un distinto nivel, el problema del terrorismo existió antes del nuevo terrorismo internacional, pero en este caso es con esta nueva etapa donde se ha recrudecido el conflicto. Lo cierto es que, a nivel general, a partir de la extensión del llamado terrorismo internacional y con el amparo de la guerra contra el terror, la legislación de este tipo cobra una mayor relevancia y se establecen directrices en este sentido en gran parte de los estados. Así, cabe mencionar que a raíz de esta nueva tendencia se aprueba la Decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, que establece unas medidas mínimas y generales para luchar contra el terrorismo, sobre todo internacional, a nivel de los estados de la Unión Europea. No es casualidad que tanto España como Francia, contando ya con una legislación antiterrorista y castigando ya la apología del terrorismo, hayan aprovechado la normativa europea para endurecer su legislación o intentarlo, tanto en lo referente a delitos de opinión como la apología del terrorismo como en cuanto a los delitos de terrorismo en sí.

Esto implica en algunos casos restricciones importantes a los derechos fundamentales, que pretendidamente se justifican por la importancia de utilizar todos los medios posibles para luchar contra el problema del terrorismo.

El terrorismo es una de las materias donde tradicionalmente se suele establecer un régimen de excepción en el ordenamiento penal al entender que son conductas que atacan frontalmente todo el sistema. Esta tendencia a la legislación de excepción, que se manifiesta en múltiples muestras, se ha ido generalizando a principios del siglo XXI y está fuertemente influenciada por la teoría del Derecho Penal del Enemigo de Günther Jakobs. Para entender algunas de las tendencias actuales y la forma en que se legitiman en ocasiones por parte del Estado, veremos a continuación de dónde sale y en qué consiste esta teoría.

La famosa teoría del Derecho penal del enemigo fue debatida en la discusión de la ciencia del Derecho penal tras las consecuencias del ataque terrorista sufrido el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. El derecho penal del enemigo es la categoría del Derecho que considera enemigo a todo aquel sujeto que ha huido del Derecho, y frente al que la sociedad reacciona contraponiendo un Derecho para ciudadanos y un Derecho para enemigos. Jakobs es el teorizador del Derecho penal del enemigo, que ofrece la justificación teórica a la tendencia posterior al 11-S, con su teoría neofuncionalista fundada en la protección de la propiedad privada, la globalización económica, la liberalización de los mercados y que necesita de la abstracción del Derecho para la conservación de estos intereses a través de una autolegitimación normativa. Ésto último se aprecia en la legislación de los Estados y las sucesivas reformas penales que en ocasiones no tienen efecto real en la práctica sino más bien se fundamentan en la legitimación de la propia lucha antiterrorista, con un claro efecto simbólico con el que se busca la “tranquilidad” de la sociedad frente al peligro terrorista, de ahí las voces que aparecen con cada caso mediático, incluso de los propios gobierno, reclamando reformas penales más represivas contra el “enemigo” terrorista.

Jakobs distingue dos regulaciones del derecho penal : el trato con el “ciudadano” en el que se espera a que cometa el delito para reaccionar, viéndole como persona que ha infringido el pacto, pero que no persiste en ello; y el trato con el “enemigo” que se desvía del pacto por principio, perdiendo la consideración normativa de la persona y que por ello debe ser interceptado y combatido antes por su peligrosidad, por tratarse de individuos que hay que coaccionar para evitar que destruyan el ordenamiento jurídico. Para este autor, es tan legítima la pena como contradicción por comisión de un delito, que la pena como eliminación de un peligro, pues el enemigo debe ser excluido. Por toda esta justificación, o que Jakobs hace es incidir en el concepto “enemigo” calificándolo no como persona de Derecho, sino como individuo que con sus instintos y miedos pone en peligro el proceso, comportándose como un enemigo. Por eso, frente a los que vulneran los derechos humanos hay que castigarlos, pero no se tratará de una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos y así debe llamarse: Derecho penal del enemigo. Ya que la finalidad última es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado. Para el autor es legítimo un Derecho penal del enemigo porque el terrorista se ha autoexcluido. Se trata de un Derecho de excepción que el Estado deberá regular con claridad evitando contaminar el Derecho penal del ciudadano con el Derecho penal del enemigo.

Pero son muchas las voces contrarias a este planteamiento, estimándose inaceptable el método funcionalista de legitimación de la ausencia de derechos. Se debe poner de relieve que este Derecho no puede ser un Derecho penal propio de un Estado de Derecho. Y es que Jakobs no plantea si es o no compatible el Derecho penal del enemigo con el marco constitucional del Estado de Derecho y con los Pactos Internacionales de derechos civiles. Según Cancio, en un Estado de Derecho no cabe distinguir entre “ciudadanos” y “enemigos”, como sujetos de distintos niveles de respeto y protección jurídicos, ya que lo que se hace es excluir a ciertas personas o categorías de personas del ámbito de ciudadanos. Además, se plantea el problema de quién decide quién es el buen ciudadano y quién el enemigo y se repsta a la utilización del Derecho Penal para perseguir al opositor político, a la opinión discrepante. En la práctica esta teoría implica que el Derecho es lo que en cada momento conviene al Estado y, al mismo tiempo, lo que perjudica a sus posibles enemigos, y lo único que hace es permitir reacciones no proporcionales. Por tanto, no debe haber un Derecho penal del enemigo porque es inconstitucional y porque no contribuye a la prevención policial-fáctica de delitos. Porque siguiendo la teoría de Jakobs, no pone ninguna restricción al poder punitivo.

Dos diferencias encontramos entre Derecho penal del enemigo y Derecho penal. El primero excluye a determinados grupos de infractores, y además, es un claro ejemplo de derecho penal del autor, por el que no se castiga la acción sino a la persona considerada “terrorista” o “enemiga”, lo que justifica el adelantamiento de la barrera de intervención penal a puntos alejados de cualquier acción terrorista. El Derecho penal del enemigo podría hacer desaparecer el Derecho penal como racionalizador del *ius puniendi* del Estado, porque no es sino un estado de guerra, contrario al Derecho penal, y al Derecho en general. El Derecho penal del enemigo “contamina” el Derecho penal ordinario. El triunfo de este derecho comporta la supresión de lo político, la eliminación de cualquier espacio de discrepancia de valores, despreciando toda idea de transformación radical y el concepto mismo de democracia.

Lo cierto es que el terrorismo es una de las materias en las que más vigencia ha tenido esta concepción del Derecho penal. Además, si bien no es la primera vez que se aplican medidas de excepción contra el fenómeno del terrorismo, justificando hacer un “paréntesis” en las garantías democráticas para luchar contra un mal más peligroso como es el sistema democrático, la llegada del terrorismo internacional y sus características nos hacen intuir que no es un fenómeno aislado y que, si lo que se pretende es luchar contra él, no es descartable una tendencia a la generalización de la excepción, a mantener un régimen de excepción permanente para estas conductas.

Un campo donde más se manifiesta el adelantamiento de la barrera de intervención penal, característica de estas concepciones del Derecho penal, por la posibilidad que ofrece de castigar actos no terroristas de un determinado espacio político es la apología del terrorismo, que se presta a usarse por parte de los estados para poner fin a la expresión política discrepante y al discurso subversivo. El discurso según el cual el terrorismo coloca a los gobiernos ante una especie de estado de necesidad que legitima la adopción de medidas extraordinarias como reacción frente a un ataque que se considera distinto tiende a justificar el hecho de restringir o suprimir la expresión subversiva, y este es el efecto que produce en la práctica una regulación del terrorismo y de la apología alejada del bien jurídico e influenciada por la concepción del derecho penal de autor, entrando en conflicto con algunos de los principios penales y los derechos democráticos más básicos.

Por ello analizaremos a continuación qué recogen las legislaciones de los estados, qué se está castigando en la práctica y qué efectos tiene para la libertad de expresión y el desarrollo de una sociedad democrática.

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS LÍMITES EN LOS PACTOS INTERNACIONALES

La libertad de expresión ocupa un lugar predominante entre los derechos fundamentales en una sociedad democrática ya que, además de su importancia como tal para la manifestación de la discrepancia y el desarrollo de la propia persona en relación con la libertad ideológica, se trata también de un derecho relacional, ya que es un complemento necesario a otros derechos fundamentales como los derechos de reunión y asociación o el derecho de sufragio, convirtiéndose en un derecho indispensable para una sociedad democrática. De este modo, la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas tiene su fundamento tanto en un argumento humanista, en el sentido que esta ligado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad como autorrealización personal como, por otro lado, en un argumento democrático político como principio constitutivo del modelo de gobierno instaurado en un sistema democrático. Esta consideración de derecho predominante se ha tenido desde el primer constitucionalismo y, como consecuencia de ello, es un derecho que figura en los más importantes pactos internacionales.

2.1. Instrumentos universales de protección de los derechos humanos

Los instrumentos universales de protección de los derechos humanos recogen el derecho a la libertad de expresión, especialmente a partir de la II Guerra Mundial, en un fuerte intento para lograr la protección de los derechos de las personas frente a las violaciones generadas por los propios Estados.

a) Declaración Universal de los Derechos Humanos

Ya en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 encontramos la referencia a la libertad de palabra y la libertad de creencias dentro de “*la aspiración más elevada del hombre*”, desarrollándose este derecho en el art. 19, que establece lo siguiente:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

Vemos ya por tanto como la Declaración Universal recoge de forma amplia en el Preámbulo y en el articulado el derecho a la libertad de expresión y de información y, dándole la vuelta al concepto, el derecho a recibir opiniones e informaciones, ya que se considera ésto como necesario para la formación de una sociedad crítica.

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que desarrolla la Declaración Universal, también hace referencia de forma más detallada a la libertad de expresión en su art. 19, que dispone lo siguiente:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

Por tanto, vemos como se incluye ya una referencia a los deberes y responsabilidades que implica el ejercicio de este derecho, así como la posibilidad para los estados de establecer restricciones para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás y cuando sea necesario para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

2.2 Instrumentos regionales de protección de los derechos humanos

También encontramos la libertad de expresión recogida en los distintos instrumentos regionales de protección de los derechos humanos.

a) Instrumentos en el ámbito africano

En cuanto a instrumentos regionales de ámbito africano, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981, también conocida como Carta de Banjul, recoge en su art. 9 el derecho a la libertad de expresión, al establecer lo siguiente:

“1. Todo individuo tendrá derecho a recibir información.

2. Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley.”

En este caso se recoge solamente la mención al derecho a recibir información y al de expresar y difundir opiniones, estableciéndose además su condicionamiento al respeto de la ley. Esto contrasta con la regulación más extensa de los Convenios europeo y americano, que veremos a continuación.

b) Instrumentos en el ámbito americano

Así, por lo que respecta a los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos en el ámbito americano, en primer lugar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, establece en su artículo IV que *“Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”*, recogiendo así el derecho de libertad de expresión, la de opinión y la libertad de pensamiento.

Por otra parte, también la Convención Americana de los Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, de 1969, regula el derecho a la libertad de pensamiento y expresión en su art. 13, que dice lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito en forma impresa o artística, o por cualquier procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

Como vemos, este convenio recoge de forma bastante completa y avanzada el derecho a la libertad de expresión, haciendo mención tanto a la libertad de expresión en referencia al contenido como al modo de expresarlo. Recoge también la libertad de buscar, difundir y recibir informaciones e ideas.

La Convención prohíbe la censura previa y, si bien contempla la posibilidad de establecer límites al ejercicio del derecho, establece unos requisitos que se deben dar cuando exista una injerencia en la libertad de expresión para que ésta sea acorde al convenio, que son la existencia de leyes estatales que fijen expresamente esta injerencia y que ésta sea necesaria para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público y la salud o moral públicas, permitiendo en este caso la injerencia, que deberá ser ulterior y no previa al ejercicio del derecho. Se observan ciertas semejanzas entre la regulación de la libertad de expresión que contempla esta Convención y la que recoge el Convenio del Consejo de Europa, que veremos extensamente a continuación, en cuanto a los requisitos exigidos a las restricciones al derecho. De este modo, incluso la Convención americana va aún más allá en la protección de la libertad de expresión al proteger la censura previa y establecer un abanico de fines que legitiman la restricción menos amplios que en el Convenio Europeo. Sólo se permite la censura previa al tratarse de espectáculos públicos, cuando lo fije la ley y tenga el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

Así, en lo que respecta al objeto del presente trabajo debemos destacar que éste texto internacional contempla la apología al odio nacional, racial o religioso y la propaganda en favor de la guerra, estableciendo su prohibición. El mismo apartado recoge, como elemento que debe concurrir, que la apología o la propaganda constituyan incitaciones a la violencia o a acciones ilegales similares contra personas o grupos de personas. Por tanto, ya en este texto, que regula el derecho de forma amplia y general, no se recoge la apología como simple mensaje de odio sino que se establece que éste debe suponer una incitación a la violencia o a otra acción ilegal contra alguien, protegiendo por tanto, aunque sea de forma necesariamente genérica, un bien jurídico material como es la integridad de personas o de grupos de personas, al menos atendiendo a la literalidad de la Convención.

El encargado de interpretar la Convención Americana es un órgano jurisdiccional autónomo de carácter complementario a la jurisdicción nacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha venido trazando algunos criterios interpretativos, destacando siempre el papel primordial que tiene la libertad de expresión para la democracia y protegiendo también el derecho a buscar, difundir y recibir información². La Corte considera que dada la importancia de la libertad de expresión, se pueden establecer limitaciones pero éstas deberán estar fijadas en la ley, ir destinadas a proteger uno de los fines previstos en el artículo y tendrán que entenderse en sentido restrictivo, limitándose a lo estrictamente necesario y sin que puedan convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura.³

c) Instrumentos en el ámbito europeo

Por último, a nivel europeo analizaremos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, por el Consejo de Europa, que sigue la línea de la Declaración Universal de 1948 y, con el fin de asegurar el reconocimiento y la aplicación efectiva de los derechos incluidos en ésta y haciendo mención al cumplimiento de las libertades fundamentales dentro de un régimen verdaderamente democrático, recoge en su art. 10 el derecho a la libertad de expresión.

Cabe destacar que el Tratado de la Unión Europea establece en su art. 6.2 que la Unión Europea se adhiere al Convenio Europeo del Consejo de Europa, por lo que la UE y todos los estados que la forman quedan vinculados a lo dispuesto en el Convenio y, por tanto, al respeto a la libertad de expresión que recoge el art. 10 del mismo, que está redactado en los siguientes términos:

“1 Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2 El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de

2 CIDH Caso Ricardo Canese contra Uruguay, de 31 de agosto de 2004

3 CIDH Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica, de 2 de julio de 2004

terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

Encontramos ya en este convenio ante una regulación más específica de la libertad de expresión separada de otros derechos con los que existe una evidente conexión, como son la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que se encuentra en el art. 9, la libertad de reunión y de asociación, que viene recogido en el art. 11, o la prohibición de la discriminación, que encontramos en el art. 14. Por tanto, se recoge de forma separada la libertad de expresión y el ejercicio de esta libertad en el ámbito de la religión y las convicciones individuales. Respecto a la regulación concreta de la libertad de expresión del art. 10, se concibe como un derecho en sentido negativo, es decir, es el derecho a la libre opinión y a la posibilidad de comunicar y recibir ideas e informaciones sin injerencia de los poderes públicos.

No obstante, como también hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hace mención a los deberes y responsabilidades que implica la libertad de expresión y a las restricciones o condiciones que pueden imponer los estados a su ejercicio, recogiendo expresamente la posibilidad de someter a un régimen de autorización previa a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión. Para que las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones que se establezcan sean acordes al Convenio se establecen unos requisitos. Estos son que se trate de una condición o restricción prevista en la ley y que se trate de medidas necesarias en una sociedad democrática para salvaguardar alguno de los fines legítimos que se enumeran en el artículo. También recoge el Convenio la posibilidad de derogar la mayor parte de las obligaciones recogidas en él, incluido el derecho a la libertad de expresión, en caso de estado de excepción. Ésta disposición se encuentra en el art. 15, que recoge esta posibilidad y las condiciones en que debe producirse, estableciendo lo siguiente:

“1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.”

Por tanto, hemos visto como, en base al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la libertad de expresión tiene límites y que, además, su ejercicio puede ser derogado en caso de estado de excepción.

En el punto siguiente trataremos de analizar cuales son los criterios que toma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para interpretar a la luz del Convenio los límites a la libertad de expresión basándonos en la casuística existente en este Tribunal. Nos centraremos en la jurisprudencia de este Tribunal dado que si se pretende llevar a tal Tribunal las leyes de los estados español y francés tendremos que estudiar en qué criterios se basa dicho Tribunal para interpretar el Convenio.

3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CEDH: LÍMITES Y CRITERIOS DEL TEDH

El TEDH ha tenido la oportunidad en numerosas ocasiones de trazar criterios interpretativos con los que considerar si una determinada restricción vulnera o no el Convenio, tomando la base de que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto pero sí que tiene un papel eminente entre los derechos fundamentales. Así, el Tribunal ha afirmado en repetidas ocasiones que constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una condición primordial para su progreso y desarrollo por tanto, las restricciones o limitaciones al ejercicio de este derecho se han de interpretar de forma restrictiva. Así, el tribunal da, mediante su control de cada caso concreto, una consideración de preponderancia al derecho a la libertad de expresión, entendiéndola de manera extensiva y restringiendo las excepciones, siguiendo en cierto modo la línea de la corte Suprema de Estados Unidos.

De este modo, se da frecuentemente, en cuanto a la admisibilidad o no de las demandas dirigidas al TEDH referidas a limitaciones de la libertad de expresión, la oposición entre derecho a la libertad de expresión del art. 10 en el que se ampara el demandante y la prohibición del abuso de derecho del art. 17 alegado por el Estado del que se trate. Y es que, de acuerdo con el propio art. 17, el TEDH ha hecho constar en numerosas ocasiones que no se puede aprovechar las disposiciones del Convenio con un fin contrario a la letra y el espíritu del propio Convenio, es decir, para intentar destruir derechos y libertades contenidos en él⁴. Este es un artículo con el que se pretende proteger el sistema democrático, ya que se nos presenta el caso frecuente de la utilización de la libertad de expresión para difundir, por ejemplo, discursos xenófobos o discriminatorios. Un ejemplo en el que el Tribunal considera que no se podía amparar en la libertad de expresión una publicación que hacía revisionismo del Holocausto es el caso Garaudy contra Francia, de 24 de junio de 2003, por hacer uso de este derecho el demandante con fines contrarios al Convenio, con los el Tribunal consideró que pretendía la destrucción de los derechos y libertades garantizados en éste.

Para el Tribunal, el artículo 17 puede aplicarse sólo si los actos ofensivos tienden a propagar violencia u odio, utilizan medios no legales o no democráticos, animan al recurso de la violencia, minan el sistema político democrático y pluralista o persiguen objetivos racistas o propios para destruir los derechos y las libertades ajenas.⁵ De aquí se extrae también, tal y como se viene diciendo, que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, ya que en casos como éste se hace primar la protección de los derechos de terceros. Sin embargo, y en relación con el art. 17, la libertad de expresión se ha de interpretar en sentido amplio cuando se traten temas de interés general tales como políticos e históricos, aunque sean temas controvertidos.

En estos casos, para ver si se trata o no de un abuso de Derecho, el Tribunal debe decidir primero si se trata o no de una vulneración del derecho a la libertad de expresión del art. 10. Para valorarlo, el TEDH sigue siempre un mismo patrón en todas las sentencias referidas a limitaciones a la libertad de expresión, si bien los criterios que utiliza los aplica en función de las circunstancias del caso concreto del que se trate. En primer lugar examina si se trata de una injerencia del estado en el

4 TEDH Lawless contra Irlanda, de 1 de julio de 1961; Lehideux e Isorni contra Francia, de 23 de septiembre de 1998; Ivanov contra Rusia, de 25 de febrero de 2007; Garaudy contra Francia, de 24 de junio de 2003; Orban y otros contra Francia, de 15 de enero de 2009

5 TEDH. Caso Partido Unificado de Turquía y otros contra Turquía, de 30 de enero de 1998

ejercicio de la libertad de expresión. Después pasa a dirimir si esta injerencia implica o no una vulneración del art. 10. Una condena por apología o por cualquier otro límite implica una injerencia del estado en el ejercicio de la libertad de expresión. Lo que el tribunal valora es si ésta injerencia respeta el derecho contemplado en el art. 10 y por tanto si es compatible con el derecho fundamental recogido en el Convenio. Para que la injerencia no vulnere este artículo se han de dar tres elementos en la intromisión⁶, que son el estar prevista en la ley estatal, perseguir uno de los fines del art. 10.2 CEDH y que sea una medida necesario para cumplir dichos fines. A continuación analizaremos uno a uno estos requisitos y los criterios del tribunal para tenerlos en cuenta:

a) Restricción prevista en la ley estatal

Tratarse de una **limitación prevista en la Ley**, de acuerdo con el principio de legalidad. Esto implica que la limitación a la libertad de expresión ha de derivarse de una ley estatal que la habilite, de una base legal en el Derecho interno. Para ello acude tanto a la legislación del estado del que se trate como a la interpretación jurisprudencial dominante de esta legislación. Lo importante es que exista para el demandante la posibilidad de acceder al conocimiento de la ley y de prever con un grado de probabilidad razonable las consecuencias legales de la acción realizada⁷. La norma debe ser precisa, y de hecho el Tribunal ha reconocido una violación del derecho a la libertad de expresión cuando la definición ha sido demasiado vaga, como en el caso Hashman y Harrup contra Reino Unido, de 25 de noviembre de 1999. No obstante, el nivel de precisión que se exige varía en función de la clase de norma de la que se trate y por ello será estudiado caso por caso por el tribunal, si bien es cierto que ha aceptado normas no precisas si mediante la existencia de una jurisprudencia constante en un sentido la norma pudiera ser accesible y previsible para el demandante. Así, el tribunal considera que la base legal debe entenderse en un sentido material y no formal.⁸

b) Perseguir fines legítimos

Perseguir, con esta limitación prevista en la ley, uno de los **fines legítimos recogidos en el art. 10.2** del Convenio. Estos fines son amplios y variados. Estos fines son *la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*. Cabe destacar que el Tribunal, a la hora de interpretar si las medidas de los Estados son con uno de estos fines legítimos, lo ha hecho de forma bastante amplia. Por ejemplo, en el caso Castells contra España, de 23 de abril de 1992, el demandante, representante electo, había sido condenado por el delito de injurias al gobierno por la publicación de un artículo en prensa denunciando la pasividad y la connivencia del gobierno ante los atentados terroristas realizados por organizaciones ultraderechistas en el País Vasco. Si bien el demandante argumentó que el honor del gobierno no era un fin legítimo del art. 10.2, el Tribunal aceptó la versión del gobierno de que, con las circunstancias del momento, con la protección del honor del gobierno no

6 TEDH. Caso Fressoz y Roire contra Francia, de 21 de enero de 1999

7 TEDH. Sunday Times contra Reino Unido, de 26 de abril de 1979; Lindon y otros contra Francia, de 22 de octubre de 2007; Ezelin contra Francia, de 26 de abril de 1991; Faruk Temel contra Turquía, de 1 de febrero de 2011; Orban y otros contra Francia, de 15 de enero de 2009

8 TEDH. Caso Asociación Ekin contra Francia, de 17 de julio de 2001

se pretendía sólo proteger la reputación ajena sino también la defensa del orden y por tanto consideró que se perseguía uno de esos fines legítimos.

c) Necesidad en una sociedad democrática

El tercer elemento, el más importante y al que el Tribunal dedica siempre atención principal es que las medidas adoptadas con una base legal y con los fines mencionados sean **medidas necesarias, en una sociedad democrática, para conseguir dichos fines**. Este elemento es con diferencia el que más problemas crea a la hora de considerar si se da o no en cada caso concreto, ya que no existen reglas generales claras y se ha de atender a las circunstancias concretas. Se introducen así, con este elemento, los principios de la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas.

A la hora de supervisar la restricción, la necesidad de ésta debe ser valorada por el Tribunal basándose en los principios propios de una sociedad democrática, a los que debe prestar una *atención extrema*. El Tribunal parte del principio de que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad. Por ello, como bien ha afirmado en la sentencia Handyside contra Reino Unido y ha venido repitiendo sistemáticamente en cada sentencia de este tipo, el derecho a la libertad de expresión *es válido no sólo a las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”*. El tribunal parte siempre desde este principio esencial, y de él se extrae que cualquier restricción ha de ser proporcional al fin legítimo perseguido.

El Tribunal hace referencia en repetidas ocasiones a que debe tratarse de una *necesidad social imperiosa*⁹, debiendo ser proporcional al fin legítimo y debiendo ser pertinentes las razones invocadas por el Estado para justificar la necesidad de la injerencia para que la limitación del derecho a la libertad de expresión sea asumible, algo que, contemplando el caso en su totalidad, deberá determinar el Tribunal¹⁰.

El Tribunal en sus sentencias considera que, en principio, las autoridades estatales aplican la ley interna y tienen un margen de apreciación sobre la necesidad que lleva a la restricción de la libertad de expresión de acuerdo con su base legal y la finalidad de ésta. Además, se supone además que las autoridades estatales están en mejores condiciones para conocer las circunstancias que rodean el caso y estimar las exigencias del caso y la existencia de la necesidad de la restricción.¹¹ Sin embargo, este margen de apreciación será más o menos amplio dependiendo de las circunstancias del caso y conlleva además un control europeo de la ley estatal y de las sentencias que la aplican, por lo que El TEDH tiene competencia para dirimir si una restricción de la libertad de expresión se concilia con el art. 10¹², es decir, si la restricción es necesaria en una sociedad democrática o no lo es, en función de los motivos aportados y la proporcionalidad con los fines perseguidos.

9 TEDH. Casos Jersild contra Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994; Plon contra Francia, de 18 de mayo de 2004; Lehideux e Isorni contra Francia, de 23 de septiembre de 1998

10 TEDH. Casos Sunday Times contra Reino Unido, de 26 de abril de 1979; Jersild contra Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994; Lingens contra Austria, de 8 de julio de 1986; Barfod contra Dinamarca, de 22 de febrero de 1989

11 TEDH. Caso Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976

12 TEDH. Casos Lingens contra Austria, de 8 de julio de 1986; Zana contra Turquía, de 25 de noviembre de 1997

Para entender qué se considera necesario en una sociedad democrática, el Tribunal establece que, si bien no es sinónimo de “indispensable”, no tiene la flexibilidad de adjetivos como “admisible”, “útil”, “razonable” u “oportuno”¹³. Lo que debe existir es una apremiante necesidad social que debe estar conectada con los presupuestos de una sociedad democrática, una necesidad social imperiosa que debe ser valorada por las autoridades nacionales antes de establecer restricciones.

d) Importancia del interés general

Para el tribunal es relevante el interés general que existe en cada caso y, por ello, existen unos criterios particulares que aplica para los diferentes tipos de casos y para diferentes circunstancias que se dan en los casos en que se pronuncia.

En primer lugar, el Tribunal utiliza criterios particulares cuando la restricción de la libertad de expresión se ha producido en el ámbito de la libertad de prensa (es decir, cuando se trata de una publicación), y cuando el demandante es un representante electo y la injerencia se ha producido en el ámbito del debate político. Estos criterios tienen sentido por el interés general que tienen en una sociedad democrática la libertad de prensa y la libre expresión de discursos políticos.

Así, se considera de interés general en una sociedad democrática permitir a la prensa comunicar informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general y garantizar el derecho del público a recibirlas, por lo que en este ámbito, el de las informaciones en publicaciones y prensa cuando tratan de asuntos de interés general, el margen de apreciación de las autoridades nacionales es restringida¹⁴, por lo que sólo puede haber restricciones si existen razones particularmente serias. Cuando es la libertad de prensa la que se vulnera el Tribunal es particularmente restrictivo, ya que se ha pronunciado en numerosas ocasiones resaltando el papel eminente de la prensa en un estado de derecho, papel de “perro guardián público”, según el propio Tribunal en la Sentencia del caso *Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991. Así, resalta su importancia en cuanto a su labor de dar ideas e información en asuntos de interés público porque afecta no sólo al propio derecho de la prensa de impartir información e ideas sino también al derecho del público a recibirlas, de ahí el interés público en proteger la libertad de información cuando se refiere a asuntos de interés general. Ante la importancia de la libertad de prensa, caben restricciones pero deben estar sometidas a un escrupuloso examen, y más cuando la información es un bien precioso y la demora de su publicación tiene el riesgo de privarlo de todo su valor y su interés, tal y como ha afirmado el Tribunal en sentencias como las del caso de la asociación *Ekin contra Francia*, de 17 de julio de 2001, o el de *Sunday Times contra el Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991.

De este modo, la importancia de la información sobre asuntos de interés general se observa en numerosas sentencias. Por ejemplo, en el caso *Sunday Times contra el Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, llamado también “los niños de la talidomida”, el Tribunal trata de resolver un conflicto entre la libertad de expresión del artículo 10 del Convenio Europeo y el interés de la autoridad y la imparcialidad del poder judicial en relación a la publicación de un artículo cuyo objeto era de interés público.

El Tribunal analizó si la conducta del periódico era la de hacer un juicio paralelo usurpando la función de los jueces en el caso de que se incitaba al público a formar una opinión sobre un proceso que aún estaba pendiente. Se trata del caso de los niños afectados por la talidomida, un

13 TEDH. Caso *Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976

14 TEDH. Casos *Plon contra Francia*, de 18 de mayo de 2004; *Orban y otros contra Francia*, de 15 de enero de 2009

medicamento con efectos sedantes comercializado por la farmacéutica “Destillers” y prescrito especialmente a mujeres embarazadas, que dieron a luz a niños con malformaciones, lo que dio lugar que los padres demandaran a la farmacéutica. El diario Sunday Times publicó un artículo analizando el problema y la sociedad demandó al periódico alegando que su conducta incurría en “Contempt of court”, ya que el proceso del caso estaba pendiente ante la jurisdicción inglesa, de modo que la Cámara de los Lores prohibió la publicación del diario señalando que impedía una administración de justicia imparcial.

El Tribunal concluyó que “la injerencia no corresponde a una necesidad social tan imperiosa como para primar el interés público sobre la libertad de expresión en el sentido que lo entiende el Convenio. No estima pues suficiente bajo el ángulo del art. 10.2, los motivos de la restricción impuesta a los demandantes. Esta restricción se revela como no proporcionada al fin legítimo que persigue, no era necesaria tal restricción en una sociedad democrática para garantizar la autoridad del poder judicial”¹⁵, por lo que estimó que hubo una violación del art. 10.

Lo que se pretende proteger es la recepción de la información por parte de la sociedad, puesto que es necesario para la formación de un juicio crítico por parte de los ciudadanos, elemento necesario para el desarrollo de una sociedad democrática. Por ello el Tribunal diferencia entre las informaciones y testimonios que se transmiten y las posibles opiniones apologéticas de los hechos.

Así pues, en la sentencia del caso Orban y otros contra Francia, de 15 de enero de 2009, el litigio va referido a una condena por apología de crímenes de guerra tras la publicación de un libro en el que se relatan en primera persona las actividades de los servicios secretos franceses en Argelia durante el período que va desde 1955 a 1957, en la que el autor califica de legítima e inevitable la práctica de la tortura. El Tribunal consideró que se había vulnerado el art. 10, pues el testimonio se inscribía en un debate de interés general y la actitud de no distanciarse de las prácticas era un elemento del testimonio y no suponía apología ni glorificación de los hechos.

Por otra parte, en la sentencia del caso Lehideux e Isorni contra Francia, de 23 de septiembre de 1998, se había condenado por apología de crímenes de guerra o delitos de colaboración con el enemigo la publicación de un anuncio en prensa por parte de la asociación para la defensa del mariscal Pétain un texto en el que se hacía una valoración positiva de algunos de los actos de Philippe Pétain durante 1916 a 1945 con el fin de crear un clima de opinión favorable a la revisión de su condena, omitiendo hechos relevantes de él y de su gobierno, texto que figuraba en forma de anuncio. El Tribunal volvió a entender de forma amplia la libertad de expresión y consideró que no se trataba de la justificación de una política pro-nazi puesto que se separan expresamente de ella, haciendo un elogio del hombre y no de su política. Si bien omiten información sobre la colaboración de Pétain con dicho régimen, las demás circunstancias, la legitimidad del fin de la asociación, que es obtener una revisión de la condena a Pétain, y sobre todo el hecho de que se enmarque en el debate sobre temas históricos de interés general hicieron que el Tribunal considerara que la restricción no era necesaria en una sociedad democrática, si bien cabe destacar la existencia de opiniones disidentes dentro del Tribunal en esta sentencia. En cuanto a la forma de anuncio en el que figuraba el texto publicado, el tribunal consideró que la libertad de expresión recogido en el art. 10 protege tanto el contenido de las informaciones e ideas que se expresen como el modo de expresarlas (ap. 52).

15 TEDH. Caso Sunday Times contra Reino Unido, de 26 de abril de 1979. Pár. 67

Así pues, vemos como, aún tratándose de temas sumamente polémicos u ofensivos, la libertad de expresión se protege especialmente cuando se refiere a asuntos de interés general. Un testimonio -como en el caso Orban- o una determinada versión sobre hechos históricos -como en el caso Lehideux e Isorni-, aunque sean manifestaciones controvertidas o incluso moralmente rechazables, contribuyen a dotar de medios a los ciudadanos para que éstos formen un juicio crítico. Por tanto, el tribunal distingue entre este tipo de manifestaciones y la simple apología de un hecho delictivo¹⁶.

Entre los asuntos de interés general cobran una gran importancia los debates históricos, como en las sentencias vistas anteriormente, y sobre todo los debates políticos. En este último ámbito es de una relevancia capital el respeto a la libertad de expresión, ya que así lo exige el pluralismo y la discrepancia ideológica propios de una sociedad democrática. Es fundamental para la libre decisión y la participación político de los ciudadanos su derecho a realizar críticas y recibir información en el ámbito del debate político, y así lo entiende el Tribunal, que ha destacado en numerosas ocasiones que en este ámbito los límites a la libertad de expresión deben ser si cabe más restrictivos, especialmente cuando se trata de una crítica al gobierno, ya sea desde la prensa, desde la propia sociedad y, especialmente, cuando la crítica la realiza un político de la oposición, ya sea desde las instituciones o mediante otros medios de difusión.

Además, el gobierno tiene una posición dominante que debe implicar moderación en el uso de la vía penal cuando se trata de limitaciones de derechos humanos como la libertad de expresión, sobre todo si tiene otros medios para responder a los ataques y críticas injustificados de sus adversarios o de los medios de comunicación¹⁷. Esto va directamente unido al principio de proporcionalidad.

Por otra parte, y ya en la vía penal, muchas veces el tribunal ha considerado la existencia o inexistencia de una violación o no del art. 10 valorando como uno de los factores a tener en cuenta la severidad y la naturaleza de las penas impuestas, considerando la injerencia a la luz de la proporcionalidad. En algunas ocasiones, como en los casos Surek contra Turquía, de 8 de julio de 1999, o Féret contra Bélgica, de 16 de julio de 2009, el Tribunal considerado que no hubo violación del artículo 10 del Convenio valorando que, existiendo la injerencia y siendo necesaria, la pena era moderada y se podía considerara proporcionada.

Así, podemos destacar el caso Lingens contra Austria, de 8 de julio de 1986. En este caso, cuatro días después de las elecciones generales de Austria, el Presidente del Centro de Documentación Judío habría acusado en una entrevista al dirigente del Partido Liberal de formar parte, durante la Segunda Guerra Mundial, de la 1ª Brigada de Infantería de las SS, autora de matanzas de civiles, pertenencia que el político no negó aunque sí su participación en las atrocidades cometidas. Negando el autor de la acusación el haberla realizado, el Canciller saliente y presidente del Partido Socialista Austríaco, Bruno Kreisky, apoyó al dirigente del Partido Liberal y calificó las actividades del Presidente del Centro de Documentación Judío de mafia política y métodos mafiosos. Durante ese tiempo el periodista Lingens publicó varios artículos en los que defendía las tesis del Presidente del Centro de Documentación Judío y criticaba duramente al Canciller por su postura acusándole de

16 TEDH. Casos Jersild contra Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994; Orban y otros contra Francia, de 15 de enero de 2009

17 TEDH. Caso Castells contra España, de 23 de abril de 1992, par. 46

falta de memoria y condescendencia con responsables de los crímenes nazis y calificando su conducta como odiosa, inmoral y desprovista de dignidad.

Los Tribunales austriacos consideraron que tales expresiones superaban los límites de la crítica política y condenaron al periodista por difamación, sentencia confirmada después por el Tribunal de Apelación que decía “*que la prensa solo debe informar dejando la interpretación a los lectores*”. Lingens presentó recurso ante el TEDH, por lo que Tribunal debía analizar si la injerencia en la libertad de expresión del señor Lingens que suponía la condena por difamación era necesaria en una sociedad democrática, declarando que las sentencias que lo condenaban vulneraban el art. 10 del Convenio, destacando del caso lo siguiente:

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

Por consiguiente, los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. Ciertamente, el artículo 10.2 permite proteger la reputación ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas.”¹⁸

Por tanto, el Tribunal recuerda el carácter fundamental de la libertad de expresión como un pilar de la sociedad democrática y añade que la libertad de prensa permite a todos participar en el libre juego del debate político, que se encuentra en el corazón de la noción de sociedad democrática, proporcionando a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas de los diferentes políticos, por lo que la libertad de crítica ha de considerarse más amplia cuando se trata de un político que de un particular al exigirlo así el interés público en la libre discusión política.

Los criterios que utiliza el Tribunal en el caso de Lingens contra Austria los ha aplicado a muchas otras controversias, como en el ya mencionado Caso Castells contra España, de 23 de abril de 1992. En este caso, además de remarcar la importancia que tiene la libertad de prensa en el debate político y la amplitud que debe cobrar la libertad de crítica cuando se dirige a políticos o cargos electos, se destaca también el control más estricto de las injerencias en la libertad de expresión que se debe llevar a cabo cuando la crítica la realiza un cargo elegido por el pueblo. En este caso un senador de Herri Batasuna había sido condenado por injurias al gobierno por un artículo publicado en un periódico. Pues bien, el Tribunal considera que un cargo elegido por el pueblo “*representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses*”¹⁹, por lo que es especialmente grave la injerencia y, por tanto, el control de las posibles vulneraciones de la libertad de expresión debe ser más estricto. Esto es con independencia de si la crítica del parlamentario la realiza en las Cámaras de representación o si la realiza por cualquier otro medio de difusión como puede ser una publicación, precisamente por la importancia de la prensa para el libre debate política y para formar el criterio de los ciudadanos. Por tanto, en este caso se trataba de una injerencia en la libertad de prensa sobre un artículo que versaba sobre un tema político de claro interés general, el objeto de la

18 TEDH. Caso Lingens contra Austria, de 8 de julio de 1986. Par. 42

19 TEDH. Caso Castells contra España, de 23 de abril de 1992. Par. 42

crítica era el gobierno, y la persona que realizó la crítica era un parlamentario electo. Estos elementos hicieron, junto a la negación por parte del Estado de la *exceptio versitatis* en la que el demandante se amparó (intento de prueba por parte del demandante que el Tribunal consideró “muy concebible”), que el Tribunal considerara que el Estado español había violado el artículo 10 del Convenio al tratarse de una injerencia en la libertad de expresión no necesaria en una sociedad democrática.

Sin embargo, aunque hemos dicho que los límites a la libertad de expresión deben ser especialmente restrictivos cuando en el marco de la libertad de prensa y en el debate político, dado el interés general que está en juego en estos casos, es cierto también que el ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades y que, en determinadas circunstancias, al tener mayor capacidad de persuasión las responsabilidades que se asumen también son mayores dependiendo de las circunstancias.

Así, hemos remarcado repetidas veces la importancia que tiene la libertad de prensa para el Tribunal. Sin embargo, respecto a las responsabilidades que implica el ejercicio de la libertad de expresión mediante opiniones o manifestaciones vertidas en una publicación, el tribunal ha considerado en repetidas ocasiones que el editor, aún cuando no comparta la opinión del autor, al ofrecer un soporte para que éste la exprese y difunda, participa de esta libertad de expresión y comparte los deberes y responsabilidades del autor por sus opiniones, incluso con las consiguientes sanciones si se da el caso.²⁰.

Como ejemplo de que una mayor capacidad de persuasión implica también una mayor responsabilidad podemos destacar varias sentencias, como la del caso *Handyside* contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976. En este caso se trata del secuestro y confiscación, así como destrucción de parte de los ejemplares, de una publicación, de nombre “*The little red Schoolbook*”, considerada obscena según las leyes estatales, por parte del Reino Unido, contra lo que el demandante alegaba que la publicación era el pretexto para perseguirle por sus convicciones políticas. Aunque con opiniones discrepantes, en esta sentencia el Tribunal consideró que no hubo violación del art. 10 valorando principalmente el destino de la publicación, ya que ésta iba dirigida a niños y adolescentes con un estilo libre, directo, concreto y fácilmente accesible, tratando temas como la sexualidad y desprendiendo un carácter antiautoritario. El Tribunal valoró, pues, la capacidad de persuasión y el tipo de destinatario para considerar que la injerencia era compatible con el art. 10 del Convenio.

También, si bien en el debate político la libertad de expresión se entiende de forma más amplia posible, la posición de político también implica una serie de deberes y responsabilidades. Además, en el contexto de una campaña electoral se entiende que hay una mayor capacidad de persuasión y el Tribunal ha considerado legítimo limitar la libertad de expresión ante la difusión de discursos peligrosos en campaña electoral cuando tenían un gran potencial de disuasión. Así, en el caso *Féret* contra Bélgica, de 16 de julio de 2009, el Tribunal consideró que no violaba el artículo 10 del Convenio una condena por la distribución en campaña electoral de octavillas que incitaban a la violencia, la discriminación y al odio racial. En esta sentencia, respecto de la responsabilidad de los políticos el Tribunal considera que “*la calidad de parlamentario del demandante no puede*

20 TEDH Casos *Surek* contra Turquía, de 8 de julio de 1999, par. 28; *Orban y otros* contra Francia, de 15 de enero de 2009, par. 47; *Ozturk* contra Turquía de 7 de febrero de 2009, ap. 49; *Hocaogullari* contra Turquía, de 7 de marzo de 2006, ap. 41

considerarse una circunstancia atenuante de su responsabilidad” puesto que, en cuanto a evitar discursos que inciten al odio racial y a la exclusión de los extranjeros, *“los políticos deberían ser particularmente escrupulosos, en términos de defensa de la democracia y de sus principios, puesto que su objetivo último es la propia toma del poder.”* A continuación el Tribunal también destaca, como siempre, las circunstancias y el contexto en que se produce la difusión de los mensajes racistas para valorar la capacidad de persuasión y el impacto potencial que pueden tener en la sociedad. En este caso valoró que los mensajes se difundieron en el contexto de una campaña electoral, por lo que el Tribunal afirmó lo siguiente:

“Si, en un contexto electoral, los partidos políticos han de gozar de una amplia libertad de expresión al objeto de tratar de convencer a sus electores, en el caso de un discurso racista o xenófobo, tal contexto contribuye a avivar el odio y la intolerancia ya que, por la fuerza de las cosas, la posición de los candidatos a las elecciones tiende a fortalecerse y los eslóganes o fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables. El impacto de un discurso racista y xenófobo es entonces mayor y más dañino.”²¹

Atendiendo en definitiva a la capacidad potencial de persuasión, que era mayor por el formato del mensaje, el contexto en que se difundió y el hecho de que los autores fueran representantes de fuerzas políticas, el Tribunal consideró que en este caso debía prevalecer la lucha contra discursos del odio de carácter racista frente a la pretendida libertad de expresión utilizada con fines contrarios a la dignidad y seguridad de parte de la población.

Vemos en casos como éstos como la importancia que tienen la libertad de prensa y la libertad de debate político para el pluralismo y el interés general en una sociedad democrática tienen otra cara representada por la mayor responsabilidad que implican, dado el mayor carácter persuasivo.

En referencia al impacto social que pueden generar determinados discursos y su capacidad de persuasión, el Tribunal también tiene en cuenta, cuando se trata de la apología de sucesos ocurridos existiendo una larga distancia temporal entre la apología y los sucesos, que en base al principio de proporcionalidad no se puede tener en cuenta con la misma severidad ya que el impacto social es menor.²²

Por último, centrándonos en los supuestos en relación con el terrorismo y los casos de apología, existe una gran dificultad para hallar un equilibrio adecuado respecto a la restricción del derecho a la libertad de expresión en el contexto de las medidas antiterroristas. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos esto queda visualizado en las sentencias dictadas entorno a las circunstancias específicas que se han desarrollado a raíz del conflicto kurdo en Turquía, por lo que veremos a continuación algunos casos que se han dado para conocer el criterio del Tribunal en casos de estas características.

En primer lugar, en el caso *Zana contra Turquía*, de 25 de noviembre de 1997, el TEDH consideró que no se había vulnerado el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la detención de un cargo político del sudeste de Turquía, debido a que durante una entrevista apoyaba al movimiento de liberación nacional del PKK y, si bien no se mostraba a favor de los asesinatos, manifestaba que cualquiera podía cometer errores, y que el PKK mata a mujeres y niños por error.

21 TEDH. Caso *Féret contra Bélgica*, de 16 de julio de 2009. Par. 75 y 76

22 TEDH. Casos *Lehideux e Isorni contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998; *Orban y otros contra Francia*, de 15 de enero de 2009

Aplicando algunos de los criterios que hemos ido viendo, el TEDH basó su decisión en la ambigüedad del mensaje y su peligrosidad en un contexto de extrema tensión en el sudeste de Turquía, considerando de que se trataba de un cargo político, que la entrevista fue publicada en un diario de gran tirada y que las circunstancias no eran propias para exhortar ese discurso dado el clima ya explosivo de esa región.

En el caso Surek contra Turquía, de 8 de julio de 1999, la controversia versaba sobre el procesamiento y condena posterior del director de un periódico que publicó dos cartas en las que se criticaba duramente las incursiones militares en el sudeste del país. Las cartas acusaban a Turquía de conspirar para la detención, tortura y asesinato de personas con pensamientos afines al movimiento de liberación nacional kurdo. El TEDH, tampoco consideró que en este caso se hubiera vulnerado el art. 10 de la Convención, afirmando que las cartas apelaban a las emociones.

El mismo caso se da en caso Ceylan contra Turquía, de 8 de julio 1999, pero con una resolución diferente por parte del Tribunal, donde en un artículo de prensa escrito por un líder político se describían las operaciones militares turcas en el sudeste del país como “Terrorismo de Estado” y “Genocidio y Masacre Sangrienta”, comparación que no fue bien aceptada por los turcos. El Tribunal Europeo se pronunció al respecto y afirmó que si que se había violado el artículo 10 de la Convención, ya que da importancia al discurso político, si bien señala que el artículo de prensa es idóneo para la incitación a la violencia, la resistencia armada y a la insurrección. En el caso Arslan contra Turquía, de 8 de julio de 1999, el asunto versa sobre un libro escrito en forma de narrativa histórica literaria que presentaba a los turcos como invasores crueles y a los kurdos como a los únicos capaces de liberarse a si mismos. El Tribunal consideró que, pese a la extremadamente negativa representación del pueblo turco que ofreció el libro, éste no constituía una incitación a la violencia.

Cabe destacar que el Convenio permite la restricción de la libertad de expresión con la censura previa cuando los Estados se deciden a combatir conductas apologéticas y de exaltación del terrorismo, ya que la seguridad nacional también permite limitar la libertad de expresión. De este modo, el Tribunal ha permitido el secuestro de algunas entrevistas a miembros de organizaciones, como en el Caso Hogefeld contra Alemania, de 20 de enero del 2000.

Otra limitación a la libertad de expresión que permite el Tribunal se da en los casos de Estado de Excepción, sobre la base del artículo 15 del Convenio. Así, el Tribunal permite la restricción a la libertad de expresión en situaciones excepcionales de crisis en los que pelagra la vida de la nación. Como ejemplo podemos destacar el caso Lawless contra Irlanda, de 1 de julio de 1961, donde se declaró el estado de excepción debido a la actividad violenta del IRA, cuya actividad se extendió mas allá de Irlanda del Norte.

En relación a las controversias relacionadas con el conflicto el Tribunal no se ha manifestado sobre la posible aplicabilidad del art. 15 del Convenio debido a la actividad de ETA, si bien en ocasiones ha aludido a la existencia de un clima de inseguridad en la región, como en el caso Castells contra España, y a la importancia de mantener el orden público y prevenir delitos de terrorismo, como en el caso Ekin contra Francia, de 17 de julio de 2001.

4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y APOLOGÍA DEL TERRORISMO EN ESPAÑA

4.1 Regulación e importancia de la libertad de expresión

4.1.1 Antecedentes y normativa

La libertad de expresión fue uno de los derechos fundamentales más tempranos dentro de nuestro constitucionalismo. Así, la primera constitución española, de 1812, en su artículo 371 ya recoge la libertad de expresión en los siguientes términos:

“Todos lo españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes.”

El liberalismo gaditano, que ya habla por tanto de la libertad de expresión, no ve en él un derecho absoluto sino que estaba sujeto a dos límites. El primero de ellos era cuando este derecho colisionaba con otros derechos individuales como, por ejemplo, el derecho al honor; mientras que el segundo límite era la confesionalidad y la Constitución del Estado, como norma que emanaba de la soberanía nacional. En cuanto a la confesionalidad, todos los textos religiosos debían pasar por la censura previa de las Órdenes Eclesiásticas. Por lo que respecta al límite de la Constitución, como norma que emana de la soberanía nacional, cuando el ejercicio de la libertad de expresión era en sentido contrario a la Constitución se presumía ilegal o incurría en un delito político de imprenta. Por tanto, se observa ya desde el primer constitucionalismo esta tensión entre la importancia del derecho a la libertad de expresión y los límites impuestos.

Ya en el régimen constitucional actual, la Constitución española recoge la libertad de expresión en sus diversas modalidades como un derecho fundamental, recogido en el artículo 20, dentro del Título I, Capítulo segundo, Sección 1ª, de los derechos fundamentales y libertades públicas, y establece lo siguiente:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

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

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

c. A la libertad de cátedra.

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

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

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

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

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

Por tanto, del art. 20.1 extraemos que la libertad de expresión tiene diversas vertientes: la libertad de expresión strictu sensu, que es el derecho a manifestar libremente las propias ideas y pensamientos y opiniones mediante cualquier otro medio de reproducción; la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica; la libertad de cátedra, que implica el derecho a la libre expresión de los docentes; y la libertad de información, que supone la libertad de comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de comunicación.

De estas cuatro vertientes de la libertad de expresión, dos de ellas tienen especial relación con el fenómeno de la punición de la apología, en atención a la casuística existente. Estas dos vertientes de la libertad de expresión donde el conflicto es más manifiesto son la libertad de expresión en sentido estricto, en relación con las conductas apologéticas y de exaltación del terrorismo; y la libertad de información y prensa, que puede colisionar con otros intereses o pretensiones. Sobre todo en atención a los antecedentes de cierres de medios de comunicación en Euskadi, ante la sospecha de que colaboraban ideológicamente con ETA.

4.1.2 Libertad de expresión y libertad de información

Las primeras sentencias donde el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la libertad de expresión es la sentencia 6/1981. La demanda de amparo se interpuso contra una sentencia dictada por el Tribunal Supremo contra el acuerdo del Consejo de Dirección del organismo autónomo “Medios de Comunicación Social del Estado”, por la cual se suspendió la publicación de los diarios *La Voz de España* y *Unidad*, pues para los recurrentes el acuerdo les priva del derecho a la libertad de expresión, concretamente de la libertad de información. Esta sentencia en su fundamento jurídico 3º declara lo siguiente:

“El artículo 20 de la Constitución garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciadas de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidos a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política [...] La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre, ni por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder [...], pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven.”

Aquí el Tribunal Constitucional ya da cuenta de la importancia de la libertad de expresión como derecho básico que condiciona el ejercicio de otros derechos y como elemento fundamental en una sociedad democrática. En la misma sentencia se resalta que la libertad de expresión y el derecho a

comunicar y recibir información veraz son derechos fundamentales de los que gozan todos los ciudadanos.

La jurisprudencia, como podemos ver en la STC 105/1983, ha ido matizando la distinción entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a comunicar y recibir información, siendo dos derechos diversos pero directamente relacionados. De este modo, en el fundamento jurídico 11º de la sentencia mencionada se dispone que *el apartado d) del núm. 1 del artículo 20 de la Constitución consagra el derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”, estableciendo un tipo de derecho fundamental diverso del que consiste en expresar y difundir personalmente, ideas y opiniones, en aras del interés colectivo en el conocimiento de hechos que se puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva*”. Se configuran, así, como derechos fundamentales diversos, poniendo especial atención a la importancia esencial que tiene para los ciudadanos el conocimiento de hechos de trascendencia pública. La libertad de expresión significa expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio de reproducción. En relación con la libertad de información, se ha considerado que la libertad de expresión viene a ser el género y, la libertad de información, la especie de la misma (STC 6/1981).

El art. 20.1, al referirse a la libertad de información, exige que la información que se trasmite sea veraz. Según sentencias como las SSTC 168/1986 y 6/1988, la veracidad impone un deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que de noticias previamente contrastadas con datos objetivos, de manera que no actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. Así pues, los requisitos que exige el TC son los siguientes:

- La información ha de versar sobre hechos, no opiniones.
- Ha de haber un deber de diligencia por parte del informador en las afirmaciones que realiza.
- Ese deber de diligencia requiere de un previo contraste con datos objetivos. Esto no significa que se deba de hacer una investigación de carácter extremo, pero sí que son exigibles unos deberes objetivos de cuidado y de comprobación de los datos que se van a transmitir.

4.1.3 Naturaleza del derecho

Como hemos dicho, la relevancia de la libertad de información es tal por la importancia que tiene para los ciudadanos recibir información. De este modo, el derecho a la libertad de información tiene un carácter dual. Por una parte implica el derecho de los medios de comunicación a transmitir información y, por otra, el derecho de los ciudadanos de acceder libremente al conocimiento transmitido, siendo ambas las dos caras de una misma moneda.

Según el TC, en cuanto a la naturaleza de estas libertades, tienen dos aspectos. En primer lugar, tienen un aspecto subjetivo, puesto que son derechos de libertad frente al poder, y protegen a los ciudadanos de cualquier injerencia de los poderes públicos. En segundo lugar, tienen un aspecto institucional, y es que la libertad es fundamental y además se manifiesta como una garantía de una institución democrática fundamental. Esta institución está ligada al pluralismo político y se constituye en un requisito del funcionamiento del estado democrático.

4.1.4 Límites a la libertad de expresión

El art. 20.4 de la Constitución establece que la libertad de expresión está limitada por el respeto a los derechos reconocidos en el Título I, en las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Según la doctrina, podemos distinguir los límites entre los límites internos y los externos. Los internos nacen del mismo contenido o esencia de la libertad, o bien de su mismo fundamento, mientras que los externos están constituidos por el ejercicio de otros derechos con los que estas libertades podrían entrar en colisión. La libertad de expresión tiene por objeto ideas y opiniones, y su único límite interno estará determinado por el interés público de las mismas, mientras que en el caso de la libertad de información a este requisito se le sumará el de la veracidad de los hechos infundidos.²³

En cuanto a si el art. 20 CE, en lo referente a los límites a la libertad de expresión, constituye un catálogo abierto o cerrado, existe división entre la doctrina. Una parte de la doctrina entiende que la enumeración de los límites del art 20.4 constituye un catálogo abierto. Se basan en que, en la redacción literal del artículo, se establece que la libertad de expresión tendrá el límite en el respeto a otros derechos, y especialmente el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia. Según esta parte de la doctrina, no son éstos últimos los únicos límites, sólo que se tendrá que poner especial atención a ellos, como así indica el término “*especialmente*”. Pero, según esta doctrina, también tendrá los límites en el resto de derechos reconocidos en el Título I y en las leyes que lo desarrollan, por lo que de ahí se pueden extraer más límites a la libertad de expresión. Por otra parte, otro sector doctrinal entiende que dicha enumeración que establece el art. 20.4 es exhaustiva, ya que la Constitución, con la mención a esos derechos que deben ser respetados y que implican un límite a la libertad de expresión, ha constituido de forma expresa unos límites que, tratándose de un derecho fundamental de esta relevancia, no pueden multiplicarse por vía legislativa.

Si nos fijamos en la jurisprudencia al respecto de esto, se ha llegado a entender a nivel jurisdiccional que la ley penal era un límite infranqueable de los derechos fundamentales contenidos en el art. 20 CE, al razonar que los derechos no son absolutos, sino que están sometidos a límites entre los que se encuentra el de no contener en su ejercicio las conductas tipificadas en el Código Penal. Dicha interpretación fue negada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 159/1986, referida al caso del diario vasco Egin, concretamente en su fundamento jurídico 6, donde señala lo siguiente:

“Los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. [...] Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable, a la eficacia y a la esencia de tales derechos.”

23 CARUSO FONTÁN, MARÍA VIVIANA; “Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática del delito de apología del terrorismo”); *Revista Penal*, nº 20; julio 2007

Por tanto, en esta sentencia, en la que concluyó la existencia de una vulneración de la libertad de información en una condena al director del diario Egin por apología del terrorismo por la publicación de dos comunicados de ETA-Militar, el TC estableció el sentido que se le debe dar a las normas restrictivas de derechos fundamentales: una interpretación restrictiva y en el sentido más favorable a la eficacia y la esencia de los derechos, en este caso el derecho a la información, dada la fuerza expansiva de estos derechos.

4.2 Problemática de la apología del terrorismo

4.2.1 Antecedentes

La apología constituye una de las figuras penales más polémicas, siendo desde sus orígenes cuestionada habitualmente por la doctrina. Vinculada tradicionalmente a la legislación antiterrorista, la acusación por apología delictiva ha sido materia usual en los debates políticos, debido al alto componente político del terrorismo y a la frecuente utilización de la punición de delitos de opinión como la apología como forma de eliminar o reprimir las posiciones ideológicas contrarias a las hegemónicas.

En un Estado de Derecho los llamados delitos políticos de opinión, esto es, la difusión o el elogio de ideas o doctrinas, debieran ser penalmente irrelevantes por muy radical o heterodoxo que pueda ser su contenido pues, junto al derecho de la libertad de expresión, el principio del pluralismo supone no sólo que han de tolerarse las distintas opiniones y tendencias ideológicas sino también que la discrepancia debe ser considerada como un valor y no como un hecho perseguible.

Lo cierto es que la conducta de apología ha merecido casi siempre el reproche penal y su tipificación ha estado normalmente vinculada a la legislación antiterrorista. Su origen hay que hallarlo en el **Decreto Ley de 6 de julio de 1845 de Prensa e Imprenta**, que consideraba delictivos los impresos que “*elogiaran o defendieran hechos punibles*”, y en este mismo sentido se incluyó como falta en el Código penal de 1870 lo que ha perdurado hasta hace poco tiempo. Pero es a partir de la **Ley de 10 de julio de 1894, sobre atentados contra las personas y daños en las cosas por medio de aparatos o sustancias explosivas**, que se dicta para la represión del anarquismo, cuando la apología se incluye sistemáticamente como uno de los pilares de este tipo de normativa.

Durante el régimen franquista, la regulación de la apología se contiene inicialmente en una de las primeras leyes dictada para combatir la delincuencia política, la **Ley de Seguridad del Estado de 1941**, que sancionaba con penas de hasta nueve años la apología de los delitos incluidos en la misma; de igual modo, está también prevista en el **Código penal** de la dictadura, **de 1944**, que inaugurará el sistema de la doble regulación de esta conducta que va a perdurar hasta 1980: la apología de cualquier delito se sanciona como falta en el art. 566.4.º y, cuando el elogio versa sobre conductas contra la seguridad interior del Estado o sobre los culpables de estas conductas, estará prevista en el art. 268 como un hecho delictivo. De esta época destaca sin duda alguna el art. 10 del **Decreto Ley 10/1975**, de 26 de agosto, sobre Prevención del terrorismo, que ofreció por primera vez en nuestra legislación un concepto de apología que, en una interpretación extensiva y censurable de esta conducta, incluía a quienes “*trataren de minimizar la responsabilidad de las*

conductas tipificadas en este Decreto/Ley por medio de la crítica -- directa o solapada-- de las sanciones legales que las previenen o castigan”, así como a quienes “intentaren menoscabar la independencia y el prestigio de la justicia mediante manifestaciones de solidaridad con las personas encausadas o condenadas”.

La apología fue introducida en el ordenamiento jurídico antiterrorista del Estado constitucional por el artículo primero del **Real Decreto-Ley 3/1979**, que sancionaba la apología pública, oral o escrita, o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión, de las conductas y actividades de las personas integradas en grupos o bandas organizadas y armadas.

La **Ley Orgánica 2/1981**, de 4 de mayo, la llevó al Código Penal, en cuyo artículo 216 bis a) se castigaba *“la apología del terrorismo realizado por medio de bandas o grupos armados”*, estando contenida de nuevo en legislación especial. El art 10 de la **Ley Orgánica 9/1984**, de 26 de diciembre, contenía una extensa relación casuística de los supuestos incriminables como apología del terrorismo. Hasta la entrada en vigor de esta norma, y ante la inexistencia de definición legal, para definir apología se partía de su significación semántica, como *“el discurso de palabra o por escrito en loa o alabanza de una persona”* incluyéndose en su concepto las actividades de ensalzar (alabar a una persona o un acción o ponderar sus buenas cualidades), exaltar (atribuir a una persona o una cosa mucho mérito o valor), aprobar, defender o elogiar.

La aprobación de la Ley Orgánica 9/1984 modificó esta interpretación, en el sentido de tipificar expresamente como apología las siguientes acciones, que no agotan el contenido de esta figura:

“a) la alabanza o aprobación de hechos delictivos comprendidos en esta Ley, mediante la manifestación hecha en público.

b) el apoyo o ensalzamiento de la rebelión o de las actividades propias de una organización terrorista o grupo armado o rebelde, o de los hechos y efemérides de sus miembros mediante la publicación y difusión en los medios de comunicación social de artículos de opinión, reportajes informativos, composiciones gráficas y, en general, cualquier otro modo en el que se materialice la difusión.

c) el apoyo o la adhesión a la rebelión o a las organizaciones terroristas o grupos armados o rebeldes o a sus actividades o a la 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”.

Por último, la **LO 3/1988** volvió a reinsertar en el Código penal la normativa antiterrorista y en materia de apología supuso el retorno a la vigencia de los arts. 216 bis a), 268 y la falta del art. 566.4.º, supuesto este último que fue finalmente suprimido en 1989, incorporando finalmente la LO 4/1995 los tipos de apología del genocidio y de la discriminación a la legislación penal ordinaria.

Hay un antes y un después en la regulación de la apología, estando el hito diferenciador en la LO 10/1995. Según la Real Academia de la Lengua, apología es *“discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de personas o cosas”*. La jurisprudencia y la doctrina han tenido que ir perfilando el término de apología. Se observa, hasta el nuevo Código Penal, una evolución de la regulación de la apología trepidante, y donde se ha tenido que pronunciar el Tribunal Constitucional.

En un primer momento la apología se encontraba en la parte especial, lo que parecía, por tanto, que se trataba de un delito autónomo y excepcional, frente a aquellos que pensaban que era un supuesto que se podría incluir entre los actos preparatorios, por lo que decían que su regulación debería estar en la Parte General del Código Penal y no en su Libro II.

Por tanto, la entrada en vigor del **nuevo Código penal de 1995** supuso dar un giro copernicano en esta materia; siguiendo las tesis del sector mayoritario de la doctrina, la apología pasó a ser concebida como una forma de provocación, prevista y definida en el art. 18.1, desapareciendo al mismo tiempo, como tipo autónomo, del ámbito de los delitos de terrorismo pero tipificándose sin embargo expresamente las conductas, de similar contenido a la que venimos comentando, de negación o justificación del genocidio (art. 607.2) y de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia (art. 510.1).

La reforma realizada por la **LO 7/2000** supuso, de nuevo, la creación de un tipo específico de apología, delito que ahora se ubica en el art. 578, esto es, entre los delitos de terrorismo. Nos encontramos con un retroceso a la legislación anterior a 1995 pues ahora nuevamente parece configurarse un tipo autónomo de apología en el que además ya no se exige, al menos de modo expreso, como en el anteriormente señalado art. 18, que deba suponer una incitación directa a delinquir.

Por último, la reforma del Código Penal realizada mediante la **Ley Orgánica 5/2010**, de 22 de junio, añade un segundo párrafo al art. 579.1, referente a la provocación y los actos preparatorios en materia de terrorismo, párrafo que introduce la tipificación de la distribución o difusión pública de mensajes dirigidos a provocar o favorecer la comisión de delitos de terrorismo incrementando el riesgo de que ésta se produzca. El argumento expuesto en la Exposición de motivos para la introducción de este añadido es la transposición a la legislación estatal de lo dispuesto en la Decisión Marco de la Unión Europea 2008/919/JAI.

Vistos los antecedentes y la evolución en la regulación de esta figura, en la actualidad nos encontramos con dos artículos referentes a la apología y otro, el 579.1, que si bien no se recoge como apología, se establece como cláusula de cierre refiriéndose a acciones muy similares a las de apología estricta. Pasaremos a continuación a analizar estas figuras.

4.2.2 Apología del art. 18.1 CP: Apología como forma de provocación

La regulación de la apología del art. 18.1 en el CP 1995 fue resultado de un proceso de cambio de perspectiva en el concepto de apología en el que hemos de destacar dos hitos: las sentencias del Tribunal Constitucional 159/1986 y 199/1987.

En primer lugar, en la STC 159/1986 el Tribunal Constitucional, tras un recurso de amparo interpuesto por el director del diario vasco Egin, condenado como autor de dos delitos de apología del terrorismo, otorgó el amparo solicitado y anuló las sentencias impuestas.

La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo mantenían que éste era responsable de un delito de apología del terrorismo por el hecho de haber reproducido unos comunicados de la organización terrorista ETA-Militar. El propio Tribunal Constitucional planteó la cuestión y su resolución como un conflicto entre “*el principio constitucional de libertad y las limitaciones que mediante ley pueden introducir los poderes públicos*”. Vemos constatarse pues un conflicto entre apología del terrorismo, tipificada como delito, y el derecho de un director de un periódico a publicar unos

comunicados emitidos por una organización terrorista. El TC consideró que las sentencias que en su día condenaron al recurrente de amparo debían haber considerado dos aspectos esenciales:

– Que la información controvertida consistía en la mera reproducción de los comunicados, no acompañada de juicios de valor que demostraran que el periodista asumió el contenido apologético de los mismos

– Que la libertad de información juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático, el cual presupone el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto a los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos (FJ 8º)

Así, el Tribunal Constitucional señala la forma restrictiva en la que se deben interpretar las restricciones de los derechos fundamentales y remarcó la importancia del derecho a la libertad de información al considerar que *“el derecho de un profesional del periodismo a informar, así como el de sus lectores a recibir información íntegra y veraz, constituye una garantía institucional de carácter objetivo, cuya efectividad exige en principio excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta por su contenido pueda revestir significado penal”* y que, al no estimarlo así, las sentencias contra las que se solicitó el amparo, vulneraban los artículos 20.1.d) y 25.1 de la Constitución.

Por tanto, consideró que la reproducción en un periódico de comunicados apologéticos como noticias relativas a su existencia, no acompañadas de juicios de valor, formaba parte del derecho a informar, y por tanto, no es constitutivo de infracción penal.

Por otra parte, en la STC 199/1987 el Tribunal Constitucional resolvió dos recursos de inconstitucionalidad planteados contra la LO 9/1984, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas. Mediante esta ley se pretendía ampliar el régimen de excepcionalidad previsto para los delitos de terrorismo a las conductas de apología. La STC señala que sólo es punible la conducta que tenga capacidad para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que merezcan protección penal y, declarando inconstitucional incluir la apología en este régimen de excepción, estableció lo siguiente:

“La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos. Los supuestos que menciona el Abogado del Estado de posible concierto o relación de los apologistas con organizaciones terroristas, son precisamente supuestos en los que se excede del ámbito de la pura apología, pudiendo incluirse, en su caso, en el art. 1.2k) de la propia Ley Orgánica 9/1984. Por todo ello, debe considerarse contraria al art. 55.2 de la Constitución la inclusión de quienes hicieran apología de los delitos aludidos en el art. 1 de la Ley en el ámbito de aplicación de esta última en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales prevista en tal precepto constitucional, es decir, en relación con los arts. 13 a 18 de la Ley Orgánica 9/1984.”²⁴

Por tanto, el Tribunal Constitucional entendió que incluir la apología en el ámbito de aplicación de la ley implicaba excederse de la habilitación del art. 55.2 CE, que restringe su esfera a los delitos de terrorismo.

24 STC 199/1987 de 16 de diciembre. FJ 4

Los criterios utilizados en estas sentencias fueron perfilando una interpretación de la apología entendida de forma estricta, priorizando el derecho a la libertad de información, y desvinculada de los delitos que le sirven de referencia al no entenderse como delito de terrorismo. A partir de esta postura interpretativa adoptada por el TC el castigo de la apología entró en un período deflacionario²⁵, culminando finalmente en el Código Penal de 1995, que la recoge como acto preparatorio. Así pues, tenemos en primer lugar la regulación de la apología del art. 18.1, introducida con el Código Penal de 1995 y que se encuentra en la parte general:

“1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.

Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.”

Por tanto, aquí se regula la apología dentro de los actos preparatorios, como forma de provocación. De esta forma, la apología dejó de aparecer como delito autónomo y se logró un cierto consenso en esta problemática figura en tanto que se exigía que la apología constituyera una incitación directa a cometer un delito, de ahí su equiparación a la provocación. Por tanto, la mera expresión de ideas favorables al delito cometido o a su autor no podía constituir infracción criminal. Al estar recogida en el catálogo de actos preparatorios y no como delito autónomo, la apología sólo era punible en los casos en los que la Ley así lo regule, incluyéndose dentro de estos supuestos los delitos de terrorismo. Así pues, el art. 18 se debía entender en relación con el art. 579.1, que recoge la punición de los actos preparatorios en materia de terrorismo, quedando supeditada a la pena prevista para el delito para el que se pretende provocar. De este modo, el artículo 579.1 establece en su primera parte que *“la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores”*.

Se plantean, pues, las cuestiones de es necesario que se cumplan los requisitos de la provocación y de si la apología, al tener sustantividad propia, se puede entender como provocación indirecta. Lo cierto es que cabe estudiar si, a raíz de la redacción dada al art.18 del Código Penal, existen diferencias entre la apología y provocación, ya que si el legislador si las ha denominado de diferente manera es lógico pensar que no representan el mismo contenido. Hasta la aparición del Código Penal de 1995, la nota separadora no era otra que la manera de presentar cada una la incitación a la comisión del delito. En la apología la llamada al delito era indirecta o encubierta, mientras que en la provocación la llamada al delito era directa, inequívoca. Por tanto, el provocador incitaba a la ejecución de un delito preciso, el apologeta no tenía un objetivo tan definido, suponiendo una provocación indeterminada. La apología ha de suponer una incitación directa a cometer un delito pero a través de una incitación indirecta, exponiendo ideas o doctrinas que ensalcen el crimen.

25 VIVES ANTÓN, TOMÁS S.; *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico*: p. 175

Resulta ciertamente problemático qué debemos entender por incitación directa, ya que es el elemento que debe concurrir para que la apología sea punible.

Algunos autores han interpretado que el art. 18.1, tal y como está redactado, implica la intrascendencia de la apología tanto incitadora como no incitadora, al entender que la incitación directa debe ser entendida como incitación expresa. Siendo la apología una incitación necesariamente implícita al construirse el discurso a través de la alabanza del delito o el autor y no mediante la llamada a delinquir, no se podría dar el requisito de incitación directa que requiere el tipo. Según esta interpretación, sería el carácter explícito o implícito de la incitación lo que distingue la provocación de la apología y, al requerir el tipo una incitación directa, si entendemos ésta como expresa sólo podemos llegar a la conclusión de que no cabe la apología ya que, si es directa, deja de ser apología para ser provocación expresa. Esta irrelevancia se debe al menor riesgo para el bien jurídico que implica la conducta, debido al modo indirecto de construir el discurso, de lo que se extrae el menor contenido de injusto de la apología respecto de la provocación.²⁶

Sin embargo, la doctrina mayoritaria entendió que la apología resultaba punible en relación con los delitos en los que lo son los actos preparatorios, siempre que reúna los requisitos del 18.1, Así, la única apología que puede ser sancionada debe cumplir con los siguientes requisitos, que irán encaminados a garantizar que la apología no se convierta en la forma de criminalizar cualquier tipo de disidencia y vulnere en este caso el derecho fundamental de la libertad de expresión:

1. Incitación idónea e inequívoca para hacer surgir la resolución delictiva. En relación con esto, cabe destacar sentencias como la STS 2/1997, de 29 de noviembre. En esta sentencia, el Tribunal Supremo, refiriéndose a unos comunicados emitidos por la Mesa Nacional de Herri Batasuna en los que se califican los asesinatos de Múgica y Tomás y Valiente como “una respuesta encuadrada en el contexto de un conflicto entre la represión española y Euskal Herria” proponiendo como solución la denominada “Alternativa Democrática”, considera que no constituyen apología del art. 18.1 al enmarcarse en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, y razona, respecto a la apología, lo siguiente: “...es exigible que la concreta manifestación apologética no sólo se dirija a defender la actividad delictiva ya realizada y a sus autores, sino que, además, ha de ser apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos en la medida en que pueda determinar a otros a la perpetración del delito.”

De este modo el Tribunal salvaguarda el derecho a la libertad de expresión, siendo el daño al bien jurídico el que determina que una conducta apologética sea o no delito. Así, en la misma sentencia esto se deja ver en los términos siguientes: “...tales manifestaciones, por más repulsa social que hayan tenido y merezcan, no expresan sino opiniones y creencias, especialmente rechazables por el momento en que son formuladas, que tienen cabida en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión y que no pueden verse coartadas por la acción penal ejercitada, en la medida que no suponen, expresamente, la manifestación pública de solidaridad con una actividad delictiva que se dirija y sea apta o capaz de provocar su perpetración”.²⁷

26 ALONSO RIMO, ALBERTO; “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”; *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, nº 4; 2010; pp. 21 y ss

27 STS 2/1997, de 29 de noviembre. FJ 30

2. El segundo requisito que recoge el tipo es que la provocación se dirija a una pluralidad indeterminada de sujetos, sin relación personal entre el que provoca y el receptor del mensaje, debiendo ser el hecho expresivo han de ser de carácter público.

3. Dolo del autor. En la conducta incitadora debe existir una intención dolosa del autor, una voluntad de incitar a la comisión de delitos.

Por tanto, en el Código Penal de 1995 se introduce una regulación y una interpretación de la apología entendida en sentido restrictivo y garantista, asociándola a la provocación. Sin embargo, la originaria intención del legislador, que fue la inexistencia de una tipificación específica del delito de apología del terrorismo al margen del delito de provocación, hizo que la jurisprudencia utilizara al delito de colaboración con banda armada de una manera forzada para incriminar el tipo de conductas propias de la apología. Como ejemplo de este tipo de interpretaciones cabe destacar de nuevo la STS 2/1997, en la que se condena por colaboración con organización terrorista del art. 576.2 a la dirección de Herri Batasuna por pretender, en un proceso electoral, hacer uso de los espacios previstos para la campaña electoral en los medios de comunicación para difundir un comunicado de ETA. Aquí el Tribunal Supremo entendió que, si bien no había colaboración en la organización, sí que existía esta colaboración con las finalidades de ETA. Por tanto, vemos como con una tipificación de la apología entendida como acto preparatorio se condenan por colaboración con organización terroristas acciones que podríamos definir como de “*respaldo político*” o incluso “*colaboración ideológica*”, según Manjón-Cabeza²⁸, dejando ver ya una interpretación que avanza la regulación posterior de la apología, que castiga conductas apologéticas como colaboración con organización terrorista y que Gimbernat Ordeig consideró como “*una amenaza para el futuro de la libertad de expresión en este país*”²⁹, al romper con la regulación y la interpretación restrictiva anterior para adoptar la noción difusa de entender como colaboración con banda armada el apoyo en las ideas o la colaboración en las finalidades políticas de la organización.

Efectivamente, la vuelta a una interpretación de la apología como delito autónomo y limitadora derechos fundamentales, que se había dejado atrás con el CP 1995, se confirma con la LO 2/1998, que incorpora un tipo de amenazas con finalidad terrorista, con el que de alguna manera se pretende volver a incriminar conductas apologéticas. Pero será la Ley 7/2000 donde se vuelve a tipificar como tal el delito de apología terrorista con la introducción del actual art. 578.

4.2.3 Enaltecimiento o justificación del terrorismo del art. 578 CP

a) Conductas del art. 578 CP:

28 MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Apología del terrorismo”. En: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E. (coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 569

29 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *Ensayos penales*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 65

La configuración de la apología establecida en el Código Penal de 1995 y marcada por la jurisprudencia mayoritaria, entendiéndola como acto preparatorio, plantea problemas con la introducción del nuevo delito con la LO 7/2000, el delito de enaltecimiento del terrorismo recogido en el artículo 578 del Código Penal Español. Con esta reforma la nueva redacción del art 578 dispone lo siguiente:

“El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el periodo de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código.”

La modificación del art. 578 contempla dos conductas diferentes. Por una parte, en el primer párrafo, se ubica la apología propiamente dicha, definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. Por otro lado, en un segundo párrafo, se declara también punible un supuesto diferente como es *“la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”*. Ambas conductas se sancionan con una pena de prisión de uno a dos años, además de la posibilidad para la autoridad judicial de acordar alguna de las medidas previstas en el art. 57 del CP, como la prohibición de residir o acudir a determinados lugares o de aproximarse o comunicar con la víctima o sus familiares.

El artículo plantea importantes problemas sistemáticos y materiales. En cuanto a los problemas sistemáticos, el artículo recoge como hemos dicho dos tipos de conductas totalmente diferentes que deberían tener un tratamiento normativo separado. Si bien es frecuente por parte de la jurisprudencia y el legislador entremezclar argumentos como el carácter incitador de conductas de enaltecimiento junto con otros la perplejidad e indignación social o la afectación al honor y la integridad de las víctimas, incluso señalándose esto último como parte del fundamento de la apología, queda claro que se trata de conductas diferentes y de delitos de distinta naturaleza jurídica, y así lo ha afirmado la doctrina y lo ha dejado claro la STS 224/2010, de 3 de marzo. En esta sentencia el Tribunal Supremo cuestiona la técnica legislativa empleada al afirmar que *“en el mismo artículo, conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas (...). Tal vez la diferente acción típica y elementos que vertebran una y otra, hubiera aconsejado la tipificación separada en artículos diferentes”*³⁰. Como también recoge dicha sentencia, algún sector doctrinal considera que sí que era necesaria una respuesta penal a esta conducta y que lo que ha pretendido el legislador con esto es emboscar una criminalización discutible -como es la del enaltecimiento y justificación- en otra que no lo parece o que, al menos, parece tener según su opinión una mayor justificación, como es la del menosprecio o humillación a las víctimas.³¹

En el tipo contemplado por el segundo párrafo del art. 578 el bien jurídico protegido es el honor del sujeto que ha padecido los atentados terroristas y el de sus familiares. Esta conducta es muy cercana a los delitos de injurias o a los recientemente creados por el Código penal de 1995 delitos contra la

30 STS 224/2010, de 3 de marzo. FJ 3

31 CANCIO MELIÁ, M.; *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Ed. Reus, 2010; p. 272

integridad moral, por lo que de entrada debe cuestionarse la necesidad de esta nueva figura delictiva que podría considerarse un tipo agravado de injurias para las víctimas de delitos terroristas. Si bien el sujeto activo puede ser cualquier persona, los sujetos pasivos son específicos, han de ser víctimas de delitos terroristas o los familiares de víctimas. Además, cabe plantearse, respecto a los problemas materiales que plantea la tipificación de esta conducta, si no vulnera el principio de igualdad reconocido constitucionalmente, concretamente la igualdad de las víctimas y de los familiares, pues parece dejar ver que el honor de las víctimas de delitos de terrorismo, por el hecho de serlo, merece un tratamiento diferenciado y una mayor protección que el de las víctimas de otros delitos. También se nos plantea la posible vulneración del principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que la pena prevista en el art. 578 es la pena de prisión de uno a dos años, muy superior a las penas previstas para las injurias graves.

Por tanto, la segunda conducta que recoge el artículo tiene una naturaleza jurídica diferente a la de enaltecimiento o justificación, que es la conducta apologética en la que nos centraremos. A continuación veremos qué conducta castiga este delito.

b) Concepto de la apología del art. 578 CP:

Teniendo claro que nos referiremos a sólo una conducta de las dos que recoge el art. 578, que es el enaltecimiento o justificación de delitos de terrorismo o de sus autores, y que éste no es un delito de terrorismo sino un delito de opinión relacionado con el terrorismo, intentaremos ver qué es lo que tipifica el delito.

En primer lugar, en el artículo 578 es delito como apología 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, es decir, conductas de elogio, alabanza o exaltación de los autores o responsables -apología subjetiva- o de los actos delictivos terroristas -apología objetiva-.³²

En principio eso es lo que exige la letra del tipo. No obstante, como la apología del art. 18.1 exige carácter incitador para precisamente poner en peligro el bien jurídico, veremos a continuación si el enaltecimiento o justificación lo exige también, teniendo en cuenta el conflicto entre este tipo de delitos y el derecho a la libertad de expresión.

El Tribunal Supremo, en cuanto a los elementos que exige para la existencia de enaltecimiento, ha repetido en algunas ocasiones lo siguiente:

"1º.- La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica.

Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo.

Aparece emparentado, pero tiene un significado más amplio, con el concepto de apología del párrafo II del artículo 18.1.

Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal.

2º.- El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

32 CAPITA REMEZAL, M; *Análisis de la legislación penal antiterrorista*. Madrid: ed. Colex, 2008; p. 161

a) cualquier de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.

b) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º.- Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser evidentemente un periódico que se distribuye entre sus lectores, cualquiera que sea la extensión de tal distribución.”³³

En cuanto a quién puede realizar el delito, el sujeto activo puede ser cualquiera, mientras que el sujeto pasivo sería el mismo que en los delitos terroristas, es decir, la sociedad. Los verbos típicos son enaltecer, en el sentido de ensalzar, engrandecer, exaltar, alabar o elogiar los delitos de terrorismo o de sus autores, y justificar, entendiendo como tal hacer justos o alabar la bondad de los delitos y de sus partícipes. Estos verbos típicos no son unívocos y pueden crear inseguridad jurídica al no especificarse qué conductas concretas serían típicas y qué conductas no lo serían, quedando para los tribunales la labor de delimitar el alcance del tipo.

Lo que sí que podemos destacar es lo que, según Cuerda Arnau³⁴, debe quedar fuera de su ámbito de aplicación. Así, el derecho fundamental a la libertad de expresión exige que no pueda ser enaltecimiento el simple apoyo al programa político de una organización terrorista, ya que se persigue la legitimación de los delitos terroristas o de sus autores pero no de los fines. Cabe destacar ésto a tenor de algunas interpretaciones que se han dado confundiendo colaboración con organizaciones terroristas con colaboración con sus fines. De este modo, conductas como reproducir un comunicado o manifestar una comunión ideológica no son actos que constituyan o deban constituir un delito de apología aunque, en realidad, el problema reside en aclarar qué tipo de manifestaciones son demostrativas de que sólo existe una coincidencia política. Asimismo, tampoco debe considerarse punible realizar una alabanza genérica de la actividad armada como forma de lucha política, ni dar el nombre de una calle o realizar un homenaje a una persona imputada o condenada por terrorismo. También debe quedar fuera del ámbito de aplicación las conductas de legitimación tácita, como las consistentes en negarse a reprobar o condenar los atentados terroristas. pues en principio la apología sólo admite una versión comisiva. La conducta que aparece en el artículo es enaltecer o justificar, y por tanto es difícil pensar que puedan equivaler a legitimaciones tácitas. También cabe destacar esta exclusión porque otros instrumentos como la LO 6/2000, de Partidos Políticos sí que lo incluyen.

Como la STS de 4 de julio de 2001 señala, “la norma que prohíbe la apología del delito, no impone la obligación de censurar delitos cometidos por personas con las que se pueden compartir los objetivos finales de naturaleza ideológica”. Debe además tenerse muy en cuenta el contexto en que se realizan las manifestaciones apologéticas, pues la cobertura que proporciona la libertad de expresión ha de ser sin duda de mayor amplitud en determinados casos y, singularmente, cuando se ejerce la crítica política. Por tanto, lo que se castiga en principio no es el apoyo a los fines o la ideología sino la legitimación del delito o de sus autores, entendiendo como autores a todos los sujetos que hayan intervenido en cualquier delito de terrorismo realizado. Según el TS en el ATS de 23 de septiembre de 2003, sobre el grupo de música Malas Pulgas, las formas de apoyo deben

33 STS 149/2007, de 26 de febrero, FJ 5º; STS 539/2008, de 23 de septiembre, FJ 3º

34 CUERDA ARNAU, M. L.; *Terrorismo y libertades políticas*; Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 33

“inscribirse en una línea clara de concreto apoyo a acciones específicas de carácter terrorista en sentido estricto.”³⁵

La apología se ha de verificar de forma pública, con un número importante de receptores, y de ahí la exigencia de que se haya utilizado medios de expresión pública o difusión, necesarios para alcanzar una difusión notoria y una publicidad de cierta calidad y capacidad de incidencia, como se extrae del ATS de 23 de septiembre de 2003.

El Tribunal Constitucional nunca ha delimitado el bien jurídico de apología del delito, aunque, por principio, el fundamento de cualquier punición es la capacidad para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que merezcan la protección del ordenamiento penal. (STC 199/1987). De ahí la discusión entre el requerimiento o no del carácter incitador en la conducta.

4.2.4 Posturas interpretativas del art. 578 en relación con el art. 18

La introducción del art. 578 junto con la apología del art. 18 plantea una serie de problemas a la hora de conocer su naturaleza jurídica y delimitar su ámbito de aplicación. Así, la apología debe versar sobre un crimen o su autor según lo previsto en el art. 18,1, o sobre un delito de terrorismo (arts. 571 a 577) o quienes hayan participado en su ejecución a tenor de lo establecido en los arts. 578 y 579. Pero sólo en la definición de la apología concebida como un acto preparatorio del art. 18 se establece además expresamente que sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito, lo que nos lleva a plantearnos la cuestión de si el tipo previsto en el art. 578 debe considerarse como una figura autónoma o constituye también un acto preparatorio de provocación en el que se encuentra implícita la finalidad de incitación recogida por el art. 18. Existen diferentes posturas en la doctrina y en la jurisprudencia sobre este aspecto, siendo la necesidad o no del elemento incitador el punto central de la discusión.

a) Interpretación del art. 578 CP como ley especial del art. 18 CP:

En primer lugar, parece difícil admitir que las conductas apologéticas de los arts 18 y 578 puedan interpretarse de forma complementaria siendo el art. 578 ley especial de la disposición genérica del art. 18. Algunos autores han sostenido esta opción, que llevaría a exigir al menos los mismos requisitos que impone el art. 18, pero no parece aceptable en cuanto a que la pena es menor en el art. 578, lo que implicaría que éste fuera un tipo privilegiado de apología. Además, el art. 579.1 ya recoge el castigo de los actos preparatorios en los delitos de terrorismo y se debe entender en relación al art. 18.

Diferenciaremos pues entre la interpretación puramente gramatical, que no exige el componente incitador porque no aparece en el precepto, y las posturas que sí exigen que haya incitación, si bien tendremos que ver en qué grado lo requieren.

³⁵ ATS de 23 de septiembre de 2003. FD 5º

b) Interpretación puramente gramatical:

La tendencia generalizada en la jurisprudencia ordinaria es la interpretación puramente gramatical, es decir, ciñéndose al precepto sin exigir incitación alguna. Cabe destacar en este punto que el TS, al analizar el delito en varias de sus sentencias sólo ha tenido en cuenta los requisitos exigidos en el precepto: la existencia de acciones o palabras por las que enaltezca o justifique, que ésta acción se refiera a los delitos de terrorismo, y que se realice a través de algún medio de expresión pública o difusión sin hacer mención a ningún elemento incitador.³⁶ Incluso en alguna ocasión tanto la AN como el TS han señalado explícitamente la no exigencia de que la expresión incite a la comisión de un delito ni de que el dolo vaya más allá del elogio.³⁷ De este modo, considerando el art. 578 como delito autónomo, mantienen que es un mero delito formal, por lo que la apología delictiva consiste en la sola manifestación pública en términos de elogio o exaltación, un apoyo o solidaridad ideológica con determinados delitos sin ningún otro requisito o exigencia.

Gran parte de la doctrina adopta esta postura. Así, Lamarca Pérez³⁸ considera la apología como una manifestación pública que elogia, exalta, apoya o muestra solidaridad moral o ideológica con ciertas conductas delictivas, sin necesidad de aumentar el riesgo de su comisión ni de que exista dolo incitador. Para esta autora, si la apología implica el aumento del riesgo de la ejecución del delito la conducta pasaría a ser provocación.

También Muñoz Cuesta cree que hay al menos dos razones para apreciar el art 578 CP como una modalidad autónoma de apología del delito. En primer lugar, porque el art 578 es más amplio que el art 18 CP, que además de la referencia a las víctimas o sus familiares de acciones realizadas por bandas armadas contiene dos conductas: una de ensalzamiento del crimen o de sus autores y otra de justificación de ambos, a diferencia de lo previsto en el art 18.1 CP, que no prevé la justificación de los delitos de terrorismo ni de sus partícipes. En segundo lugar, porque la previsión que hace el art 579.1 sanciona la provocación, por tanto la apología, de los delitos comprendidos en los arts 571 a 578 CP, por lo que recoge la apología del art 578, lo que se está tipificando la apología de la apología, lo que en la práctica parece factible que acontezca cuando se ensalzan a las personas que han realizado los hechos previstos en el art 578 CP. En relación a esto, el auto del TS de 23 de mayo de 2002, confirmado por Auto de la misma sala de 14 de junio de 2002, afirma que la apología de la apología conduciría al absurdo.

Por otra parte, Cuerda Arnau también se adhiere, desde una perspectiva crítica, a la interpretación que entiende el art, 578 en clave no incitadora, entendiendo que es la única posible atendiendo a la letra de la ley y a la voluntad del legislador manifestada en la Exposición de Motivos de la LO 7/2000.³⁹

Y es que, ciertamente, el tenor literal del artículo no hace referencia a ningún tipo de incitación y, respecto a lo dispuesto en la Exposición de Motivos, se califica a las conductas que se castigan en el artículo como “*un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y*

36 SSTS 149/2007, de 26 de febrero de 2007; 539/2008, de 23 de septiembre de 2008; 679/2009, de 5 de junio de 2009; y 224/2010, de 3 de marzo de 2010

37 STS 224/2010, de 3 de marzo de 2010; SAN 11/2007, de 19 de febrero (secc. 3)

38 LAMARCA PÉREZ, C.; Tratamiento jurídico,... op. Cit. pp. 290 y 291

39 CUERDA ARNAU, M. L.; *Terrorismo y libertades políticas*; Tirant lo Blanch, 2008; p. 34

perdurabilidad de las mismas, además de otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.” Según el legislador, con la introducción del art. 578 lo que se pretende es “perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal”.

Por tanto, vemos como para argumentar las razones por las que las conductas merecen un reproche penal se hace mención a la *perplejidad e indignación* que producen en la sociedad, así como a que implican un refuerzo de las acciones terroristas y una forma de generar terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas. No parece pues que se pretenda castigar algo más que el enaltecimiento en sí mismo, sin carácter incitador, al no hacerse mención a la posibilidad de comisión de nuevos delitos concretos sino más bien al avance de los *finés terroristas*.

Sin embargo, como hemos dicho anteriormente, el TC ya señaló en su sentencia 199/1987 que el fundamento de cualquier punición es la capacidad de la conducta para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que merezcan la protección del ordenamiento penal. Ésta es la cuestión principal que nos debemos plantear, y más cuando está en juego el ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad de expresión. Más que el impacto social que puedan producir determinadas acciones, cabe preguntarse qué bien jurídico concreto se pone en peligro con las conductas que castiga el art. 578 si lo entendemos en clave no incitadora, y si tal peligro es suficiente para priorizarlo sobre el derecho a la libertad de expresión y provocar la intervención del poder coactivo del Estado.

Un tipo delictivo no puede encontrar su fundamento simplemente en que la conducta consista en una “manifestación de ideas” por muy lejanas que las mismas puedan resultar a nuestra forma de pensar y sentir. Este camino para interpretar el delito de apología nos lleva a entender que podría tratarse de una norma inconstitucional por atentar contra el derecho a la libre expresión.

La ausencia de un bien jurídico que sirva de fundamento, junto con la arbitrariedad que implica en la práctica, hace que esta interpretación sea muy susceptible de servir a una utilización del precepto para perseguir a determinadas opciones políticas.

Por ejemplo, en sentencias como la SAN de 2 de marzo de 2010 (secc. 4) o en la SAN de 3 de junio de 2009 se toma en consideración para considerar la existencia de apología del terrorismo el referirse a los presos de ETA como “presos políticos vascos” o “independentistas vascos”, incluso tomando como argumento la ausencia de condena, o incluso considera también un argumento para la concurrencia del delito del 578 CP el criticar la política de dispersión penitenciaria sólo respecto a los presos de ETA y no para los demás presos, llegando en ocasiones al absurdo.

Así, podemos destacar la SAN 13/2010, de 2 de marzo (secc. 4), en la que la célebre jueza Ángela Murillo condena a Arnaldo Otegi a dos años de prisión y 16 de inhabilitación absoluta por declaraciones manifestadas en un acto de homenaje a un miembro de ETA en prisión. En esta sentencia podemos encontrar como argumentos para valorar la existencia de la apología por un lado el referirse como presos políticos y refugiados a los condenados de ETA que cumplen condena en prisión y lo que están fuera de España por estos motivos y, por otro, el hecho de comparar al

homenajeados José María Sagarduy, “Gatza”, con Nelson Mandela. Entre las perlas que encontramos en la sentencia podemos destacar lo siguiente:

“De manera absolutamente impropia y manifiestamente falsa estableció una comparación entre NELSON MANDELA, -auténtico héroe que permaneció en prisión por motivos ideológicos, exclusivamente por eso, pero jamás utilizó la violencia, ni la apoyó en "pos" de conseguir la supresión del apartheid en Sudáfrica-; y el condenado Juan María (...). Nelson Mandela fue un preso político, mientras Juan María es un condenado por los gravísimos delitos descritos de carácter terrorista. ¿Qué tiene que ver el uno con el otro? Nada, absolutamente nada.”⁴⁰

Teniendo en cuenta lo chocante de que un tribunal entre a valorar estas cuestiones, así como a valorar si la consideración de los presos de ETA como presos políticos o no, llama la atención que la jueza afirme que Nelson Mandela es un “auténtico héroe que permaneció en prisión por motivos ideológicos, exclusivamente por eso, pero jamás utilizó la violencia, ni la apoyó en "pos" de conseguir la supresión del apartheid en Sudáfrica” cuando es conocido que el propio Mandela fue en 1961 miembro fundador y alto comandante de la organización armada “Umkhonto we Sizwe”, brazo militar del Congreso Nacional Africano de Sudáfrica, que realizó acciones de sabotaje y guerrilla contra el régimen del apartheid y que fue considerado por el gobierno sudafricano como organización terrorista. Argumentos y hechos como estos, además de poner en evidencia a la jueza en cuestión, manifiestan que el delito de apología es fácilmente utilizable para perseguir opciones ideológicas disidentes, que se trata en última instancia de una discusión política y que, dependiendo de las fuerzas políticas hegemónicas en un determinado momento y lugar, una determinada posición política y un determinado personaje puede ser el mayor terrorista o puede ser un héroe nacional, de ahí lo peligroso de hacer juicios apriorísticos.

La otra sentencia, la SAN 23/2009, de 3 de junio de 2009, condena por un año de prisión y 7 de inhabilitación absoluta a Marian Beitialarrangotia por una intervención en el acto de presentación de las candidaturas del partido político ANV. En esta sentencia, para sostener que la acusada estaba realizando apología del terrorismo y no sólo criticando la tortura, se da de nuevo relevancia a la referencia a los presos de ETA como “presos políticos” y como independentistas vascos, destacando respecto a este último término lo siguiente:

“(la acusada) resalta esa condición y obvia, 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;[...] lo que no es aceptable 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”⁴¹.

Argumentaciones como ésta incluso nos llevan a entender una actitud omisiva como es el no referirse a los delitos cometidos por los militantes de ETA y sólo a su condición de independentistas como argumento para concurrencia de enaltecimiento.

Otro ejemplo que nos muestra los criterios que utilizan los tribunales son dos sentencias referidas,

40 SAN 13/2010, de 2 de marzo. Sala de lo Penal (Secc. 4º). FJ 4

41 SAN 23/2009, de 3 de junio. Sala de lo Penal (Secc. 4º). FJ 2

de nuevo, a palabras de Arnaldo Otegi, portavoz de la organización política de Batasuna, al que se le imputaba el mencionado delito de enaltecimiento del terrorismo. Se trata de la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2006 y la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2007, dos sentencias con la misma base de hechos que dan lugar a dos pronunciamientos diferentes por diversas razones

En cuanto a los hechos probados de la primera sentencia, el domingo 21 de diciembre de 2003 se produjo un acto con el lema *“Estatutaren 25 urte, barak lartzako, propositumen berriak”*, que se traduce como *“A los 25 años del Estatuto, unas nuevas propuestas para conseguir la paz.”*, acto en el que concurría Arnaldo Otegi, junto a 200 personas, para rendir homenaje a José Miguel Beñaran Ordeñana, *“Argala”*, fallecido miembro y dirigente de la organización terrorista ETA, por su 25º aniversario de su muerte. En la plaza Argala se colocó una pancarta con el lema *“Organizar la independencia y el socialismo. Luchar merece la pena 1978-2003”* junto con la fotografía de José Miguel Beñaran. Arnaldo Otegi se propuso a informar para favorecer la llamada *“Propuesta de Bergara”*, que supondría la formación de una lista conjunta de partidos abertzales con le objetivo relevante de lograr la autodeterminación de Euskal Herria y la liberalización de los presos políticos. En este caso a Otegi se le condenó a 15 meses de prisión por la exaltación de la figura del activista de ETA fallecido, mediante un discurso con una serie de comentarios elogiosos.

La AN consideró en la sentencia que concurrían los elementos objetivos constitutivos de una realización aparentemente enaltecida. La argumentación de la AN pone de manifiesto el carácter laudatorio de las expresiones de Arnaldo Otegi en este homenaje a Argala, así como su adhesión ideológica a las posiciones de éste y, en suma, a la lucha armada de ETA. Para el tribunal, el discurso de Otegi en el homenaje al miembro de ETA no puede ser considerado como la expresión de unas opiniones sino que son manifestaciones que expresan la absoluta identificación del acusado con la organización criminal ETA, sus objetivos, sus actividades y su método de actuación, teniendo en cuenta que se trataba del líder de la ilegalizada formación vasca Batasuna.

En resumen, existe un homenaje a un miembro de ETA fallecido en las que se producen unas declaraciones laudatorias de Arnaldo Otegi, muestras de adhesión ideológica, a las posiciones abertzales o a la lucha armada y la subsunción judicial de dichos hechos en el artículo 578 del Código penal.

El Tribunal argumenta la condena, como hemos visto, por la sola identificación entre el procesado y la organización terrorista, sin exigir ningún tipo de incitación y tomando una interpretación literal del precepto sin hacer una ponderación entre el bien jurídico de la libertad de expresión y el que se pretende proteger en este caso.

En cuanto a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2007 los hechos son los siguientes, se trataba de un el funeral de un miembro de ETA, Olaia Kastesana, muerta en Torreveja a causa de la explosión de un artefacto explosivo que estaba manipulando. En el funeral Arnaldo Otegi fue uno de los portadores del féretro de Kastresana, el cual iba cubierto con la bandera de Euskadi y el anagrama de ETA, y tuvo una destacada intervención que incluía las siguientes manifestaciones:

“Nuestra más caluroso aplauso a todos los gudaris que han caído en esa larga lucha por la autodeterminación.[...] Se nos ha ido a sus 22 años, como otros gudaris de ETA, con la dignidad silenciosa y la muerte solitaria. [...] “Es la generación nacida en el Estatuto la que se

adhiera a la lucha armada para expresar su compromiso político.” [...] “Después de 22 años de Estatuto, hay jóvenes como en este caso Olaia, de 22 años, que nacieron con el Estatuto, que entienden su compromiso político a través de la lucha armada y eso, para nosotros, es [...] motivo para el reconocimiento. [...] Eso (el derecho a la libre determinación) es la contribución que han hecho muchos militantes de la organización.”

Se esperaba en este caso una resolución similar ya que los hechos eran equivalentes a los del homenaje de Argala, guardan puntos de conexión y parecían destinados a obtener idéntica respuesta por parte de la Audiencia Nacional, en tal caso no fue así, ya que existe aquí un comportamiento diferente respecto a la resolución del 2006.

En este caso el Ministerio Fiscal renunció a la acusación al entender que las declaraciones realizadas estaban amparadas por el derecho a la libertad ideológica y expresión. Por el contexto en el que se encontraba, en un entierro, en un cementerio, suponía una *“manifestación complaciente del pensamiento del acusado”*, que había elogiado *“una ideología y no un acto antijurídico castigado por la ley”*. Tras la retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal, se dictó una sentencia implícitamente condenatoria, ya que los hechos sí que estarían dentro del art. 578 del CP. Pero como éste retiró su acusación, tras la práctica de la prueba se impide al Tribunal, de acuerdo con el principio acusatorio, dictar cualquier otro tipo de resolución que no sea la absolución del acusado.

Lo cierto es que existían dos razones por las que el Ministerio Fiscal actuó de este modo. En primer lugar, la razón política tenía que ver con la negociación que iba a tener lugar entre la organización ETA y el gobierno español en el momento de la vista. En cuanto a la razón jurídica, el Ministerio Fiscal argumentó que el delito de enaltecimiento plantea grandes problemas y que puede entrar en conflicto con la libertad ideológica y la libertad de expresión, hecho evidente. Sin embargo, si tenía dudas acerca de la compatibilidad de este precepto con la libertad de expresión tendría que haber planteado al tribunal sus dudas sobre su constitucionalidad si no se exige provocación, hecho que ni hizo, por lo que la retirada de la acusación viene a explicarse más por las razones políticas del momento. Todo esto nos hace tener una idea de lo delgada que es la barrera entre lo político y lo jurídico, las relaciones entre estos dos campos y los problemas que plantea el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo del art. 578.

También podemos destacar, en cuanto a las conductas a las que se acaba aplicando el art. 578, la STS 539/2008, de 23 de septiembre, en la que el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la AN del 12 de noviembre de 2007 y condenó a los dos acusados por enaltecimiento del terrorismo del art. 578 por ondear una bandera con los logotipos de ETA y de Jarrai en el estadio de fútbol de la Real Sociedad de San Sebastián, en un partido que entre este equipo y el Mallorca C. de F. El TS consideró que concurría el delito de enaltecimiento del art. 578 al entender que se daban los tres requisitos literales del tipo. Así, entendió que ondear una bandera con el símbolo y el lema de ETA expresa simbólicamente su aceptación y exaltación de su significado y, al hacerlo ante una multitud en un estadio de fútbol, *“comporta enaltecer, vitorear y aplaudir los valores que representa, colocando a los mismos -ejercicio de la violencia terrorista y subversión del orden constitucional- y a sus autores en actitud de loa, reconocimiento y admiración universales”*. El TS continúa remarcando que el gesto implica *“justificar el crimen terrorista y enaltecer a los autores, así como*

hacer aparecer como acciones lícitas y legítimas aquéllas que sólo constituyen la expresión de un comportamiento criminal”⁴², por lo que daba por realizado el primer requisito.

En cuanto al requisito de que el enaltecimiento o justificación se refiera a delitos de terrorismo o a sus autores, el Tribunal entendió que ondear una bandera con el símbolo de ETA implica ensalzar a la organización ETA, que equivale a legitimar y justificar las conductas y acciones delictivas cometidas por sus militantes y a aplaudir a éstos.

Respecto al dolo de los autores, el Tribunal hace referencia a él pero se limita a considerar que existía dolo de exaltación del terrorismo, no requiriendo por tanto ningún tipo de incitación ni dolo de incitar. Sin embargo, cabe destacar lo que dice el TS sobre un voto particular que hacía referencia a la distinción entre la motivación ideológica y la realización del delito. El tribunal considera lo siguiente:

“El voto particular hace referencia a disidencia política, cuando cualesquiera que sean los fines políticos que pueda perseguir una organización como ETA, todos ellos se descalifican por sí mismos, dados los medios o métodos empleados y nunca puede hablarse de opción política o actitud política, sino simplemente terrorista, ya que tal organización no es sino una "banda terrorista".”

Es cierto que en este caso se refiere al apoyo a la organización ETA, pero no cabe olvidar que el terrorismo de ETA tiene unos fines políticos tan legítimos como otros. Teniendo en cuenta que no se exige ningún carácter incitador, cabe preguntarse si no se está en realidad confundiendo en ocasiones la solidaridad y los fines políticos de la organización, que pueden ser compartidos o no, con los delitos concretos. En esta argumentación el TS afirma que los fines políticos se descalifican por sí mismos dados los medios empleados pasando, según el tribunal, de ser una actitud u opción política a ser simplemente terrorista. Cabe preguntarse si argumentaciones como ésta no favorecen interpretaciones de “colaboración con los fines” o extender las leyes antiterroristas al ámbito de los fines y no de bienes jurídicos concretos.

Uno de los casos más sonados y representativos es el del caso De Juana Chaos. En este caso, mediante la SAN 60/2006, de 8 de noviembre, se condenó a Iñaki de Juana Chaos por dos artículos publicados en el diario Gara, en uno de los cuales, titulado “El escudo”, criticaba el sistema político español y su política penitenciaria, encomiando la resistencia del colectivo de presos de ETA hacia la resocialización amparándose en tener “el escudo de la razón”. La AN consideró que las expresiones vertidas en dichos artículos eran acciones típicas de “señalamiento” o marcaje de personas concretas y determinadas aunque no se determine el mal con el que se amenaza provocando, por otro lado, que la subversión del orden constitucional o la alteración grave de la paz pública, mediante la ejecución de un delito de amenaza terrorista. El Tribunal Supremo, mediante la STS 149/2007, de 26 de febrero, condena por amenazas por expresiones como las siguientes:

“Jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura, carceleros sin escrúpulos [...] "Hace años le escuché a un muy apreciado compañero chillar con fuerza "Sacad vuestras manos sucias de Euskal Herria." "Sí, sacadlas, porque otro camino sólo implica más sufrimiento! O el futuro terminará demostrando, sin duda que os quedasteis sin ellas".”

42 STS 539/2008, de 23 de septiembre. FJ 3.3

Pero, en lo que es materia de este informe, el tribunal también condenó a De Juana por enaltecimiento del terrorismo del 578. En cuanto a los elementos que deben concurrir para que se dé, el TS no recoge ninguna exigencia de incitación, y considera la acción de enaltecer como la equivalente a “*ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo*”, recogiendo expresamente que “*aparece emparentado, pero tiene un significado más amplio, con el concepto de apología del párrafo II del artículo 18.1 CP.*”, mientras que por justificar entiende que “*se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal.*”

El TS consideró que existía apología a los presos al considerar a los jueces, políticos y funcionarios de prisiones como agresores y a los presos como víctimas inocentes, cambiando los roles según el Tribunal. Se consideró que había apología a los presos y a las razones por las que ingresaron en prisión al elogiar el acusado la resistencia a la resocialización con el argumento de tener “el escudo de la razón”. Con ésto, según el Tribunal, se expresa que los presos tienen razón al haber cometido los delitos y que están injustamente privados de libertad, por lo que según el Tribunal se están justificando las conductas delictivas cometidas por las cuales ingresaron en prisión, añadiendo para sustentarlo la afirmación del acusado de que los presos están secuestrados por un sistema autoritario. De esto extrae el TS que en el artículo de De Juana existe un elogio de los presos miembros de ETA y una justificación de sus acciones delictivas, lo que, unido a estar publicado en un medio de comunicación como es el diario Gara, llevó a condenar por enaltecimiento del terrorismo del art. 578, sin ni siquiera plantarse la cuestión del carácter incitador, el dolo del autor para incitar o la idoneidad de la conducta, aplicándose literalmente el texto de la ley y, además, entendiendo los términos de ésta de forma amplia.

En esta sentencia del asunto De Juana, que tuvo un gran impacto mediático y que para Cuerda Arnau pasará a la historia de los casos tristemente célebres⁴³, el Tribunal aplica el art. 578 y condena por enaltecimiento por un unas declaraciones en un artículo en las que ni se reivindicaban delitos concretos ni se ensalza estrictamente las actividades delictivas de los presos, hasta el punto de que la propia sentencia anterior de la Audiencia Nacional había descartado la aplicación del art. 578.

Cabe destacar además que posteriormente el Tribunal Constitucional confirmó la sentencia del Tribunal Supremo en el ATC 4/2008 afirmando que la argumentación del TS se ciñe al tenor literal del artículo. No obstante, y para argumentar la compatibilidad del art. 578 y de la decisión concreta con el derecho a la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional se ampara en la famosa STC 235/2007, que posteriormente pasaremos a analizar, y sí que acepta que el castigo de la justificación de los delitos terroristas, para ser una restricción legítima a la libertad de expresión, debe suponer una incitación indirecta a la comisión de estos delitos, si bien haciendo una interpretación amplísima de lo que debe requerir la incitación, al destacar que las opiniones manifestadas por De Juana, tomando en conjunto las amenazas y la justificación y elogio a los presos “*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.*”⁴⁴ Por tanto, si bien para justificar la restricción introduce el elemento de la incitación indirecta, implicando ésto una novedad respecto a la sentencia del TS y un gran sector de la doctrina, lo cierto es que la vaguedad en que lo considera no restringe en absoluto el ámbito de aplicación de la figura de enaltecimiento, configurándolo como un delito de clima.

43 CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA; *Terrorismo y libertades políticas*; Tirant lo Blanch; 2008; p. 36

44 ATC 4/2008, de 9 de enero (Sala Primera). FJ 7

De todo esto extraemos que, prescindiendo del requisito incitador y, por tanto, del bien jurídico, se puede acabar castigando cualquier cosa. Hemos visto como para apreciar la existencia de enaltecimiento se han tenido en cuenta las omisiones en las declaraciones (SAN 23/2009), algo que la doctrina siempre ha excluido; se han interpretado simples muestras de solidaridad y cariño como enaltecimiento; se ha considerado la exaltación por razones ajenas a la actividad delictiva; se ha considerado la existencia de enaltecimiento aún sin exaltar a delitos concretos ni a los autores de éstos y, en definitiva, se ha hecho una interpretación amplísima de los verbos nada unívocos del tipo, sin exigir ningún tipo de dolo ni incitación y quedando a merced del tribunal de turno o de las circunstancias del momento político en que se producían, con la clara inseguridad jurídica que comporta el atenerse a la mera literalidad sin tener en cuenta un bien jurídico.

Además, cabe plantearse la cuestión de la existencia de una “apología de la apología”, teniendo en cuenta que el 18 en relación con el art. 579.1 recogen la tipificación de los actos preparatorios para los delitos de terrorismo, incluyendo entre ellos el 578 y castigándolos con la pena inferior en uno o dos grados. Si entendemos el 578 como apología no incitadora, siguiendo la interpretación literal, podría caber en principio y atendiendo al tenor de la ley una apología como provocación a la apología no incitadora. Si bien el TS en la ATS de 23 de mayo de 2002 consideró que esta posibilidad “conduciría directamente al absurdo” y la doctrina también ha entendido que no puede ocurrir, no parece tan difícil de imaginar viendo las interpretaciones que ha venido realizando la jurisprudencia.

Así pues, la interpretación literal implica un avance de la barrera de intervención penal insoportable que no tiene a priori un límite, ya que con los criterios que hemos vistos no es difícil imaginar condenas por conductas de mera expresión de opiniones políticas.

En definitiva, si bien gran parte de la doctrina y la jurisprudencia ha realizado esta interpretación, que probablemente se corresponda con la voluntad del legislador vistos los argumentos de la Exposición de Motivos, esta postura supone graves ataques al derecho fundamental a la libertad de expresión y entra en contradicción con principios penales básicos como el principio de ofensividad y el carácter fragmentario del Derecho Penal. Así, el Derecho Penal protege bienes jurídicos, y no los protege todos sino sólo los más importantes. En este caso se prescinde del bien jurídico, vulnerando el principio de ofensividad. Por otra parte, se suele hacer mención en la jurisprudencia a los efectos que tiene la apología para favorecer delitos terrorismo, y al hecho del daño que implica la manifestación de opiniones favorables al terrorismo. No es cierto que la manifestación de estas opiniones y la justificación o exaltación sean inocuos pero, sin embargo, no por ello deben ser estas conductas castigadas penalmente, porque el carácter fragmentario del Derecho Penal implica que, como instrumento más represivo del Estado, sólo se limitará a combatir las conductas que de formas más intolerable ataquen a los bienes jurídicos más importantes.⁴⁵

Por ello no parece compatible esta interpretación de la apología, la que prescinde de cualquier carácter incitador, con el derecho fundamental a la libertad de expresión, ya que implica una restricción de éste derecho que no parece legítima o justificable en este caso, partiendo del principio de los valores que debe respetar y fomentar un sistema democrático. Y es que debemos recordar, frente a una aplicación extensiva de una restricción a la libertad de expresión, el principio que estableció en una situación de conflicto entre la libertad de expresión y la apología del terrorismo la

45 ALONSO RIMO, A.; “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”; *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, nº 4 (2010), p. 49

STC 159/1986, según el cual “*la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de lo que se extrae 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 a la esencia de tales derechos*”.

c) Interpretación de la apología del art. 578 CP como delito de clima:

Esta interpretación, si bien contempla el art. 578 como delito autónomo, se plantea el problema de encontrar un bien jurídico autónomo, es decir, un objeto de protección, como mínimo necesario para que una restricción de la libertad de expresión esté justificada, de acuerdo con el principio penal de ofensividad y el criterio básico señalado en la STC 199/1987 de que sólo es punible la conducta que tenga capacidad para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que merezcan protección penal.

No en vano, cabe recordar la voluntad con la que se reguló la apología en el CP 1995. La dificultad para interpretar a la apología como un delito autónomo estuvo siempre encabezada por el posible enfrentamiento con las normas que protegen a la libertad de expresión. Se creía que la única forma de dotar este delito de una justificación constitucional era establecer este requisito relacionado con el ánimo de incitar. De esta forma, ya no se trataba sólo de incriminar una mera manifestación de ideas, sino de evitar una invitación a delinquir, atendiendo al bien jurídico que se pretende proteger, y ésta es la concepción que, como hemos visto anteriormente, se impuso con el art. 18 y las interpretaciones anteriores al CP 1995.

La solución que encuentra este sector es contemplar la apología del art. 578 en relación con un bien jurídico autónomo, remitiendo a ideas vagas como el orden público o la paz social o considerando la apología como un delito de clima. Entienden que para resolver el conflicto entre el delito de apología y la libertad de expresión hay que realizar una ponderación de los intereses en juego, y justifican la restricción del derecho fundamental cuando exista un gran interés social, por lo que resultaría legítima la punición de las conductas apologéticas porque se lesiona gravemente el bien jurídico protegido, ya sea la paz social o el mantenimiento del orden constitucional.

Frente a esto, según Mira Benavent realmente ninguno de los dos grupos permite la identificación del bien jurídico protegido con la sanción de la apología, pues no dejan de tener un carácter abstracto e indefinido. Y es que, si bien la apología no es inocua, la referencia a bienes jurídicos tan abstractos como tendencialmente asemánticos como son la paz social o el mantenimiento del orden constitucional resulta problemática si lo confrontamos con una restricción de un derecho fundamental de la importancia de la libertad de expresión.⁴⁶

Aquí no se hace una interpretación literal sino que, en teoría, se exige que la conducta, además de recoger los requisitos que establece el tipo penal, tenga un carácter incitador. Sin embargo, se entiende que bastará con una incitación indirecta, entendida como la creación un una atmósfera o clima social que de forma indirecta favorezca la comisión de delitos de terrorismo, algo vago y difícil de concretar que, por lleva a la inseguridad jurídica y a que no implique una limitación del ámbito de aplicación del tipo respecto a la interpretación literal. Puesto que la creación de un clima proclive a la aceptación del terrorismo no depende de un discurso ni de una conducta concreta y

46 RAMOS VÁZQUEZ, J.A.; “Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo”; *AFDUC*, 12 (2008); p. 783

aislada, se puede igualmente castigar de este modo cualquier manifestación que se considere aunque realmente carezca de carácter incitador para un delito concreto.

A modo de ejemplo, refiriéndonos al caso De Juana Chaos, el Tribunal Constitucional, en el ATC 4/2008, ante el recurso de amparo por la STS 149/2007, sí que, a diferencia del Tribunal Supremo, introduce en la justificación de la restricción a la libertad de expresión que la conducta sí que implicaba una incitación indirecta al terrorismo, entendida como creación de un clima proclive a la violencia. Introduce este requisito para dar una justificación para la restricción del derecho fundamental a la libertad de expresión, pero lo entiende de forma vaga e indirecta y, además, incluyendo en el elemento incitador otro delito como es el de amenazas. De hecho, el TC da por buena la sentencia del TS que no incluía el requisito incitador y que, además, hacía una interpretación amplia del tenor literal de la ley, por lo que se manifiesta que entender la apología como delito de clima o requerir una incitación de carácter vago e indirecta no restringe en nada el tipo.

Por tanto, esta interpretación es también frontalmente contraria al carácter fragmentario del Derecho Penal y vulnera el derecho fundamental a la libertad de expresión al poder servir fácilmente para perseguir a la disidencia política. Así, no resultaría nada ajeno a las interpretaciones que hemos ido viendo el entender que el apoyo a los fines políticos de una organización terrorista puede favorecer el clima de apoyo a las acciones, o el hecho de considerar el momento de creación del clima avanzando la barrera de intervención penal al momento en que se quiera.

Cabe destacar, sin embargo, que ésta es la interpretación de un sector de la doctrina y la postura que parece que ha adoptado el Tribunal Constitucional, a raíz del ATC 4/2008 que hemos visto pero sobre todo de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, referida al art. 607.2 y que declara inconstitucional la conducta típica de difusión de ideas o doctrinas que nieguen el genocidio, no así las que lo justifiquen. Entraremos a analizar las pautas que introduce esta sentencia por la semejanza estructural entre los arts. 578 y 607.2, ya que son supuestos específicos de punición de la justificación de un delito (terrorismo y genocidio), y nos permite intuir por analogía cuál va a ser el futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo.

En este caso el acusado Pedro Varela Geiss, propietario de la librería Europa de Barcelona, en la cual se distribuía, difundía y vendía todo tipo de materiales (documental, material videográfico, libros, publicaciones...) considerados vejatorios para la comunidad judía, con los que se negaba el genocidio y el exterminio de los judíos en los campos de concentración de la Alemania nazi. La Sentencia del Juzgado de lo Penal nº3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998, le condena a 5 años de prisión en concepto de autor de un delito continuado del art. 607.2 y de un delito continuado de provocación a la discriminación y al odio racial. Dicha sentencia fue recurrida en apelación, y la sección tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona decidió, a través de un auto de 14 de septiembre de 2000, presentar cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Se duda en este caso de la inconstitucionalidad del art 607.2 CP respecto al artículo 20.1 CE, en la medida en que el artículo 607.2 constituye un tipo penal autónomo que no puede integrarse con la definición que la apología del delito ofrece el art. 18 CP. Tampoco sanciona la provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos, ya que ésta se encuentra en el art. 510, ni las

asociaciones ilícitas que lo promuevan (art. 515.5), ni los actos preparatorios de éstas (art. 519).

La conducta sancionadora del art. 607.2 CP es la de difundir ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio, por lo tanto el órgano judicial proponente considera la existencia de un conflicto entre este artículo y el artículo 20 CE. La duda de constitucionalidad acerca del art. 607.2 CP reconoce implícitamente las dudas que suscita la constitucionalidad del art 578 CP, ya que se trata de dos preceptos que castigan juicios de valor, expresiones u opiniones sin estar del todo claro cuál es su bien jurídico protegido o si incrementa su peligrosidad. La Sala de la Audiencia entiende que los comportamientos que supongan menosprecio de la dignidad ya están contemplados en otros preceptos y que atacan a derechos fundamentales, así entiende que el bien jurídico protegido no es merecedor de protección penal y que además de su carácter difuso supone un límite a la libertad de expresión.

El precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas, sin exigir la lesión a otros bienes constitucionalmente protegidos, viene a perseguir una conducta amparada por el derecho a la libertad de expresión. En tal sentido no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código Penal, sino que se interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional.

Planteado ésto, el Tribunal Constitucional opta por distinguir entre el inciso referido a la negación del genocidio y el que alude a la justificación de prácticas genocidas.

Por lo que respecta a la conducta de negar un genocidio, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto que la difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuricidad, entra dentro de la libertad de conciencia científica reconocida en la letra b) del art. 20 CE, por lo que su punición vulnera el derecho a la libertad de expresión en esta vertiente. La Sentencia del Tribunal Constitucional declara, por consiguiente, la inconstitucionalidad del delito de negacionismo.

Sin embargo, en cuanto al delito de justificación del genocidio, el Tribunal entiende que la referencia a delitos tan odiosos como es el genocidio permite al legislador, sin que esto suponga un quebranto constitucional, castigar su justificación pública, siempre que tal justificación opere como una incitación indirecta a su comisión. Por tanto, el art. 607.2 penaliza la conducta que de forma indirecta suponga una provocación de genocidio, es decir, el elemento tendente a perseguir objetivamente la creación de un clima social de hostilidad, ya que este puede operar como una incitación indirecta a la comisión de un delito. La conclusión del TC, de este modo, es la siguiente:

“resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas, que aunque no se busque incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, si supone una incitación indirecta a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio”

El fallo de la sentencia, en primer lugar declaró inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen” en el primer inciso del artículo 607.2 del Código Penal. En segundo lugar declaró que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código Penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio interpretado en los términos del fundamento jurídico 9º de la Sentencia. Por último, en tercer lugar desestimó la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

La alusión que realiza el Tribunal Constitucional del genocidio es extrapolable al fenómeno del terrorismo y, tras la sentencia del 7 de noviembre de 2007, las dudas sobre la constitucionalidad del artículo 578 CP parecen disiparse extrapolando lo dicho por el TC sobre el art. 607.2. Así, la constitucionalidad de estas conductas, en este caso de la justificación del genocidio, se deriva de que supone la expresión de un juicio de valor potencialmente lesivo para los bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, en la medida en que, en primer lugar, la justificación “*suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración*” y, en segundo lugar, “*cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación*”⁴⁷

Podría tratarse, en cuanto a estas dos reglas, que fueran distintas o que se trate de las mismas, en función de qué debemos entender por “incitación indirecta”. La segunda regla recoge una provocación débil a la comisión de delitos, concretamente la creación de un clima que los favorezca, por lo que se trata de una incitación débil. Si son reglas distintas podríamos entender que la primera, al hacer mención a una incitación indirecta, se está refiriendo a una incitación encubierta o implícita, siguiendo la interpretación que niega toda relevancia penal a la apología del art. 18, como acto preparatorio genérico⁴⁸

Sin embargo, vista la STC 235/2007 parece que en realidad se está configurando la justificación del genocidio como delito de clima pues, al razonar la inconstitucionalidad del delito de negación del delito, se establece que lo que se pretende evitar son conductas que persigan objetivamente la creación de un clima social de violencia y que sean idóneas para ello, de lo que se extrae que, tomando el tenor literal del art 607.2, la negación del genocidio no cumplía estos requisitos. Así, la sentencia se refiere a la creación del clima proclive a la violencia, por lo que se refiere a ello cuando hace mención a incitación indirecta, siendo por tanto la segunda regla una concreción de la primera, entendida como incitación débil.

Por lo tanto, según el TC el artículo 578 no se regirá con la previsión general contenida en el artículo 18. De este modo, el TC acepta la legitimidad constitucional de tipos penales que castigan conductas que no suponen una provocación directa como exige la regla general del art. 18, y estas excepciones serían un supuesto de provocación indirecta que resultaría punible, que es el delito de justificación del terrorismo, y el delito de justificación del genocidio. Hay que decir que la provocación indirecta a un simple homicidio es impune.

El legislador de 1995 eliminó la provocación indirecta del ámbito de lo punible pero, no obstante, se mediante el art. 578 el legislador lo introdujo pretendidamente para hacer frente al terrorismo con eficacia y objetividad. Lo que se persigue con la provocación indirecta es o bien llevar a las mismas consecuencias el castigo del dolo terrorista o proteger como bien jurídico la propia eficacia de la lucha antiterrorista.

47 STC 235/2007, de 7 de noviembre. FJ 9

48 ALONSO RIMO, A.; “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”; *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, nº 4 (2010); p. 58-59

De esta interpretación surgen varios problemas, desde el sistema probatorio o la utilización de presunciones y el como discernir qué son expresiones de juicios de valor, las adhesiones a unas determinadas ideologías, o cuándo existe un peligro real para bienes jurídicos penales. Como hemos dicho anteriormente, el hecho de introducir un elemento de incitación indirecto no implica en la práctica ninguna restricción de la aplicación del tipo y, de hecho, parece más una forma de justificar a posteriori la restricción de la libertad de expresión que el sentido que realmente tienen estos delitos. No en vano, las sentencias que van en este sentido suelen hacer mención también a otros elementos como son el dolor de las víctimas o a la justificación de hechos muy dañosos para reforzar la fundamentación de estos delitos, dado lo lejano que queda el bien jurídico protegido y la poca probabilidad de que la creación del clima social lleve a la comisión de los delitos concretos.

Además, destacar que el TC parece que ha adoptado la postura interpretativa que entiende la apología del art. 578 como delito de clima, como extraemos de la STC 235/2007 o del ATC 4/2008, pero la jurisprudencia ordinaria, tanto de la AN como del TS, ha interpretado el delito como un mero delito formal excluyendo cualquier elemento incitador, incluso haciendo mención a la STC 235/2007. Esto nos hace ver que, en la práctica, tanto una como otra postura tienen la misma aplicación por lo indeterminado y arbitrario que implica tener como referencia un bien jurídico genérico y vago como son la paz social o el orden pública o como es la creación de un clima social proclive a la violencia, y que la aplicación de la apología desde estas interpretaciones choca contra los principios penales y vulneran gravemente la libertad de expresión.

Por último, estas interpretaciones que alejan la conducta del bien jurídico y que no se contemplan como acto preparatorio se articulan pues como delitos de opinión, ajenos en realidad a la comisión de los delitos de terrorismo, lo que nos plantea también contradicciones desde el punto de vista de la sistemática del Código Penal. Así, el artículo 578 aparece situado en el Código Penal en la Sección 2ª del Capítulo VII del Título XXII, es decir, en la Sección dedicada a los delitos de terrorismo. Sin embargo, si no interpretamos el enaltecimiento como acto preparatorio, nos encontramos con que ninguna de las dos conductas que recoge el artículo son en sí mismas delitos de terrorismo y, refiriéndose a la apología, el Tribunal Constitucional lo destacó ya en la STC 199/1987, en la que se pronunció en relación con un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 9/1984, que pretendía ampliar el régimen de excepcionalidad previsto para los delitos de terrorismo a las conductas de apología. La STC, declarando inconstitucional incluir la apología en este régimen de excepción, establece lo siguiente:

“La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos. Los supuestos que menciona el Abogado del Estado de posible concierto o relación de los apologistas con organizaciones terroristas, son precisamente supuestos en los que se excede del ámbito de la pura apología, pudiendo incluirse, en su caso, en el art. 1.2k) de la propia Ley Orgánica 9/1984. Por todo ello, debe considerarse contraria al art. 55.2 de la Constitución la inclusión de quienes hicieran apología de los delitos aludidos en el art. 1 de la Ley en el ámbito de aplicación de esta última en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales prevista en tal precepto constitucional, es decir, en relación con los arts. 13 a 18 de la Ley Orgánica 9/1984.”⁴⁹

49 STC (Pleno) 199/1987 de 16 de diciembre. FJ 4

Posteriormente, y aplicando este criterio del Tribunal Constitucional y en referencia al art. 578, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el Auto de 23 de mayo de 2002, ya en vigor el delito de enaltecimiento del 578, declarando que no es competente la jurisdicción española para perseguir delitos de apología del terrorismo cometidos fuera del territorio nacional, tratándose en el caso concreto de palabras emitidas en un discurso por Arnaldo Otegi en una ciudad francesa el día del *Aberri Eguna*. La razón por la que no es competente es, según el TC, que la apología no es un delito de terrorismo, y el Tribunal lo argumenta en los siguientes términos:

“En una primera aproximación, la expresión «delito de terrorismo» remite a la rúbrica de la sección 2ª del capítulo V, del título XXII del libro II del Código Penal . Ahora bien, una vez dentro de su articulado, debe operarse con la clave interpretativa contextual de la naturaleza de las infracciones, que ese conjunto de preceptos proporciona.

Así, resulta que el propio artículo 578 Código Penal que el Fiscal señala como infringido distingue con claridad, en ese ámbito y en términos generales, dos formas de delinquir. Una es la constituida por las acciones descritas en los arts. 571 a 577 Código Penal y otra la de enaltecimiento o justificación de las mismas por cualquier medio de expresión pública o difusión.

Con ello, la Ley Penal se hace eco de un criterio cultural y doctrinal consolidado, en virtud del cual se discierne entre lo que son actos y delitos de terrorismo y los que sin pertenecer a esta categoría clasificatoria, es decir, sin ser actos de terrorismo , expresan alguna forma de apoyo o solidaridad moral con los mismos o sus autores, manifestada públicamente. Es lo que se designa como apología; y la diferencia es tan clara que mientras la primera clase de acciones se ha perseguido y se persigue siempre en todas sus modalidades, la segunda a veces es impune y con frecuencia conoce sólo formas atenuadas de persecución. [...]

Resulta, pues, que la apología, cuando se persigue penalmente, es un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse. De no ser así, esto es, si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo, tendría que ser tratada de igual modo como delito la apología de la apología , lo que conduciría directamente al absurdo.”⁵⁰

Por tanto, el Tribunal Supremo consideró respecto del art. 578 que para calificar a un delito determinado como delito de terrorismo atenderemos, más que a la parte en la que esté sistematizado en la ley, en la verdadera naturaleza jurídica del delito y la conducta, teniendo en cuenta el contexto que nos ofrece la clasificación que establece la Ley. De ahí la distinción entre las acciones de terrorismo y las de solidaridad con éstas o sus autores, que es la apología. A continuación, y teniendo en cuenta este criterio, el tribunal afirma de forma indubitada que el delito de apología del terrorismo no es un delito de terrorismo sino más bien un delito de opinión relacionado con el terrorismo, independientemente del lugar sistemático donde los sitúa el legislador. Así, el mismo TS se vuelve a reafirmar en el Auto de 14 de junio de 2002, pronunciándose sobre el mismo asunto que el anterior Auto tras un recurso de súplica, en el sentido de que el delito de apología del terrorismo es un delito de opinión, que tiene al de terrorismo como referente necesario pero externo, desde el punto de vista del iter criminis. Se trata, así, de un delito, pues, relacionado con el de terrorismo en el plano ideológico y en la perspectiva del bien jurídico de referencia, pero de cuya naturaleza, de

50 ATS de 23 mayo 2002 (RJ\2002\4727)

cuyos rasgos constitutivos, de cuya gravedad no participa, aun cuando exista una convergencia ideal en el plano de los fines.⁵¹ Queda claro pues que, si no entendemos el delito de apología del art. 578 como acto preparatorio sino como delito ajeno a la comisión del delito de terrorismo -siendo ésta la interpretación mayoritaria- ninguna de las conductas tipificadas en el art. 578 son delitos de terrorismo aunque, en el caso de la apología, esté relacionada con el terrorismo, por lo que es una más de las contradicciones que nos ofrece la introducción del art. 578, la voluntad del legislador con esta reforma y la aplicación del precepto que se ha hecho por los tribunales.

d) Apología del art. 578 CP como acto preparatorio:

Frente a las posturas dominantes anteriores, que chocan con los principios penales y con el derecho a la libertad de expresión, parte de la doctrina se ha propuesto interpretar conjuntamente el artículo 578 con la previsión genérica contenida en el art. 18 CP, es decir, exigiendo que las conductas descritas en el primero de los preceptos supongan una provocación directa al delito. Esta interpretación es la más garantista y la que más apariencia de constitucionalidad otorgaría al art. 578, intentando hacer compatible la apología con los principios penales y la libertad de expresión, de acuerdo con la máxima expresada en la famosa STC 159/1986 referente a la fuerza expansiva que cobran los derechos fundamentales ante sus límites.

Así, Del Rosal Blasco adopta en cierto modo esta postura y exige ánimo incitador, que se deduce de la fundamentación jurídico-constitucional de la incriminación de la apología, siendo el elemento subjetivo el que marca el límite con la libertad de expresión. Para la punición de la apología sería preciso que se alabe, elogie o defienda, y además se haga ánimo incitador, o provocador. Ésta sería la nota nuclear sobre la que construir la apología y, si esa incitación se conecta con un delito concreto, aquella, por ende, será siempre un acto preparatorio de éste, recuperando la concepción del CP 1995 de que, para que la apología fuera punible, la alabanza o elogio del delito o de sus autores debe tener carácter incitador suficiente que lo convierta en acto preparatorio del delito concreto.

Sin embargo, interpretar que el enaltecimiento o la justificación del art. 578 exige la incitación a cometer delitos de terrorismo plantea la cuestión de cuál sería entonces el ámbito de aplicación de la apología como forma de provocación del art. 579 y el 18.1, preceptos que contemplan los supuestos generales de actos preparatorios, que sólo resultan punibles cuando están expresamente previstos. Si en la conducta prevista en el art. 578 se exige un elemento de incitación su aplicación resultará entonces muy escasa, lo que conduce inevitablemente a plantearnos si en realidad merece la pena conservar esta figura de la apología incitadora. La sanción de la apología como mero elogio no resulta compatible con los principios reconocidos en un Estado de Derecho pero, si se concibe como una forma de provocación que requiere una incitación directa a cometer delitos, entonces sencillamente la tipificación de la apología no resulta necesaria porque está comprendida y absorbida por ésta; es decir, cuando la conducta delictiva consista en incitar a la comisión de nuevos delitos, ya sea a través del enaltecimiento o de la justificación de una acción delictiva o de cualquier otra forma directa, existe en nuestro ordenamiento una figura que recoge expresamente este

51 ATS de 14 junio de 2002 (Sección 1ª) JUR\2011\222779. FJ 5º

supuesto que es la de la provocación definida en el primer párrafo del art. 18, y lo mismo sucede si la tipificación de estas conductas responde a su posible contenido ofensivo o injurioso o de atentado contra la integridad moral. También en este caso existen suficientes instrumentos en nuestro ordenamiento punitivo. En cuanto a la vía de considerar la apología como una incitación «indirecta», como hemos visto supone un caso de interpretación extensiva a la que se opone el propio contenido del art. 18.

La interpretación que se ha buscado para compatibilizarlo todo de acuerdo con el respeto a los principios penales y al derecho a la libertad de expresión es el contemplar el art. 578 como apología provocadora, en relación con el art. 18, de la forma siguiente. Se trataría de una apología animada por una finalidad de incitar a la comisión de acciones terroristas y ser apta para ello, resultando un acto preparatorio que tendría como fundamento el riesgo de realización de futuros delitos de terrorismo⁵². Esta interpretación parte de que el art. 18 deja sin relevancia penal a la apología entre los actos preparatorios en los delitos en los que éstos son punibles, ya que para que se requiere que la apología implique una incitación directa. Como hemos dicho antes, si entendemos por la incitación directa que exige el art. 18 la incitación explícita -es decir, no implícita o encubierta- queda sin relevancia penal la apología al ser ésta, por su naturaleza, encubierta. Aún siendo apología provocadora, al ser indirecta -en el sentido de encubierta o implícita- no se castigarían por el art. 18. Sí que se castigarían, en cambio, las manifestaciones de apología provocadora por el art. 578, ya que si entendemos que requiere una incitación indirecta y consideramos indirecta el hecho de ser implícita o encubierta, castigaríamos la apología provocadora como enaltecimiento del terrorismo, apología que con la concepción actual mayoritaria se castigaría con el art. 18 en relación con el 579.1. Se reduciría así el ámbito de aplicación del tipo y el castigo penal iría encaminado a proteger un bien jurídico concreto, ya que se pretende evitar el delito concreto castigando la provocación fuerte construida implícitamente a partir de una apología.

Adoptando esta interpretación desaparecería el solapamiento entre figuras al distinguir de forma clara las dos conductas. Por una parte tendríamos la conducta de provocación directa y explícita del art. 18 en relación con el art. 579.1, castigada normalmente con mayor pena por tener un mayor contenido de injusto derivado de una mayor capacidad de incitación y, por tanto, una mayor peligrosidad para el bien jurídico. Por otro lado tendríamos la apología provocadora del art. 578, que por lo general tendría una pena menor derivada del menor contenido de injusto y la menor peligrosidad para el bien jurídico que implica el no tratarse de una provocación directa sino estar construido el discurso a partir de la apología.

Dejaría así de ser típica la apología de la apología, que es posible actualmente según el tenor literal de la ley. Sí que sería delito la provocación explícita del art. 579.1 para cometer una apología provocadora del art. 578, es decir, podría ser delito la provocación explícita a cometer una provocación mediante el enaltecimiento, pero no sería típico el simple mensaje enaltecedor, que es lo que se extrae de la jurisprudencia analizada hasta ahora.

El delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 como provocación implícita requeriría, como acto preparatorio, cumplir una serie de requisitos. Según Alonso Rimo, el enaltecimiento o justificación exigen una firme voluntad dirigida a que otros cometan uno o varios delitos de terrorismo y que, además, sean manifestaciones idóneas para ello. Por tanto, la provocación debe ir dirigida a que se comenten delitos concretos de terrorismo y no a crear un clima social proclive al

52 ALONSO RIMO, A.; “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3º Época, nº 4 (2010); p. 64

terrorismo o a la violencia y, además, tendríamos que analizar el contexto, las circunstancias y los destinatarios en cada caso para valorar si las manifestaciones apologéticas provocadoras son idóneas para incitar a la comisión de delitos de terrorismo, cuestión en cierto modo acorde con los criterios utilizados por el TEDH y vistos anteriormente.

No se configuraría el delito de enaltecimiento del art. 578 como delito formal ni como delito de clima dadas la vulneración de los principios penales que implican tales interpretaciones y, en cambio, se acabaría con el doble nivel de apología para reducir su relevancia penal y limitarla a la apología provocadora en los arts. 578 y 607.2, de acuerdo con los principios penales y las exigencias de la libertad de expresión y de una sociedad democrática.

Algunas voces han argumentado que al fin y al cabo se trataría de una interpretación *contra legem* ya que, según autores como Cuerda Arnau⁵³ o Ramos Vázquez⁵⁴, contradice el texto de la ley y la voluntad del legislador. Sin embargo, en el caso del art. 607.2 ya el TC ha exigido requisitos que no se encuentran en la literalidad de la ley, como es el requisito de una incitación indirecta que se corresponde con la creación de un clima social de violencia, por lo que no es nada nuevo exigir requisitos que no se encuentran expresamente en la ley, y más cuando se trata de normas restrictivas de derechos fundamentales que, además, tampoco ofrecen seguridad jurídica ni un bien jurídico relevante que justifique la vulneración de la libertad de expresión.

4.2.5 Modificación del art. 579.1 CP por la LO 5/2010: Un nuevo delito de provocación al terrorismo

Por último, la reforma LO 5/2010 introduce un nuevo párrafo en el art primero del art 579, que establece lo siguiente:

“Cuando no quede comprendida en el párrafo anterior o en otro precepto de este Código que establezca mayor pena, la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión, será castigada con la pena de seis meses a dos años de prisión.”

Con este añadido se trata de criminalizar un supuesto de provocación impropia a la comisión de cualquier delito de terrorismo. Se trata de la previsión de un nuevo acto preparatorio subsidiario, una especie de “cláusula de cierre”, inconcebible desde el punto de vista de los principios penales, para el caso de que la conducta no reúna los requisitos de la provocación, conspiración o proposición, o no quepa subsumirla en otro precepto del Código. Se tipifica pues una “provocación” que no es provocación -en el sentido de incitación directa a la comisión de delitos-, pues basta con provocar, alentar o favorecer la perpetración.⁵⁵

En la Exposición de Motivos de la Ley se argumenta este nuevo tipo penal en cumplimiento de la

53 CUERDA ARNAU, M. L.; *Terrorismo y libertades políticas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008; p. 34

54 RAMOS VÁZQUEZ, J. A.; “Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del del terrorismo”; *AFDUC*, 12 (2008); p. 784

55 GARCÍA ALBERO, RAMÓN; “Comentario a la reforma de los delitos de terrorismo de los arts. 572 a 579 CP”; *Monografías*; Editorial Aranzadi, Julio de 2010; p. 6

Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre, enfocada como herramienta a nivel europeo contra el terrorismo internacional de carácter islamista y que introduce la tendencia de adelantamiento de la intervención del Derecho Penal que se ha producido en los últimos años. Así, la reforma que introdujo esta normativa europea que ha motivado, según el legislador español, la modificación del art. 579, es el entender como provocación a la comisión de un delito de terrorismo la conducta siguiente:

“...la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos”

En primer lugar, aunque el legislador haya motivado de esta forma la modificación que introduce la LO 5/2010, lo cierto es que la normativa iba encaminada a los estados que no tenían una legislación antiterrorista. En el caso del Estado español no sólo tiene una normativa antiterrorista sino que, antes de la modificación, ya superaba con mucho las exigencias de este instrumento en cuanto a normativa antiterrorista. Además, en la Decisión Marco de 2008 se establece expresamente que *“nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar derechos o libertades fundamentales tales como la libertad de expresión”*, y además añade que *“la 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.”*

Por tanto, no tiene ningún sentido que el legislador español justifique el añadido del art. 579 en la aplicación de este instrumento europeo, y más cuando se ha introducido de forma incoherente en la legislación teniendo en cuenta la apología del artículo 18 y el enaltecimiento del art.578, quedando como “cláusula de cierre” respecto a las otras, algo que choca con los principios penales básicos.

Así, el añadido del art. 579 castiga la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la comisión de delitos de terrorismo generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión, siempre que no se castigue por otro precepto. El Preámbulo de la LO 5/2010 dice respecto a la introducción de este delito lo siguiente:

“En la misma línea apuntada por la normativa armonizadora europea, se recogen en el primer apartado del artículo 579 las conductas de distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes o consignas 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; si bien, tal y como exigen la Decisión Marco y el Convenio del Consejo de Europa sobre terrorismo, tales conductas deberán generar o incrementar un cierto riesgo de comisión de un delito de terrorismo.”

En la Decisión Marco los mensajes que se castigan son los destinados a inducir a la comisión de delitos, mientras que en el 579 son los dirigidos a provocar, alentar o favorecer los delitos aumentando el riesgo de su comisión. Además, el legislador nos dice que no deben llegar

necesariamente a constituir resoluciones manifestadas de delito sino acreditarse como medios aptos para ir generando el caldo de cultivo en el que madure la decisión ejecutiva de cometer el delito. Por tanto, no se trataría de una provocación sino más bien de un delito de clima. Se requiere un elemento incitador y la creación de un riesgo para el bien jurídico pero se configura de forma amplia, no exigiendo un peligro concreto de comisión de delitos sino un peligro abstracto, castigando conductas como pueden ser una mera incitación a la adhesión ideológica, algo que en opinión de Cancio Meliá “*significa incluso menos que la apología o la justificación*”.⁵⁶ Por tanto, plantea serios problemas de seguridad jurídica y de compatibilidad con la libertad de expresión dada su poca concreción. Además, la existencia de otros preceptos relativos a conductas similares hacen que sea muy difícil que este delito se de en la práctica y, si se da, castigaría conductas que no castigan el art. 18 ni el art. 578, lo que llevaría a castigar meras opiniones lejanas al bien jurídico, adelantando la punición penal a niveles insostenibles desde el prisma del respeto a los derechos fundamentales. Si tenemos en cuenta, además, las interpretaciones que jurisprudencialmente se han ido imponiendo del art. 578, configurándolo también como delito formal o de clima, parece difícil imaginar qué puede castigar el nuevo añadido del 579 como no sea la mera discrepancia.

Sin embargo, nos encontramos ante una importante contradicción derivada de la introducción incoherente e innecesaria de esta normativa. El delito tipifica una conducta de difusión pública que genera o incrementa el riesgo de la efectiva comisión de delitos, de cualquier delito de terrorismo. No basta pues con la intención de provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquier delito. Luego habrá que acreditar que efectivamente, suprimido mentalmente el mensaje o la consigna, decrecería o desaparecería el riesgo de comisión del delito mismo. Esto, la exigencia de un riesgo de comisión efectiva de los delitos contrasta con la argumentación del legislador contemplándolo como un delito de clima.

El problema es que las conductas de apología tipificadas en el art 578 CP, si se interpretan literalmente (como lo ha hecho la jurisprudencia ordinaria), por lo general no exigen semejante comprobación de riesgo, por lo que se produce la paradoja de que el 579.1 CP, exigiendo más contenido de injusto según las interpretaciones dominantes del art. 578 (peligro de comisión de delitos de terrorismo), está concebido penológicamente como infracción de menor gravedad. La conducta del 579.1 está relacionada con el bien jurídico que pretende proteger, aunque en la práctica se haga una interpretación vaga de esto, mientras que con el tenor de la ley del 578 y las interpretaciones que se han venido realizando no se exige éste peligro para el bien jurídico, siendo la pena del art. 578 mayor. No tendría sentido, si exigimos carácter incitador a la “provocación” del art. 579, no exigir ese mismo carácter incitador y la exigencia de un riesgo de comisión efectiva del delito a la apología del art. 578, con una pena mayor. Algunas voces han afirmado que esto podría llevar a replantear la interpretación e incluso la formulación legal de los arts. 18.1 y 578 CP y a recortar en general el margen de criminalización de la apología.⁵⁷

La existencia de contradicciones importantes y de la aplicación arbitraria de medidas restrictivas de derechos es el resultado de impulsar reformas penales con finalidad simbólica y para legitimar la propia lucha antiterrorista, así como de fundamentar el endurecimiento de la ley penal y la

56 CANCIO MELIÁ, M.; “Delitos de terrorismo”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. cit., p. 530

57 ALONSO RIMO, A.; “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”; *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3ª Época, nº 4 (2010), p. 79

restricción d derechos fundamentales en sentimientos de “indignación” de la sociedad y no en los bienes jurídicos que cabe proteger. La reforma del año 2010 en cuanto a la conducta apologética resultaba inútil en la práctica e innecesario en cuanto a la normativa europea, y si lo que se pretendía era recoger cualquier conducta de este tipo a la que no llegaran el art. 578 y el art 18 resulta directamente inconstitucional al atentar contra los principios penales más básicos. Esto lo expresa Bernal del Castillo argumentando porqué considera que el añadido del art. 579 debe suprimirse, si bien la reflexión es aplicable a todo las modificaciones legales en materia de apología del terrorismo y a la interpretación que se ha realizado de éstas:

“En Derecho Penal no sirve de excusa frente a este tipo de críticas el efecto simbólico o impacto beneficioso que pudiera producir un delito de esta clase. Por ello, más importante que la crítica de la falta de necesidad de ese nuevo delito es la inseguridad que genera al definir la conducta típica en términos vagos e inconcretos, con referencia a conceptos tan imprecisos como la posibilidad de generar un peligro de que con la divulgación de doctrinas terroristas se produzcan atentados o algún delito de terrorismo. El efecto de luchar contra las nuevas formas del terrorismo islamista no justifica que la aplicación de este nuevo delito genere un peligro próximo de lesionar otros derechos legítimos, sobre todo los de libertad de expresión e ideológica [...] La conclusión es evidente: [...] debe suprimirse en una futura iniciativa legislativa el nuevo delito del párrafo segundo del artículo 579.1.º del Código Penal español.”⁵⁸

Y es que, si bien se puede buscar una interpretación de las leyes existentes sobre apología del terrorismo que respeten el máximo posible los principios penales, lo cierto es que la propia voluntad del legislador y los propios preceptos son los que establecen una legislación antiterrorista que vulnera de forma ilegítima derechos fundamentales básicos como la libertad de expresión. Es cierto que, ya con el texto de la Ley, se debe intentar realizar una interpretación garantista de derechos fundamentales de acuerdo con los principios penales, pero la solución para los problemas que implica están en la propia ley y en la punición de estas conductas para la criminalización de opciones ideológicas disidentes. Por ello vemos como parte de la doctrina pide que se derogue el añadido del art. 579, pero también respecto a la apología del art. 578 se ha pedido su supresión desde diversos sectores por los problemas que plantea.

4.2.6 Aplicación actual del delito de apología

Por último, se podría pensar que, aunque no por ello resultara más legítimo, la aplicación desmedida de este tipo de delitos y los mayores conflictos con la libertad de expresión tenían lugar en España cuando el problema del terrorismo era un peligro patente, o al menos cuando así se percibía por la sociedad, es decir, cuando “el enemigo” a combatir parecía constituir un peligro real a ojos de la sociedad. Sin embargo, como consecuencia de la criminalización de este tipo de conductas, continúan sucediéndose imputaciones y sentencias sobre delitos de apología del terrorismo. Este “fantasma que recorre el Derecho Penal”, en palabras de Vives Antón, continúa estando igual de presente aún cuando el terrorismo, o al menos el terrorismo tradicional representado en España por la actividad armada de ETA, no está en activo desde el año 2011. Si hemos ido comentando

58 BERNAL DEL CASTILLO, J.; “Una visión crítica del nuevo delito de provocación al terrorismo del artículo 579.1.”; *Revista de Derecho Penal*, nº 33, 2011; p. 77 y 78

mediante este informe que es dudoso que exista con la simple apología peligro para el bien jurídico y por tanto es muy difícil que se acaben cometiendo delitos de terrorismo como consecuencia de la mera apología de delitos o de sus autores, más difícil es aún cuando no existe en la actualidad ninguna organización terrorista que pudiera, aún de forma remota, generar la posibilidad de que se cometan delitos de terrorismo.

Por destacar dos ejemplos muy recientes y de una cierta repercusión mediática, podemos hacer mención a la imputación en el año 2011 del rapero catalán conocido artísticamente como Pablo Hasél por un supuesto delito de enaltecimiento del terrorismo en las letras de sus canciones, concretamente en una en la que elogiaba a Manuel Pérez “Camarada Arenas”⁵⁹, dirigente del partido ilegalizado PCE(r), considerado por el Tribunal Supremo el brazo político de la organización armada GRAPO. También podemos destacar la imputación en octubre de 2012 del productor de Pablo Hasél, Marc Falcó “Marc Hijo de Sam”, por enaltecimiento del terrorismo en unos comentarios vertidos en las redes sociales “Facebook” y “Twitter”.⁶⁰ En este sentido, cabe destacar la SAN 2/2012, que condena a un año de prisión al acusado por enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, por unos comentarios en la red social “Tuenti” en agosto de 2009 en las que se elogiaba al asesinato de dos miembros de la guardia civil y, refiriéndose a miembros de los cuerpos de seguridad del estado, manifestaba expresiones como *"mejor volar como los picólos de Mallorca"*; *"un tiro en la nuca y adiós, sean zipaios, picólos, munipas"* o *"una pena que no ardiessen ellos"*.

Por mencionar un último y muy reciente ejemplo bastante representativo, destacaremos también la imputación por el juez de la Audiencia Nacional de Eloi Velasco por un delito de enaltecimiento del terrorismo al director del diario Gara, Iñaki Soto⁶¹, por la publicación en el apartado de opinión de Gara el pasado 15 de agosto de 2012 de una carta en memoria de Maite Pérez por razón del 25 aniversario de la muerte de ella y de Rafael Etxebaste, que fallecieron en 1987 en Donostia al explotar el artefacto que manipulaban. La carta llevaba por título *"25 urte igaro eta gero, Maite zaitugu!"*⁶² (“25 años después, ¡Maite te queremos!”) y estaba firmada por diversos autores por su nombre. Pues bien, en este caso, además de imputarse por apología del terrorismo por un texto más de recuerdo y cariño por la persona fallecida que de contenido apologético, se imputa a los autores y al director del periódico. Esto implica que, además de una posible vulneración de la libertad de expresión, se vulnera claramente el art. 30 CP, que establece que, a la hora de delimitar la responsabilidad por los delitos, se debe seguir de escalonada, subsiguiente y subsidiaria el siguiente orden: en primer lugar, los que realmente hayan redactado el texto. Si no consta autor en el texto, se imputa en segundo lugar a los directores de la publicación o programa en que se difunde. Si éste tampoco consta, se imputará en tercer lugar a los directores de la empresa editora y, como última opción y de no constar los anteriores, se imputará a los editores de la empresa grabadora, reproductora o impresa. En este caso, estando firmada la carta supuestamente enaltecida por los autores de ésta, se imputa tanto a éstos como al director del diario, vulnerando flagrantemente el art. 30 CP y dando muestra de que la arbitrariedad en esta materia llega, incluso a rebasar la ley,

59 <http://www.europapress.es/cultura/musica-00129/noticia-pablo-hasel-libertad-ser-imputado-delito-enaltecimiento-terrorismo-20111005132219.html>

60 <http://www.20minutos.es/noticia/1614386/0/lleida-detenido-mossos/marcfalco-marchijodesam/enaltecimiento-apologia-terrorismo/>

61 <http://www.naiz.info/eu/actualidad/noticia/20121219/el-director-de-gara-citado-como-imputado-en-la-audiencia-nacional>

62 La carta, en euskera, se puede leer en este enlace: <http://gara.naiz.info/paperezkoa/20120816/357496/eu/25-urte-igaro-eta-gero-Maite-zaitugu>

convirtiéndose este tipo de delitos en instrumentos para perseguir a las opiniones políticas discrepantes. Como se ha puesto de manifiesto, se está imputando y condenando por apología del terrorismo conductas como la difusión de la mera discrepancia ideológica u oposición política. Esto se potencia en la actualidad, cuando internet y las redes sociales posibilitan que cualquier persona difunda sus opiniones públicamente. Como hemos visto, existen ya sentencias condenando por apología del terrorismo por comentarios en redes sociales, y se suceden las imputaciones por la supuesta concurrencia de este delito en opiniones de carácter político e ideológico vertidas en estas redes sociales, llegando en ocasiones a criterios incluso absurdos para apreciar la concurrencia o no de la apología, de forma no muy diferente a algunos de los pronunciamientos judiciales que hemos ido analizando.

Así, finalmente debemos recordar las palabras de Vives Antón, según el cual la libertad debe estar en la base de un Estado democrático, por la cual los seres humanos son libres, iguales y autónomos, y ello presupone que determinadas ideas y opiniones puedan ser expresadas sin problemas, ya que de lo contrario estaríamos ante un sistema incongruente. Resulta paradójico por ello que el Estado decida por sus ciudadanos qué clase de ideas puede o no conocer un individuo concreto, negándole por lo tanto la libertad, la autonomía y la racionalidad que el propio ordenamiento presupone, ya que implica falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones. Por ello Vives Antón afirma que el juicio sobre la constitucionalidad del castigo de la apología *“ha de atender a la concreta formulación constitucional de la libertad de expresión”* y *“ha de proyectarse sobre tipos penales concretos aplicados en circunstancias concretas.”*⁶³ En este sentido, cabe destacar que el Grupo de Estudios de Política Criminal, en una propuesta alternativa a la actual regulación de los delitos de terrorismo que elaboró entre 2005 y 2006, propuso la supresión del artículo 578, justificando esto, en lo que respecta a la conducta estricta de apología, en que este delito *“constituye una clara muestra de autoritarismo al criminalizarse actos de opinión o de mera disidencia con el modelo político o social imperante”*,⁶⁴ en el sentido que hemos ido apreciando mediante el análisis de las conductas que se está castigando en la práctica.

63 VIVES ANTÓN, T. S.; “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”. En GÓMEZ COLOMER, J.-L. (COORD.) *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 41 y 42

64 GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL; *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 37

5. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y APOLOGÍA DEL TERRORISMO EN FRANCIA

5.1 Libertad de expresión. Ley de libertad de prensa de 1881

La apología del terrorismo también está regulada en la legislación francesa. Concretamente viene en el art. 24 de la Ley de 29 de julio 1881, sobre libertad de prensa, y plantea, como no podría ser de otro modo, un conflicto con el derecho a la libertad de expresión. La libertad expresión tiene un alcance universal en el mundo, tal como afirma la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, en su artículo 11. Como hemos dicho ya, su formulación influyó sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos y sobre la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.

La libertad de prensa tiene un valor constitucional y una importante función dentro de una democracia, y así lo reconoció en el año 1984 el Consejo Constitucional⁶⁵. La Ley de 1881 regula esta libertad, y con ella se pretende garantizar la libertad de prensa y velar por la independencia de los medios de comunicación, mediante la diversidad de corrientes de las corrientes de opinión y el pluralismo de información. En este sentido se impide, por ejemplo, que un grupo de prensa pueda controlar más del 30% de la difusión de los diarios.

Sin embargo, la ley de 1881 también establece limitaciones en el ejercicio de la libertad de expresión, sobre la base de una ponderación entre los bienes jurídicos de la libertad de expresión, la protección de los ciudadanos y la protección del orden público, debiéndose tratar de limitaciones establecidas de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad.

Así, para proteger a los individuos la ley prevé la protección de los menores contra cualquier texto o ilustración que permita identificarlos, así como la prohibición de publicaciones de carácter licencioso o violento destinados a los jóvenes. Otro límite de la libertad de expresión establecido con el fin de proteger a los individuos es la injuria y la difamación. El artículo 29 de la ley define la injuria como *“toda expresión ultrajante, término de desprecio o invectiva que no contenga la imputación de hecho alguno”*, mientras que para la ley la difamación es *“toda alegación o imputación de un hecho que afecte la honra o la consideración de la persona o del cuerpo al que se imputa el hecho”*.

Por otra parte, la ley recoge limitaciones a la libertad de expresión para el mantenimiento del orden público. Es en estas limitaciones en las que nos centramos en este informe. Estas limitaciones implican el castigo por la ley de la incitación a los crímenes y delitos, la apología de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad y la incitación a la discriminación, el odio y la violencia. Respecto a éste último, existe también un derecho de respuesta introducido por la Ley de 13 de julio de 1990 (Ley Gayssot) para aquella persona que, en un diario o publicación periódica, hubiera sufrido alusiones que supusieran una ofensa a su honra como consecuencia de su pertenencia o no pertenencia a una etnia, nación, raza o religión determinada. También esta ley castiga toda expresión pública de tesis que nieguen la existencia de los crímenes contra la

65 Conseil Constitutionnel, Décision n°84-181 DC, de 11 de octubre de 1984

humanidad cometidos por la Alemania nazi durante la segunda guerra mundial con 5 años de cárcel y 45 000 € de multa, definidos en el anexo al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945.

La Ley de prensa también se aplica a la televisión desde el año 1982, ya que así lo estableció la Ley 82/652 de 29 de julio, de la comunicación audiovisual. Lo que se persigue con las leyes de comunicación audiovisual es garantizar la independencia y el pluralismo de la información, fijando reglas para luchar contra las concentraciones. El artículo 1 de la Ley 86/1067, de 30 de septiembre de 1986, de la libertad de comunicación, establece el ámbito del ejercicio de esta libertad *“por el respeto a la dignidad de la persona humana, la libertad y la propiedad ajena, el carácter pluralista de la expresión de las corrientes de pensamiento y opinión y por la protección de la infancia y la adolescencia, la salvaguardia del orden público, las necesidades de la defensa nacional y las exigencias de servicio público”*.

La Ley 2000/719, de 1 de agosto de 2000, que modifica la ley de 1986, refuerza la diversidad de la oferta audiovisual en cuanto a televisiones y, lo más importante, pasa a considerar internet como un medio de comunicación audiovisual a efectos de la Ley 86/1067. Posteriormente, la ley 2004/575, de 21 de junio de 2004, integró la comunicación audiovisual dentro de la comunicación al público por vía electrónica. Esto es relevante, porque actualmente muchos de los casos que se dan de apología tienen lugar en internet, y muestra de ello es la preocupación de los estados, independientemente de cuál sea el objetivo de las medidas, de controlar este fenómeno⁶⁶. En cuanto a las opiniones expresadas en internet, existen problemas para delimitar su carácter público o privado, por ejemplo en los correos electrónicos o foros de discusión. Respecto a esto, la jurisprudencia reconoce que los correos electrónicos son correspondencia privada⁶⁷, mientras que, por lo que respecta a los foros de discusión, el Tribunale de Grande Instance de Melun⁶⁸ ha considerado que no es en realidad ni público ni privado, sino que más bien está “abierto al público”, en función de las formas de acceso de los usuarios, como puede ser el filtro por el la introducción de cuenta y contraseña, por lo que se entenderá que lo dispuesto en la ley de libertad de prensa es aplicable a las opiniones manifestadas en foros de discusión. Por tanto, es punible la provocación a la comisión de delitos, la provocación a la discriminación y la provocación y apología de delitos de terrorismo, como veremos a continuación.

5.2 Problemática de la apología del terrorismo

a) Naturaleza jurídica de la apología en relación con el terrorismo

Todas las legislaciones antiterroristas de los estados democráticos suponen una injerencia en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en las Constituciones, y obviamente el caso francés no es una excepción. De hecho, no es casual que todas las leyes que se han ido aprobando en materia de terrorismo en Francia se hayan presentado al Consejo Constitucional.

Así, la Ley de 9 de septiembre de 1986, en la que la legislación contra el terrorismo encuentra su

66 <http://www.publico.es/internacional/426791/sarkozy-anuncia-una-reforma-penal-contra-la-apologia-del-terrorismo>

67 CA París, de 16 de enero de 2003, CCE 2003, comm. 99 et obs

68 TGI Melun, 8 de noviembre de 2006, CCE 2006, comm. 41, obs. A. Lepage

fuelle, está sujeta a la decisión de 3 de septiembre de 1986 (N ° 86-213 DC). Desde entonces, la legislación contra el terrorismo se ha completado, por la Ley de 22 de julio de 1996, que siguió a los ataques terroristas contra el suelo francés durante el verano de 1995; la Ley de 15 de noviembre de 2001 sobre la seguridad cotidiana; la Ley de 18 de marzo de 2003 sobre la seguridad interna; la Ley del 09 de marzo 2004 sobre la adaptación de la justicia a la evolución de la delincuencia; y la Ley de 23 de enero 2006 en la lucha contra el terrorismo. Entre todas estas leyes, sólo la de 15 de noviembre de 2001 no ha sido remitido al Consejo, y en cuanto a esta ley tiene mucho que ver el trauma colectivo causado por los ataques del 11 de septiembre.

En la decisión del Consejo de 19 de enero de 2006, el Consejo recordó que el legislador debe procurar un equilibrio entre dos bienes en conflicto. Por un lado, la prevención de daño al público, incluyendo la seguridad de las personas y los bienes, y la búsqueda de los delincuentes, necesarias para la protección de los derechos y principios constitucionales. Por otro lado, el ejercicio de las libertades constitucionalmente garantizadas. Este equilibrio debe lograrse mediante los criterios de necesidad y proporcionalidad.

Refiriéndonos ya a la punición de la apología y la provocación al terrorismo, el fundamento en que se apoya el legislador para castigar la incitación y los actos de apoyo al terrorismo es que no es posible entender el fenómeno del terrorismo sin atender a su dimensión ideológica, ya que el funcionamiento de los delitos terroristas se asienta en la circulación de las ideas que fundan y justifican la actividad terrorista, de ahí el interés represivo de los legisladores en extender la noción de terrorismo a ámbitos más allá de sus estructuras y a castigar ciertos actos de incitación al terrorismo. Sin embargo, en ocasiones esto comporta un conflicto con el derecho a la libertad de expresión que nos lleva a la obligación de que, si se establece una punición para los actos de incitación a la comisión de delitos de terrorismo, ésta figura debe diseñarse de forma restrictiva para respetar el derecho fundamental de la libertad de expresión. Por esta razón en la legislación francesa la incitación al terrorismo se ha inscrito durante largo tiempo dentro del marco del derecho ordinario, manteniéndose por lo general excluida del régimen “de excepción” contra los delitos terroristas. Esto ha sido así tradicionalmente, pero en los últimos años está teniendo lugar en el Derecho francés y, en general, en las legislaciones de los Estados y los instrumentos internacionales, una tendencia enmarcar este tipo de conductas como actos de terrorismo. Como ejemplo sólo hay que recordar la Decisión Marco de la Unión Europea del año 2008 o la propia legislación española, en la que conductas apologéticas se sistematizan formalmente dentro de los delitos de terrorismo.

Así pues, tradicionalmente una incitación a cometer delitos sólo era punible desde la perspectiva de la complicidad, es decir, si se trataba de una participación como cómplice, y sólo se castigaba cuando surtía efecto. Se trata de reprimir los actos de complicidad por ayuda, asistencia o suministro de instrucción por tratarse de un medio de castigar a los individuos que, mediante su comportamiento, favorecen la comisión del crimen y suponen un obstáculo psicológico para el desistimiento del autor.

Quitando el supuesto de la complicidad, la incitación a cometer un delito es irrelevante a efectos penales en el derecho francés, por lo general y salvo excepciones. La incitación a la comisión de delitos supone, según algunos autores, la exteriorización y desarrollo de una idea criminal, y se situaría criminológicamente a medio camino entre la resolución criminal, íntima e interiorizada, y

los actos preparatorios a la comisión del delito.⁶⁹ Para ver si su punición es legítima en un Estado de Derecho tendremos que ponderar los bienes jurídicos en juego, que serían la libertad de expresión por una parte y la prevención de infracciones y, por tanto, protección del orden público, por otra, y esta ponderación se tendrá que basar en los principios de necesidad y proporcionalidad. Este es el criterio que sigue, sin ir más lejos, el TEDH para valorar si una medida restrictiva de la libertad de expresión es legítima o no, el hecho de que sea o no proporcional y necesaria en una sociedad democrática.

Este arbitraje y valoración de los bienes jurídicos ha conducido al legislador francés a admitir, aunque limitando su campo de aplicación, la punición de ciertos actos de provocación cuando se realizan públicamente, siguiendo la idea de que la publicidad dota de un alcance al mensaje que justificaría, según el legislador, la represión en este caso. Estos delitos de provocación se incluyen en la Ley de libertad de prensa de 29 de julio de 1881. En esta ley, en lo referente a la materia de terrorismo, se incrimina la provocación pública, distinguiendo entre la provocación que surge efecto de lo que no lo hace. La primera, recogida en el art. 23, se refiere a la complicidad, mientras que la segunda queda regulada en el art. 24. En ésta última se encuentran tanto la provocación directa a cometer un delito de terrorismo como la apología de estos delitos. La provocación directa se entiende como la provocación tendiente a la realización de uno o varios de los delitos dando las indicaciones suficientes para ello. En cambio, la apología no persigue el objetivo inmediato de conducir a la comisión de un delito, sino que se ejerce por la glorificación de un delito de los enumerados en la ley, entre los que se encuentran los de terrorismo, configurándose como una justificación o aprobación de un crimen o de su autor.

Como hemos dicho, con carácter general en la Ley de 1881 sí que es punible la provocación si cobra el carácter de complicidad, para lo que la provocación pública debe surtir efecto. En cambio, la provocación que no surte efecto o la apología sólo son punibles si existe una disposición expresa que así lo establezca. Esta previsión se introdujo mediante la Ley nº 86-1020, de 9 de septiembre de 1986, relativa a la lucha contra el terrorismo, que lo introdujo en la Ley de libertad de prensa de 1881, castigándose así legalmente la apología de los actos de terrorismo.

Los delitos de terrorismo se encuentran en el Código Penal francés, concretamente en el Título II del Libro IV, entre los arts. 421-1 a 422-7. El artículo 421-1 del Código Penal define el acto de terrorismo por la reunión de dos elementos. En primer lugar, la existencia de un crimen o de un delito tipificado en el Código Penal, delitos enumerados en una lista exhaustiva establecida por el legislador en el artículo 421-1 del Código Penal. Y en segundo lugar, la relación de estos crímenes o delitos comunes que se enumeran exhaustivamente con la intención individual o colectiva de perturbar gravemente el orden público mediante la intimidación o el terror que caracteriza a la circunstancia de terrorismo. La apología y la provocación al terrorismo, para que concurra, ha de referirse a alguno de los delitos de terrorismo contemplados en el Código Penal pero, sin embargo, la provocación y la apología en sí no son delitos de terrorismo y por ello no están regulados en el Código Penal sino en la Ley de Libertad de Prensa. Esto contrasta con, por ejemplo, la legislación del Estado español, en la que se recoge la apología dentro de la parte del Código Penal que castiga los delitos de terrorismo. Por tanto, y en primer lugar, cabe destacar que el legislador no encuadra los delitos de provocación o apología del terrorismo dentro del régimen de delitos de terrorismo establecido con la ley de 1986, quedando regulado en la ley de libertad de prensa, lo que presupone

69 ALIX, J.; *Terrorisme et droit pénal: Étude critique des incriminations terroristes*; Dalloz; 2010; p. 150

una serie de garantías en cuanto a la proporcionalidad y respeto al derecho fundamental a la libertad de expresión superior al de delitos de terrorismo.

Esto es relevante, porque la calificación de terrorista induce a la aplicación de la legislación antiterrorista, que responde de forma diferente la gravedad y la complejidad de la amenaza terrorista, permitiendo la aplicación de técnicas especiales de investigación controlados por un juez. En definitiva, los delitos de provocación y apología del terrorismo se introducen con la Ley antiterrorista de 1986 y son delitos relacionados con el terrorismo, pero no tienen la calificación de delitos de terrorismo ni se les aplica el régimen excepcional de estos delitos.

Esto comporta consecuencias importantes. Así, no seguirán el régimen procesal particular de los delitos de terrorismo sino el cauce procesal ordinario. Además al encontrarse estos delitos en la ley de libertad de prensa, están sujetos a las reglas de prescripción y procedimiento de dicha ley: Los poderes públicos no tienen ya la posibilidad de técnicas especiales de investigación destinados a luchar contra los actos de terrorismo o crimen organizado y el enjuiciamiento de estos delitos en todas las jurisdicciones, poder que se deriva del artículo 43 del Código de Procedimiento Penal (no existe la posibilidad de centralizar las actuaciones judiciales ante el Tribunal de Grande Instance París, como es el caso de los actos de terrorismo). Sin embargo, aunque no sea un delito de terrorismo está relacionado con el terrorismo. Esto ha conllevado que, para mejorar la eficacia de la lucha contra la apología y la incitación al terrorismo del art. 24 de la Ley de 1881, la Sección 706-25-2 del Código de Procedimiento Penal ahora permite a los servicios investigadores específicamente autorizados para este fin participar bajo seudónimo en intercambios electrónicos, ser contactado de esta manera con las personas que puedan ser responsables de estos delitos, y extraer, adquirir o retener de este modo la evidencia y los datos de personas que pueden ser responsables.

b) Normativa y conductas del artículo 24

El artículo 24 de la Ley de libertad de prensa de 1881, en la que se regula la apología y otras formas de provocación, recoge múltiples conductas, algunas de ellas de estructura y naturaleza similar, y las castiga a todas ellas con la misma pena: cinco años de prisión y 45000 de multa. El artículo establece lo siguiente:

“Seront punis de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article précédent, auront directement provoqué, dans le cas où cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet, à commettre l'une des infractions suivantes :

1° Les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne et les agressions sexuelles, définies par le livre II du code pénal ;

2° Les vols, les extorsions et les destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes, définies par le livre III du code pénal.

Ceux qui, par les mêmes moyens, auront directement provoqué à l'un des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation prévus par le titre Ier du livre IV du code pénal, seront punis des mêmes peines.

Seront punis de la même peine ceux qui, par l'un des moyens énoncés en l'article 23, auront fait l'apologie des crimes visés au premier alinéa, des crimes de guerre, des crimes contre

L'humanité ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi.

Seront punis des peines prévues par l'alinéa 1er ceux qui, par les mêmes moyens, auront provoqué directement aux actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du code pénal, ou qui en auront fait l'apologie.

Tous cris ou chants séditions proférés dans les lieux ou réunions publics seront punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe.

Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement.

Seront punis des peines prévues à l'alinéa précédent ceux qui, par ces mêmes moyens, auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal.

En cas de condamnation pour l'un des faits prévus par les deux alinéas précédents, le tribunal pourra en outre ordonner :

1° Sauf lorsque la responsabilité de l'auteur de l'infraction est retenue sur le fondement de l'article 42 et du premier alinéa de l'article 43 de la présente loi ou des trois premiers alinéas de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, la privation des droits énumérés aux 2° et 3° de l'article 131-26 du code pénal pour une durée de cinq ans au plus ;

2° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal. »

Como hemos dicho antes, podemos distinguir entre la punición de la provocación que causa efecto y la que no lo hace, y esta última es lo que recoge el art. 24, enumerando una serie de conductas que tienen como denominador común su carácter provocador. A continuación veremos ejemplos de algunas de estas conductas y cuál es la aplicación en la práctica para poder entender a qué tipo de provocación se refiere esta ley.

Así, el delito de provocación a cometer destrucciones, degradaciones o deterioro peligrosos voluntarios por las personas (24.2º) lo encontramos, por ejemplo, en el caso del director de una publicación de un sitio de internet en el que se publicó un texto titulado “*c'est beau une prison qui brûle*” (“es bella una prisión que arde”). En este caso se consideró que el texto incitaba a la comisión de sabotajes, incendios voluntarios y degradaciones en los establecimientos penitenciarios, utilizando términos violentos para crear actos de revuelta y de destrucción, según la Sentencia del Tribunal de Apelación de París del 22 de marzo de 2007 (Juris-Data nº332258). Para la jurisprudencia, y en criterio del Tribunal de Apelación de Rouen de 14 de diciembre de 2005, a propósito del contenido de unas canciones de rap (CCE 2006, comm. 102, obs. A. Lepage), la infracción de provocación directa a la comisión de un delito “*coloca a los oyentes o lectores en un estado de la mente que conduce a la infracción y es necesario que el autor, cualquiera que haya*

sido su motivo y objetivo final, haya estado animado por la voluntad de crear un estado de la mente conducente a suscitar este ataque voluntario o aún simplemente consciente de que las proposiciones que contenían los escritos que estaba difundiendo pudieran incitar a alguien a cometer un delito.” Esta definición conduce a considerar que el elemento intencional del delito de provocación directa a la comisión de un delito consiste en la voluntad del autor, independientemente de su motivo y objetivo final, de crear el estado de la mente dirigido a cometer el delito⁷⁰ o, según el Tribunal correctionnel de París en la sentencia del 15 de abril de 1986 (RSC 1987. 209, obs. P. Bouzat), *“la provocación es una maniobra consciente diseñada para excitar las mentes y crear la mentalidad que llama al delito”*.

Respecto al delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia por razón de etnia, nación, raza o religión, la jurisprudencia ha entendido que concurre este delito, por ejemplo, por la difusión en el sitio de internet de un ayuntamiento de la decisión tomada por el alcalde de boicotear productos israelitas, acompañada de un comentario militante, entendiéndose que de multiplicarse los destinatarios del mensaje es probable que llevara a comportamientos discriminatorios. También cabe destacar la sentencia de la Cámara criminal del Tribunal de Casación nº 05-86690, de 20 de junio de 2006, en la que consideró que existía provocación a la discriminación racial en algunas publicaciones del sitio de internet www.musulmanesonline.com.

c) Conductas apologéticas: Naturaleza, elementos y modalidades

La apología no provoca de forma directa a la comisión de un delito, sino que se trata de una incitación indirecta, construyéndose el discurso mediante la glorificación, justificación o aprobación de unos delitos o de sus autores. El artículo 24 de la ley de libertad de prensa distingue por una parte entre la apología de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes y delitos de colaboración con el enemigo; y, por otra parte, la provocación y apología de actos terroristas. Si bien el objeto de estudio de este informe es la apología del terrorismo, la estructura y la naturaleza de algunas de estas conductas es similar, y los criterios tanto de la jurisprudencia francesa como del TEDH son aplicables en gran parte a una diversidad de tipos de conductas dependiendo de la situación concreta. Cabe destacar de nuevo que la pena con la que se castiga es la misma para todas las conductas del art. 24, ya sean conductas de provocación directa o de apología. Esta pena es de cinco años de prisión y 45000 euros de multa.

En primer lugar, cabe decir que tanto la apología de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y delitos de colaboración con el enemigo, como la apología de actos de terrorismo, requieren de tres elementos. Estos tres elementos son: 1º la existencia de la apología de los delitos mencionados o de sus autores, 2º la publicidad de esta apología, y 3º el elemento intencional asociado a ello. La jurisprudencia ha destacado que la apología no es un sinónimo de elogio ni de provocación directa.⁷¹ Respecto a la diferencia con esta última, tienen elementos constitutivos diferentes y, como hemos repetido ya, la apología no tiene porqué ir seguida de efecto, quedando

70 Crim. 29 de octubre de 1936, Bull. Crim. Nº 104

71 Crim. Nº 03-82832 de 7 diciembre de 2004, Gaz. Pal. 2005, nº 152, p. 24; Crim. de 11 febrero de 1954, Bol. Crim. Nº.71

constituido el delito cuando la apología se presenta bajo forma indirecta.⁷²

Respecto a qué es la apología, la Sentencia de la Cámara Criminal de la Corte de Casación de 2 noviembre de 1978 (Bull.crim. Núm 294), considera, como ejemplo, que constituye una apología del crimen de robo la publicación de un artículo que, lejos de limitarse a relatar un robo de naturaleza criminal, lo presente como una hazaña digna de aprobación, expresando el deseo de que su autor se vea libre de toda sanción. En ocasiones es necesario un juicio de valoración para ver si una determinada manifestación está amparada por la libertad de expresión y de información o si, por el contrario, constituye apología y ataca bienes jurídicos de forma relevante, lo que lleva a conflictos con algunos de los derechos fundamentales que el TEDH ha tenido que resolver en numerosas ocasiones. No son pocos los casos de estas características en los que se demanda al Estado amparándose en una vulneración de la libertad de expresión. Así, por destacar algunas sentencias, el TEDH se ha pronunciado en los últimos años respecto a asuntos relacionados con Francia en los casos Orban y otros, de 2009; Lehideux e Isorni, de 1998; Garaudy, de 2003; Lindon y otros, de 2007; Ediciones Plon, de 2004; Leroy, de 2008; o el caso Mamère, de 2006.

El primer elemento es la existencia de la apología de dichos delitos. La apología puede ser del delito o de sus autores, ya que se entiende que la exaltación de un hombre, cuando se hace por hechos que constituyen uno de los crímenes caracteriza el delito de apología, es la apología de dicho crimen.⁷³

En el caso de la apología de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y delitos de colaboración con el enemigo, veremos a qué crímenes se debe referir. En cuanto a los crímenes de guerra, no se definen por el derecho interno sino por el derecho internacional. Si atendemos al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se definen como las infracciones graves de las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Los crímenes contra la humanidad, por su parte, son los definidos en los arts. 211.1 a 213.5 del Código Penal francés, mientras que los delitos de colaboración con el enemigo se derivan de la calificación de las inteligencias con una potencia extranjera prevista por los arts. 411.4 y 411-5 del Código Penal.

En cuanto a la apología de delitos de terrorismo, consiste en actos que expresan una forma de apoyo o solidaridad moral con los delitos de terrorismo o sus autores, entendiendo por delitos de terrorismo los previstos por el Título II del Libro IV del Código Penal (Título del Código Penal francés donde se encuentran los delitos de terrorismo). Junto a la apología se castiga a quien provoque directamente actos de terrorismo, entendiendo la provocación, como hemos dicho ya, como una maniobra consciente para excitar o estimular las mentes y crear la mentalidad que llama al delito⁷⁴.

El segundo elemento requerido es el de publicidad. La ley exige que la apología se manifieste por los medios que enumera el artículo 23, a saber, mediante *discursos, gritos o amenazas pronunciadas en lugares públicos o en reuniones públicas, o por medio de escritos, grabados, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes u otros soportes de la escritura, el habla o imágenes vendidas o distribuidas, puestas en venta o exhibidas en lugares o reuniones públicas, o por pancartas o carteles expuestos a la vista del público, o por cualquier medio de comunicación*

72 Crim., de 11 de julio de 1972, Bull. Crim. n° 236; París, 25 de febrero de 1959, D. 1959. 552

73 Crim de 22 de agosto de 1912, Bull. Crim. N° 46; Crim. 24 de octubre de 1967, Bull. Crim. n° 263

74 Tribunal correctionnel de París, 15 de mayo de 1986 (RSC 1987. 209, obs.)

al público por medios electrónicos. Mediante diversas leyes se ha ido actualizando el gran abanico de medios que contempla para hacer la legislación acorde a los nuevos medios de publicación y comunicación social que han ido apareciendo.

En ocasiones se plantean problemas en el ámbito de internet, ya que contempla múltiples posibilidades y, como hemos comentado anteriormente, no siempre está claro qué opiniones se manifiestan en un espacio público y cuáles lo hacen en un espacio privado, atendiendo a la problemática de los sitios webs, los blogs, los comentarios, las redes sociales o los foros de discusión. También se producen problemas en este sentido en cuanto al ámbito limitado del Derecho estatal y el tráfico transfronterizo e instantáneo de información que se produce en internet. Podemos destacar un ejemplo en este sentido, concretamente en un supuesto de apología de crímenes de guerra. Es el caso de una empresa sometida al Derecho de EEUU con un sitio web, con una empresa filial regida por el Derecho francés, que propuso a sus internautas un sitio de venta y subasta de objetos nazis. El Tribunal de Grande Instance de París, en sentencia en fecha 26 de febrero de 2002 (Juris-Data nº 169041) estableció que la puesta a disposición del público de un sitio de venta y subasta de objetos nazis, pudiéndose ver y recibir en el territorio nacional francés y a la que el usuario puede acceder, caracteriza el elemento de publicidad que exige el delito de apología de crímenes de guerra, sin necesidad de que el usuario sea requerido por el propietario del sitio web. En el mismo asunto, el Tribunal de apelación de París, en sentencia del 17 de marzo de 2004 (Juris-Data nº 169041), afirmó que la publicidad queda caracterizada en Francia en este caso por la difusión continuada de estos contenidos en Francia. También consideró que la información no se emitió en el sitio web extranjero sino más bien en la persona de cada usuario internauta. Otro ejemplo similar se dio en la sentencia de la Corte de Apelación de París 2005-27-7527, de 6 de abril de 2005, en la que se le atribuye apología de crímenes de lesa humanidad al creador de una página web de ventas y subastas en la que se propuso una subasta de objetos nazis incitando a los usuarios a pujar el precio más alto por los símbolos nazis.

En cuanto a la apología del terrorismo, con las nuevas tecnologías y medios de comunicación la provocación y la apología del terrorismo se ha venido produciendo y reproduciendo también a través de internet, y al efecto debemos destacar los casos relacionados con el terrorismo internacional de carácter fundamentalista islámico.

Éstos, junto a las referencias a los correos electrónicos y los foros de discusión, son una serie de criterios que se van adoptando jurisprudencialmente, pero en el ámbito de internet es un hecho que genera en ocasiones problemas al no estar siempre claros los diferentes ámbitos y, además, es un campo donde tiene lugar un intercambio ilimitado de información y se ha convertido en un medio de difusión muy importante, además de que en ocasiones prevalece el anonimato y pone más medios que permiten favorecen la proliferación de conductas de este tipo.

El tercer elemento de la conducta es el elemento intencional asociado a la conducta. El Tribunal de Casación, en la sentencia nº 03-82832, de 7 de diciembre de 2004, ha precisado que *“la intención culpable se deduce del carácter voluntario de la conducta delictiva”*.

Cabe destacar, en cuanto a la apología de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y delitos de colaboración con el enemigo, diversas sentencias en las que se hace mención al elemento intencional. Así, teniendo en cuenta sentencias como la de la CA de París de 11 de septiembre de 2002 (Juris-Data nº204662) o la del TGI de París de 8 de febrero de 2008 (Légipresse de junio de

2008, Act. N° 252, p. 86), constituye apología de crímenes de guerra el hecho de negar el genocidio judío durante la Segunda Guerra Mundial, siempre y cuando lo que se haga no sea una simple observación sino una justificación del genocidio trivializando su carácter criminal y mostrándolo como consecuencia inevitable de la guerra, rechazando la responsabilidad por las acciones sobre las víctimas.

Como ejemplo, la sentencia del Tribunal Casación de 11 de febrero de 1954, (Bull. Crim. N° 71), que consideró que concurría apología en la publicación de un libro en el que el autor se esfuerza por justificar los homicidios y asesinatos de los nazis en la segunda guerra mundial, argumentándolo en la intención de crear confusión y llevar a los lectores a un juicio moral favorable a sus postulados. Otra sentencia del Tribunal de casación, en la sentencia del 14 de enero de 1971 (Bol. Crim. N° 14) argumentó que existía un intento de justificación parcial de los crímenes nazis derivado de la publicación del texto, que incitaba a cualquier lector a juzgar favorablemente a los dirigentes del partido nazi condenados como criminales de guerra.

Respecto a la apología de delitos de terrorismo, consiste en actos que expresan una forma de apoyo o solidaridad moral con los delitos de terrorismo o sus autores. Como ejemplo en Francia, podemos destacar la sentencia del Tribunal correccional de París condenando a Carlos a una pena de multa de 5000 euros por apología pública de actos de terrorismo durante una entrevista para el programa “Secrets d'actualité”, del canal de televisión M6, difundida el 7 de marzo de 2004. Carlos, de nombre Ilich Ramírez, es un terrorista mundialmente famoso que ha sido condenado en varias ocasiones por asesinatos y actos de terrorismo. Pues bien, en este caso concreto el Tribunal consideró que Carlos presentó los actos terroristas que causaron la muerte de personas como algo lícito y necesario por las palabras “*Je ne vais pas dire que j'étais la main de Dieu dans certains cas, non, mais dans la guerre licite on est autorisé à prendre la vie si nécessaire*”. Posteriormente el tribunal de Apelación consideró que no había apología del terrorismo y absolvió, al considerar que, por el alcance y significado, no concurrían los elementos materiales del delito.⁷⁵

Cabe destacar, también, un caso que posteriormente llegaría al TEDH, que es el de un dibujante de la publicación Ekaitza, de nombre Denis Leroy, condenado por apología del terrorismo por un dibujo el 11 de septiembre de 2001 que simbolizaba el atentado a las Torres Gemelas con el escrito “*Todos nosotros hemos soñado con ello... Hamás lo ha hecho*”. La semana siguiente a la publicación de la viñeta, el semanario dedicó una página con la publicación de extractos de cartas y correos electrónicos recibidos en reacción al dibujo y un artículo expresando el apoyo al dibujante, así como una reacción del demandante en la que manifestaba que no tuvo en cuenta el dolor humano ni la repercusión. Según el autor, con el dibujo pretendía parodiar un eslogan publicitario de la marca “Sony” y representar la destrucción del imperio americano. Algunos encontraron peligrosa la afirmación de la culpabilidad de Hamás. El Tribunal correccional de Bayona, en sentencia de 8 de enero de 2002, consideró que el dibujo y la frase dan un sentido maravilloso a un acto de muerte, y que cabía pronunciar una pena adaptada al trastorno causado al orden público en una región especialmente sensible al terrorismo, condenando a Leroy por complicidad de apología del terrorismo y al director del periódico por apología de terrorismo, con una multa de 1500 euros cada uno, la publicación íntegra de la sentencia a su costa en Ekaitza y otros dos periódicos y al pago de costas con arresto subsidiario en caso de impago.

75 CA París, 28 de marzo de 2007

El demandante impuso un recurso invocando una discriminación, ya que en la misma época el programa de televisión “*Les Guignols de la información*” habían parodiado la misma publicidad y no había sido objeto de diligencias por las autoridades locales. El Tribunal de apelación de Pau, en la sentencia 24 de septiembre de 2002, confirmó la sentencia correccional, argumentando que las motivaciones personales son ajenas al proceso y que da igual que no quisieran atentar contra la memoria de las víctimas y al dolor de las familias, y que el dibujante justificó el recurso al terrorismo añadiéndose mediante el uso de la primera persona del plural a este medio de destrucción, presentando como la consecución de un sueño y animando al lector a valorar positivamente el éxito de un hecho criminal. Por ello consideró que se reivindicaban en forma de apología la eficacia del modo terrorista y el carácter benéfico de sus efectos, y que se trataba de una limitación necesaria de la libertad de expresión para la seguridad pública, la defensa del orden, la protección de derechos ajenos y la prevención del delito.

El demandante interpuso recurso de casación defendiendo el “*derecho a difundir, mediante un dibujo, una opinión que no es compartida por la mayoría, o una opinión susceptible de ofender o conmocionar*” y decía además que nunca había sido su intención atribuir un carácter benéfico al terrorismo. La fiscalía rechazó el recurso sin comunicar al demandante las razones por las que se rechazaba. El tribunal de casación estimó que la motivación del tribunal de apelación de paz era pertinente y suficiente para demostrar el delito de apología del terrorismo, y que el tribunal de apelación sí que había demostrado que el delito era necesario en una sociedad democrática.

El TEDH⁷⁶ se pronunció en este caso dando la razón al estado francés, ya que según el tribunal la obra no critica el imperialismo americano, sino que apoya y glorifica su destrucción por medio de la violencia. Para el Tribunal el demandante expresó su apoyo y solidaridad moral de los presuntos autores y juzgó favorablemente la violencia perpetrada con miles de civiles y atenta contra la dignidad de las víctimas. El Tribunal consideró que el dibujo fue publicado el 13 de septiembre y no tuvo precaución en el lenguaje, y esto, según él, debería de incrementar su responsabilidad, y más teniendo en cuenta el impacto del mensaje en una región sensible políticamente. En este caso el TEDH acabó dando la razón al Estado, pero ha habido otros en los que no ha sido así, y al final el valorar múltiples criterios es lo que permite adoptar una decisión, pero es evidente la existencia de fuertes tensiones entre derechos básicos como la libertad de expresión y el delito de apología, en un campo en el que la política y el Derecho se tocan.

d) Incriminación del revisionismo histórico

Por último, cabe destacar, aunque no se trate de una apología sino de un delito parecido al 607.2 CP de la legislación española, el art. 24 bis de la Ley de libertad de prensa, que castiga el revisionismo histórico respecto de los crímenes de guerra de la Segunda guerra mundial. Ésto se introdujo mediante la ley Gayssot de 1990 y se limita únicamente a los crímenes de la segunda guerra mundial, siendo una disposición pensada para las opiniones que nieguen el holocausto nazi con el fin de favorecer actitudes racistas o antisemitas. Por otro lado, y en relación con lo anterior, la Ley Gayssot de 1990 también introdujo el art 48.2 de la Ley sobre libertad de prensa, que prevé lo siguiente:

76 TEDH. Caso Leroy contra Francia, de 2 de octubre de 2008

“cualquier asociación creada al menos cinco años antes de la fecha de los hechos, que se proponga, por sus estatutos, defender los intereses morales y el honor de la Resistencia o de los deportados puede ejercitar los derechos reconocidos a la parte civil en lo que concierne a la apología de los crímenes de guerra, de los crímenes contra la humanidad o de los crímenes o delitos de colaboración con el enemigo y en lo que afecta al delito previsto por el art 24 bis”.

Realmente el artículo 24 bis plantea dudas respecto a su compatibilidad con el derecho a la libertad de expresión y, de hecho, debemos recordar que el Tribunal Constitucional español declaró inconstitucional el delito de negación del genocidio. Por esta razón los tribunales franceses han argumentado su compatibilidad con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos por la necesidad de que existan límites a ésta por tratarse de medidas necesarias para salvaguardar el orden público y los derechos de los individuos⁷⁷. El TEDH se ha pronunciado en numerosas ocasiones ante casos en los que el Estado demandado era Francia por esta materia, y la respuesta no ha sido siempre en la misma dirección. Así, en algunos casos, como en el asunto Garaudy, dio la razón a Francia en la necesidad de evitar la difusión de contenidos negacionistas del holocausto al entender que favorecían la discriminación racial. En otros casos, en cambio, respecto a contenidos revisionistas o consideró que las medidas no eran necesarias en una sociedad democrática, como en el caso Lehideux e Isorni respecto a la publicación de contenidos favorables al mariscal Pétain. Cabe destacar, respecto a este delito, que existe poca jurisprudencia francesa por ser el campo de aplicación bastante restringido. En este tipo de delitos la dificultad para perseguirlos aumenta con la generalización de todos los medios que ofrece internet. En cuanto a criterios que se han seguido, la jurisprudencia considera que para la negación del holocausto no se puede invocar la ausencia de intención de publicar los mensajes revisionistas. No se puede invocar tampoco, si se difunden estos mensajes en foros de discusión, que se ignora que el contenido va a ser difundido.⁷⁸

e) Momento actual y perspectivas

Como hemos estado viendo, los medios que ofrece internet implica un aumento de las posibilidades y de la comisión en la práctica de conductas de apología del terrorismo o conductas similares. Además, el terrorismo es una materia muy sensible y con una gran repercusión mediática, y por ello siempre está sujeta a reformas o al endurecimiento de la política criminal justificándolas por el impacto social que tienen algunos actos continuados o puntuales de terrorismo. Por ello es frecuente la introducción de medidas legales con efectos simbólicos por parte del legislador, en ocasiones con un fin más de apaciguamiento de la alarma social que no de protección de bienes jurídicos.

Cabe destacar, en relación con esto, el proyecto de Ley para el “Fortalecimiento de la previsión y represión del terrorismo” presentado en abril de 2012 por el anterior presidente francés Nicolas Sarkozy. Este proyecto de ley se presentó tras la conmoción provocada por los tiroteos ocurridos en marzo de 2012, en plena campaña electoral para las elecciones presidenciales, contra militares

⁷⁷ Crim. Nº 92-83.478, 23 de febrero de 1993. Bull crim. Nº 86; Crim. Nº 98-88200, de 12 de septiembre de 2000, Dr. pénal 2001. 4, 2e arrêt, obs. Véron.

⁷⁸ Crim. Nº 01-88461, de 5 de noviembre de 2002, Bull. Crim. Nº 200, Dr. Penal 2003, comm. 58, obs. Véron

franceses y contra un adulto y tres niños de una escuela judía en las localidades de Toulouse y Montauban por parte de Mohammed Merah, que declaró ser parte de Al Qaeda. El autor de los asesinatos filmó además como los cometía para posteriormente subir los vídeos a Internet.

El mismo día de la muerte de Merah por un disparo en un tiroteo, el presidente Nicolás Sarkozy propuso nuevas medidas para endurecer la política antiterrorista, entre las que cobraba un papel muy importante la criminalización de la propagación de “ideas extremistas”⁷⁹, la apología del terrorismo o incluso la visita de sitios web donde se realizaba apología del terrorismo. Resulta paradigmática esta actitud, representando a la perfección la idea del la búsqueda del efecto simbólico de las medidas antiterroristas en un momento de conmoción social.

El estudio de impacto previo incluido en el dossier legislativo del proyecto de ley destaca que la legislación antiterrorista tiene diversas lagunas, y considera una de ellas las limitaciones procedimentales que implica el hecho de que la provocación y apología del terrorismo se rijan por la Ley de libertad de prensa. También considera como laguna la falta de incriminación del hecho de, sin motivo legítimo, visitar frecuentemente sitios web que realizan conductas de provocación o apología del terrorismo, al entender que existe un peligro de que estas personas se inclinen hacia el terrorismo activo.

Por ello, en el estudio de impacto para el Proyecto de Ley, amparándose de nuevo en la decisión Marco de 2008, se destaca entre los objetivos de esta reforma los siguientes:

- 1) *“Mejorar la eficacia de la represión de la propagación y defensa de las ideologías extremistas que representa los actos de provocación del terrorismo y apología del terrorismo, permitiendo que estos actos están sujetos a las reglas de procedimiento de derecho común, y algunas de las reglas relativas al terrorismo, en consideración del hecho de que es no es el tipo de abuso de la libertad de expresión reprimir, sino para castigar los actos que son directamente responsables de actos terroristas.*
- 2) *Establecer un nuevo delito para castigar penalmente a todo el que quiera consultar manera habitual, y por ningún motivo legítimo, los sitios web que hacen que el terrorismo o hacer una disculpa.*
- 3) *Permitir la represión contra cualquier persona francesa o que resida habitualmente Francia, que marche al extranjero a seguir labor de adoctrinamiento de ideologías que conducen al terrorismo, incluida la participación en campos de entrenamiento, sin necesidad de esperar a que la comisión de delitos terroristas en país. [...]”*

El proyecto de ley preveía introducir nuevos delitos y una legislación antiterrorista mucho más dura. En cuanto a la materia de este informe, para lograr los objetivos mencionados el proyecto de ley introducía en el Código Penal la provocación directa y la apología de actos terroristas, que como hemos visto está actualmente en la Ley de libertad de prensa. La disposición que se pretendía introducir, en el art. 421-2-5 CP, es la siguiente:

“El hecho público, por cualquier medio, de provocar directamente a actos de terrorismo o de hacer apología de estos actos se castiga con cinco años de prisión y una multa € 75.000.

La pena se elevará a siete años de prisión y de 100.000 euros de multa cuando los hechos hayan sido cometidos a través de un servicio de comunicación al público en línea.

79 <http://www.publico.es/internacional/426791/sarkozy-anuncia-una-reforma-penal-contra-la-apologia-del-terrorismo>

Cuando el delito se comete a través de la prensa, la radiodifusión o comunicación al público en línea, las disposiciones específicas que regulan estas materias son aplicables en relación con la determinación de las personas responsables.”

Por tanto, se quería introducir un castigo de siete años de prisión y 100000 euros de multa cuando la provocación o apología se realice mediante un servicio de comunicación al público en línea.

Además, se introducía también un nuevo delito en el Código Penal que castigaría “*el hecho de consultar habitualmente un servicio de comunicación por internet que ponga a su disposición mensajes que provoquen directamente a actos de terrorismo y hagan apología de éstos cuando, con este fin, estos mensajes contengan imágenes muestren la comisión de actos de terrorismo consistentes en atentados voluntarios contra la vida*”, excepto cuando la consulta sea debida al ejercicio normal de una profesión dedicada a informar al público, cuando se enmarque en el campo de la investigación científica o cuando se vaya a utilizar como prueba en los tribunales. En cuanto a la consulta de estos sitios web, se hace mención también a la posibilidad de ciberinfiltración policial. Se trataría de introducir un delito similar al que exista ya para la visita de sitios web con contenido pedófilo.

Por tanto, se pretendía la punición no ya de quien realizara apología al terrorismo sino también por el simple hecho de visitar sitios webs con contenido apologético. Esto plantea, entre otros muchos y graves problemas, la cuestión de la vigilancia y representa la máxima expresión de la utilización del Derecho Penal como arma de control social, ante la posibilidad de establecer un sistema global de vigilancia en internet, aumentando además la pena cuando la apología se realiza mediante este medio. Además, preveía también la regulación de la apología y la provocación ya en el Código Penal, en el apartado de delitos de terrorismo, con lo que esto implica procesalmente, concretamente en cuanto al procedimiento y en cuanto a prescripción y los medios que ofrece al Estado para perseguir estas conductas.

Se trata de medidas que chocan frontalmente con derechos fundamentales como la libertad de expresión y derechos individuales básicos. Además, las referencias de Sarkozy a la persecución de la apología o el adoctrinamiento de “*ideas extremistas*” nos plantean la cuestión de cuáles son y cuáles no son ideas extremistas, dejando la puerta abierta a la total arbitrariedad para perseguir opciones políticas y a la generalización de un Derecho Penal de excepción permanente, siendo su fundamento no la protección de bienes jurídicos sino el control social y la autoafirmación de la propia estrategia política y represiva.

Este proyecto de ley no se materializó, y en las elecciones hubo un cambio de gobierno, entrando el gobierno del Partido Socialista con François Hollande como Presidente de la República francesa. Sin embargo, no ha cambiado la tendencia en cuanto a política antiterrorista y, de hecho, el pasado 21 de diciembre de 2012 se aprobó en la Asamblea Nacional, tras su análisis en procedimiento acelerado, un proyecto de ley antiterrorista propuesto por el Ministro del Interior del gobierno francés Manuel Valls, materializándose como la “*Ley nº 2012-1432, de 21 de diciembre, relativa a la seguridad y la lucha contra el terrorismo*”.

Esta ley no introduce las medidas que preveía el proyecto de ley del anterior gobierno, pero sí continúa una tendencia similar, justificando la necesidad de la reforma legal en la connotación

causada por el “asunto Merah” y el terrorismo de carácter fundamentalista islámico⁸⁰. La ley insiste en la necesidad de evitar la radicalización hacia posturas terroristas y muestra preocupación por aumentar los medios para confrontarlo. Esta ley no introduce la propuesta del anterior gobierno de perseguir a las personas que consulten frecuentemente sitios web en que se haga apología del terrorismo, ni tampoco se aumenta finalmente la pena para la apología en internet ni se introduce la apología y la provocación dentro del Código Penal, como pretendía el anterior gobierno.

No obstante, se sigue manteniendo esa preocupación por controlar las manifestaciones vertidas en internet. A este efecto, y en cuanto a las disposiciones más relevantes para la apología del terrorismo, se prolonga la posibilidad de acceso preventivo de los servicios encargados contra el terrorismo a los datos técnicos recogidos en comunicaciones electrónicas o a través de internet, dando permanencia a una medida temporal muy sospechosa de atentar contra la intimidad y establecer un control social permanente. Por tanto, si bien es cierto que algunas de las más polémicas disposiciones del anterior proyecto de ley finalmente no se han materializado, se sigue una tendencia a amparar reformas legales, muchas veces redundantes o estéticas, en momentos de conmoción social y a generalizar y dotar de permanencia ciertos rasgos del Derecho de excepción con el argumento de la seguridad ante el ataque terrorista.

80 http://www.huffingtonpost.fr/2012/10/03/terrorisme-manuel-valls-presente-projet-loi-mohamed-merah-nicolas-sarkozy_n_1934631.html

6. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos tratado de analizar las legislaciones española y francesa sobre apología del terrorismo para apreciar si se vulnera con ellas el derecho fundamental de la libertad de expresión, teniendo en cuenta los criterios utilizados por el TEDH para abordar esta cuestión.

Podemos apreciar que, si bien existen bastantes diferencias, existe también una cierta tendencia común que se corresponde con la que se ha ido generalizando en los últimos años, y como muestra podemos destacar la Decisión Marco de la UE del año 2008, normativa que los estados han aprovechado para endurecer su legislación antiterrorista en general y relativa a la apología en particular. Frente al terrorismo, la tendencia de los Estados democráticos es hacer un uso del derecho penal hacia una política expansionista, con la introducción de tipos penales que resultan ambiguos y que colisionan con principios constitucionales.

Esta tendencia lleva al adelantamiento de la barrera de intervención penal y a la desmaterialización del bien jurídico. Así, la legislación y la práctica sobre manifestaciones de apoyo al terrorismo está dominado por las incriminaciones “sin resultado”, reprimiendo un comportamiento en tanto que tal, independientemente de la realización de una acción terrorista. A medida que el campo de la represión se expande, las incriminaciones pierden su substancia puesto que, reducida a la adopción de un comportamiento, la materialidad del apoyo al terrorismo se limita a este único elemento material, sujeto a una definición evasiva y un contenido vago.

Así, en el caso español se observa la punición de múltiples variantes de apología redactadas en términos vagos e indeterminadas que en la práctica llevan a la arbitrariedad y a la persecución de las opiniones políticas discrepantes, ya que la jurisprudencia ni siquiera exige que la apología incite a cometer delitos de terrorismo, existiendo un amplio abanico de sentencias que muestran arbitrariedad y vulneración de derechos fundamentales.

En el caso de Francia se castiga la apología con una pena bastante dura y, además, se recoge una gran variedad de modalidades de apología, a parte de la apología del terrorismo. De hecho, es en los últimos tiempos cuando en Francia ha aumentado la preocupación por los casos de apología del terrorismo, principalmente en el caso de terrorismo islamista, y a raíz de diversos atentados con repercusión social. En cambio, en España los casos de apología del terrorismo más frecuentes se refieren a un terrorismo más tradicional en las últimas décadas, de carácter independentista o revolucionario, y en los últimos años sobre todo -aunque no únicamente- en el ámbito del País Vasco, dada la existencia de una organización terrorista independentista con una base social e ideológica importante, y en este contexto se han producido múltiples vulneraciones de los derechos civiles más básicos, castigándose en ocasiones prácticamente la mera discrepancia e, incluso en el ámbito procesal, actuando con arbitrariedad.

Junto a todo esto, se aprecia también una evolución de la concepción y la voluntad por parte del estado de asumir una integración de los actos de incitación y la apología dentro de los actos de terrorismo, yendo en este sentido la orientación de las legislaciones internas y también de algunas instancias internacionales, las cuales se retroalimentan en algunos aspectos.

Cabe destacar aquí que en la legislación española se ha incluido el delito de apología del art. 578 dentro de los delitos de terrorismo, aún cuando las interpretaciones jurisprudenciales mayoritarias

sobre éste no lo consideran un acto preparatorio sino un delito formal o de clima. También se ha incluido entre los actos de terrorismo la nueva forma, aunque vaga y diluida, de provocación al terrorismo del art. 579, aunque el propio TC español haya advertido desde hace años que este tipo de conductas no son delitos de terrorismo sino delitos de opinión relacionados con el terrorismo.

En este sentido existe una diferencia importante respecto a la apología del terrorismo que castiga el Derecho francés, ya que el legislador francés no incluye la apología y la provocación al terrorismo y las demás modalidades de apología entre los delitos de terrorismo ni en el Código Penal, sino que los incluye en la Ley de libertad de prensa. No obstante, como hemos dicho existe una tendencia a recoger como terrorismo conductas de este tipo, y de hecho el Proyecto de Ley de Sarkozy del año 2012, que no se aprobó, proponía hacer mención entre los delitos de terrorismo del Código Penal a la provocación y la apología del terrorismo, así como a la visita frecuente de páginas web que realizan apología del terrorismo.

No es un asunto baladí el hecho de que se incluyan o no las conductas apologéticas dentro de los delitos de terrorismo, ya que comporta consecuencias procesales muy importantes. Así, el procedimiento para los delitos de terrorismo pone a disposición del Estado unos medios mucho más potentes y represivos para investigar el delito, que en este caso es el de apología. Cabe destacar que, por el hecho de incluirse en el Código Penal español las conductas de apología como delitos de terrorismo, es competente la jurisdicción especial de la Audiencia Nacional y no la jurisdicción ordinaria. Se ha ratificado que, aunque la jurisprudencia haya advertido que la apología no es un delito de terrorismo, la competencia sigue siendo de la Audiencia Nacional.⁸¹ En cambio, en Francia, al no incluirse entre los delitos de terrorismo, se rige por la jurisdicción y por el procedimiento ordinarios y no se le da el tratamiento especial establecido para los delitos de terrorismo. No es casual pues que, ante la conmoción provocada por el caso de los atentados de Toulouse y Montauban, se propusiera, junto a la introducción de nuevas figuras que castiguen conductas apologéticas, la inclusión de estos actos dentro de los delitos de terrorismo, justificándolo en la necesidad de dotar de más medios para castigar estas conductas. Por tanto, aunque se parta de esta diferencia importante podemos apreciar que la tendencia va en el mismo sentido en los Estados español y francés.

Por tanto, observamos la tendencia a abrir la noción de terrorismo a comportamientos observables a la periferia del crimen, y a considerar como tales comportamientos que no tienen relación directa con el bien jurídico protegido ni favorecen la comisión de actos de terrorismo.

Esto último, el castigar una conducta alejada de un bien jurídico importante, también nos lleva a destacar la actitud de los Estados en cuanto a las reformas penales, reformas que en muchos casos tienen su fundamento más en el efecto simbólico de cara a la sociedad que en la defensa de bienes jurídicos importantes. Esto, el tener como fundamento la propia autolegitimación de la lucha antiterrorista y que las reformas penales tengan el objetivo de “tranquilizar” a la sociedad en momentos de conmoción, es un fenómeno propio de la concepción del Derecho Penal del enemigo, y se observa fácilmente en los Estados español y francés.

Así, en el caso francés esto se manifiesta sobre todo con el “asunto Merah”, que conmocionó de tal manera al país que inmediatamente se elaboraron proyectos de ley castigando duramente conductas apologéticas, más como forma de respuesta al atentado de cara a la opinión pública que para

81 ATS de 19 de enero de 2004

proteger los bienes jurídicos que se pretende proteger. Incluso la ley aprobada recientemente por el Partido Socialista, menos dura que la que propuso el anterior gobierno, bebe del impacto que los hechos de Toulouse y Montauban provocaron en la opinión pública francesa.

En el Estado español se observa en cuanto a que en la propia exposición de motivos de las leyes que han introducido conductas apologéticas hace referencia a sentimientos de conmoción e indignación social, algo que no debería ser relevante a la hora de proteger los bienes jurídicos más importantes. También se evidencia en que se han introducido preceptos que castigan conductas apologéticas que son incoherentes con los otros delitos que la regulan o directamente son inaplicables en la práctica. Otro ejemplo es la introducción de la provocación del art. 579 como “cláusula de cierre” para castigar las conductas apologéticas que no se castiguen con otros preceptos, algo inconcebible desde el punto de vista de los principios penales.

Y es que estos delitos entran en contradicción con el carácter fragmentario del Derecho penal y con el principio de ofensividad, principios básicos del derecho penal. El fundamento de un delito debe estar en la protección de un bien jurídico, que además tendrá que ser un bien jurídico muy relevante. Es ésta la función del Derecho penal: la protección de los bienes jurídicos más importantes, puesto que se trata del arma de coerción más poderosa de las que dispone el Estado. Por tanto, sólo se debe sancionar penalmente las conductas que de forma más intolerable pongan en riesgo los bienes jurídicos más importantes. No se trata de castigar todas las conductas que causen algún daño a algún bien jurídico, como se extrae de la actitud de algunos gobiernos. La apología del terrorismo no es un comportamiento inocuo, pero sólo cuando pueda poner en peligro los bienes jurídicos más importantes prevalecerán tales bienes jurídicos por encima de los derechos fundamentales. Actualmente se están castigando conductas que no ponen en riesgo el bien jurídico o que lo hacen de forma muy mediata, conductas que, desde el prisma de un estado democrático, no son necesarias ni proporcionales y deben quedar amparadas en el derecho a la libertad de expresión.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Autores y publicaciones

- ALIX, J. (2010); *Terrorisme et droit pénal: Étude critique des incriminations terroristes*; Dalloz
- ALONSO RIMO, A. (2010); “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 4; p. 13-80
- ÁLVAREZ CONDE, E.; GONZÁLEZ, H. (2006); “Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales”; *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, nº 7/2006. Disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/891/891_AlvarezCondeGonzalez.pdf
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2010); *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo blanch
- ASTACIO CABRERA, J. G. (2011); *Tratamiento Jurídico-Penal de la Apología del Terrorismo*. Universidad de Granada, Granada, Septiembre 2011
- BAUER, A.(2007); “La experiencia francesa ante el terrorismo internacional”; *Documentos de trabajo (Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos)*, nº 42/2007. Disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/documentos/DT2007/DT42-2007_Bauer_Francia_antiterrorismo.pdf
- BERNAL DEL CASTILLO, J.; “Una visión crítica del nuevo delito de provocación al terrorismo del artículo 579.1”; *Revista de Derecho Penal*, p. 65-78
- CAMPO MORENO, J. C. (1997); *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*. Valencia: Editorial General de Derecho
- CANCIO MELIÁ, M. (2010); *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editorial Reus
- CAPITA REMEZAL, M. (2008); *Análisis de la legislación penal antiterrorista*. Madrid: Editorial Colex
- CARUSO FONTÁN, M. V. (2007); “Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática del delito de apología del terrorismo)”. *Revista Penal*, nº20 (Julio 2007), p. 32-48
- CERDA-GUZMAN, C. (2010); “Quels sont les critères de constitutionnalité d'une législation antiterroriste?”. En “Estado de derecho en la era del terrorismo”, en *VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: Constituciones y principios*. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/6/91.pdf>
- CHOPIN, F. (2009); “La cybercriminalité”; *Rubrique Répertoire Pénal Dalloz*, Mayo 2009

- COSTA, J.-P. (2001); “La libertad de expresión según la jurisprudencia del TEDH de Estrasburgo”. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 44, p. 243-250
- CUERDA ARNAU, M.L. (2008); “Terrorismo y libertades políticas”. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 3; Tirant lo Blanch, p. 61-97
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (2010); “Enaltecimiento del terrorismo”; *Revista Aranzadi Doctrinal num. 10/2010 (Comentario)*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA
- GARCÍA ALBERO, R. (2010); “Comentario a la reforma de los delitos de terrorismo de los arts. 572 a 579 CP”; *Monografías*, Editorial Aranzadi, SA, Julio 2010
- GARRO CARRERA, E.; “La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo”; *Aplicación de la normativa antiterrorista*; p. 354- 377
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1999); *Ensayos penales*. Madrid: Tecnos
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL(2006); *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch
- GUTIÉRREZ DAVID, M. E., Y ALCOLEA DÍAZ, G.(2010); “El “discurso del odio” y la libertad de expresión en el Estado democrático”; *Revista Derecom*
- HEFENDEHL, R. (2002); “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”; *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-14
- LAMARCA PÉREZ, C.; (1985), *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Colección de Temas Penales
- LAMARCA PÉREZ, C. (2006); “Apología: un residuo de incriminación de la disidencia”; *La ley penal*, nº28, p. 41-51
- LOPEZ GARRIDO, D. (1987); *Terrorismo, política y derecho. La legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*. Madrid: Alianza Editorial
- MESTRE DELGADO, E. (1987); *Delincuencia terrorista y audiencia nacional*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones
- MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES (2006); “*La France à la loupe: La liberté de expression en los medios de comunicación de Francia*”
- MUÑOZ CUESTA, F. J. (2007); “Acto público de enaltecimiento y justificación de quien ha participado en la ejecución de delitos de terrorismo”; *Repertorio de jurisprudencia num 14/2007 (Comentario)*, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E. (2004), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch
- RAMOS VAZQUEZ, J. A. (2008); “Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo.”; *AFDUDC*, 12 (2008), p. 771-793

- SANTOS ALONSO, J.; “El tratamiento jurídico del terrorismo en el Código Penal español”. Disponible en: http://www.cicte.oas.org/Database/Cartagena_Jesus_Santa_Alonso.pdf
- SANZ MULAS, N. (2012); “De las libertades del marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española”; *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-10
- VIVES ANTÓN, T. S. (2006); “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”. En GÓMEZ COLOMER, J.-L. (coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 17-47

7.2. Textos legislativos referenciados

a) Instrumentos internacionales

- CARTA AFRICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, de 27 de julio de 1981, de la Organización de la Unidad Africana
- CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, de 22 de noviembre de 1969, de la Organización de Estados Americanos
- CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. Roma, 4 de noviembre de 1950, del Consejo de Europa
- DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. 1948
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, de 10 de diciembre de 1948, de la Asamblea General de Naciones Unidas
- ESTATUTO DE LONDRES DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL, adoptado el 6 de octubre de 1945
- ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el 17 de julio de 1998
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de Naciones Unidas

b) Normativa comunitaria

- DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO (2002/475/JAI), DE 13 DE JUNIO DE 2002, RELATIVA A LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO, publicada en el Diario Oficial número L 164 de 22 de junio de 2002, p. 0003-0007
- DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO (2008/919/JAI), DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2008 POR LA QUE SE MODIFICA LA DECISIÓN MARCO 2002/475/JAI SOBRE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO, publicada en el Diario Oficial número L 330 de 9 de diciembre de 2008, p. 0021-0023

TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. DOUE número 191, de 29 de julio de 1992, de las Comunidades Europeas

c) Legislación española

CÓDIGO PENAL DE 1870

CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978)

DECRETO DE 23 DE DICIEMBRE DE 1944, DE CÓDIGO PENAL DE 1944, texto ordenado conforme a los preceptos y orientaciones de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944

DECRETO LEY DE 6 DE JULIO DE 1845 DE PRENSA E IMPRENTA

DECRETO LEY 10/1975, DE 26 DE AGOSTO, SOBRE PREVENCIÓN DEL TERRORISMO (BOE nº 205, de 27 de agosto de 1975)

LEY DE 10 DE JULIO DE 1894, SOBRE ATENTADOS CONTRA LAS PERSONAS Y DAÑOS EN LAS COSAS POR MEDIO DE APARATOS O SUSTANCIAS EXPLOSIVAS

LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO, DE 1941

LEY ORGÁNICA 2/1981, DE 4 DE MAYO, QUE MODIFICA Y ADICIONA DETERMINADOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL Y DEL DE JUSTICIA MILITAR (BOE nº107, de 5 de mayo de 1981)

LEY ORGÁNICA 9/1984, DE 26 DE DICIEMBRE, CONTRA LA ACTUACIÓN DE BANDAS ARMADAS Y ELEMENTOS TERRORISTAS Y DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 55.2 DE LA CONSTITUCIÓN (BOE nº 3, de 3 de enero de 1985. Corrección de erratas BOE nº 165, de 16 de marzo de 1985)

LEY ORGÁNICA 3/1988, DE 25 DE MAYO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL (BOE nº 126, de 26 de mayo de 1988)

LEY ORGÁNICA 3/1989, DE 21 DE JUNIO, DE ACTUALIZACIÓN DEL CÓDIGO PENAL (BOE nº 148, de 22 de junio de 1989)

LEY ORGÁNICA 4/1995, DE 11 DE MAYO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL, MEDIANTE LA QUE SE TIPIFICA LA APOLOGÍA DE LOS DELITOS DE GENOCIDIO (BOE nº 113, de 12 de mayo de 1995)

LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL (BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995. Corrección de errores: BOE nº 54, de 2 de marzo de 1996)

LEY ORGÁNICA 2/1998, DE 15 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICAN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL (BOE nº 143, de 16 de junio de 1998)

LEY ORGÁNICA 7/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, Y DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TERRORISMO (BOE nº 307, de 23 de diciembre de 2000)

LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL (BOE nº 152, de 23 de junio de 2010)

REAL DECRETO-LEY 3/1979, DE 26 DE ENERO, SOBRE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA (BOE nº 306, de 22 de diciembre de 1979)

d) Legislación francesa

CODE DE PROCÉDURE PÉNALE

CODE PÉNAL

DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789

LOI DU 29 JUILLET 1881, SUR LA LIBERTÉ DE LA PRESSE

LOI N° 82-652 DU 29 JUILLET 1982 SUR LA COMMUNICATION AUDIOVISUELLE

LOI N° 86-1020 DU 9 SEPTEMBRE 1986 RELATIVE À LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME.

LOI N° 86-1067 DU 30 SEPTEMBRE 1986 RELATIVE À LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION (Loi Léotard)

LOI N° 90-615 DU 13 JUILLET 1990 TENDANT À RÉPRIMER TOUT ACTE RACISTE, ANTISÉMITES OU XÉNOPHOBES

LOI N° 96-647 DU 22 JUILLET 1996 TENDANT À RENFORCER LA RÉPRESSION DU TERRORISME ET DES ATTEINTES AUX PERSONNES DÉPOSITAIRES DE L'AUTORITÉ PUBLIQUE OU CHARGÉES D'UNE MISSION DE SERVICE PUBLIC ET COMPORTANT DES DISPOSITIONS RELATIVES À LA POLICE JUDICIAIRE.

LOI N° 2000-719 DU 1 AOÛT 2000 MODIFIANT LA LOI N° 86-1067 DU 30 SEPTEMBRE 1986 RELATIVE À LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION

LOI N° 2001-1062 DU 15 NOVEMBRE 2001 RELATIVE À LA SÉCURITÉ QUOTIDIENNE

LOI N° 2003-239 DU 18 MARS 2003 POUR LA SÉCURITÉ INTÉRIEURE

LOI N° 2004-204 DU 9 MARS 2004 PORTANT ADAPTATION DE LA JUSTICE AUX ÉVOLUTIONS DE LA CRIMINALITÉ

LOI N° 2004-575 DU 21 JUIN 2004 POUR LA CONFIANCE DANS L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE

LOI N° 2006-64 DU 23 JANVIER 2006 RELATIVE À LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME ET PORTANT DISPOSITIONS DIVERSES RELATIVES À LA SÉCURITÉ ET AUX CONTRÔLES FRONTALIERS

LOI N° 2012-1432 DU 21 DÉCEMBRE 2012 RELATIVE À LA SÉCURITÉ ET À LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME

PROJET DE LOI RENFORÇANT LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU TERRORISME, Étude d'impact, 2012

7.3. Referencias jurisprudenciales

a) Audiencia Nacional (AN, España)

SAN 31/2006, de 27 de abril. Sala de lo Penal, Sección Tercera
SAN 60/2006, de 8 de noviembre. Sala de lo Penal, Sección Primera
SAN 10/2007, de 23 de marzo. Sala de lo Penal, Sección Cuarta
SAN 11/2007, de 19 de febrero. Sala de lo Penal, Sección Tercera
SAN 67/2007, de 12 de noviembre. Sala de lo Penal, Sección Primera
SAN 23/2009, de 3 de junio. Sala de lo Penal, Sección Cuarta
SAN 13/2010, de 2 de marzo. Sala de lo Penal, Sección Cuarta
SAN 2/2012, de 17 de enero. Sala de lo Penal, Sección Primera

b) Audiencias Provinciales (AP, España)

AAP Barcelona de 14 de septiembre de 2000

c) Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

CIDH, Sentencia del Caso Ricardo Canese vs. Uruguay, 31 de agosto de 2004
CIDH, Sentencia del Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004

d) *Conseil Constitutionnel* (Francia)

Décision n° 84-181 DC, de 11 de octubre de 1984
Décision n° 86-213 DC de 3 de septiembre de 1986
Décision n° 2005-532 DC de 19 de enero de 2006

e) *Cours d'appel* (Francia)

CA París, Sentencia de 11 de septiembre de 2002
CA Pau, Sentencia de 24 de septiembre de 2002
CA París, Sentencia de 16 de enero de 2003
CA París, Sentencia de 17 de marzo de 2004
CA París, Sentencia de 6 de abril de 2005
CA Rouen, Sentencia de 14 de diciembre de 2005

CA París, Sentencia de 22 de marzo de 2007

CA París, Sentencia de 28 de marzo de 2007

f) Cour de cassation (Francia)

Chambre Criminelle, de 22 de agosto de 1912, Bull. Crim. N°46

Chambre Criminelle, de 29 de octubre de 1936, Bull. Crim. N° 104

Chambre Criminelle, de 11 febrero de 1954, Bull.Crim. N° 71

Chambre Criminelle, 24 de octubre de 1967, Bull. Crim. N°263

Chambre Criminelle, de 14 enero de 1971, Bull. Crim. N° 14

Chambre Criminelle, de 11 de julio de 1972, Bull. Crim. N° 236

Chambre Criminelle, de 2 noviembre 1978, Bull. Crim. Núm. 294

Chambre Criminelle, N° 92-83478, de 23 de febrero de 1993, Bull. Crim. N° 86

Chambre Criminelle. N° 98-88200, de 12 de septiembre de 2000

Chambre Criminelle, N° 01-88461, de 5 de noviembre de 2002, Bull. Crim. N° 200

Chambre Criminelle, N° 03-82832, de 7 de diciembre de 2004

Chambre Criminelle, N° 05-86690, de 20 de junio de 2006

g) Juzgados de Primera Instancia (España)

Juzgado de lo Penal n° 3 de Barcelona, Sentencia de 16 de noviembre de 1998

h) Tribunal Constitucional (TC, España)

ATC 4/2008, de 9 de enero, Sala Primera

STC 6/1981, de 16 de marzo, Sala Segunda

STC 105/1983, de 23 de noviembre, Sala Segunda

STC 159/1986, de 12 de diciembre, Sala Segunda

STC 168/1986, de 22 de diciembre, Sala Segunda

STC 199/1987, de 16 de diciembre, Pleno

STC 6/1988, de 21 de enero, Sala Primera

STC 235/2007, de 7 de noviembre, Pleno

i) Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

TEDH, caso *Lawless contra Irlanda*, de 1 de julio de 1961

TEDH, caso *Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976

TEDH, caso *Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979

TEDH, caso *Lingens contra Austria*, de 8 de julio de 1986

TEDH, caso *Barfod contra Dinamarca*, de 22 de febrero de 1989

TEDH, caso *Ezelin contra Francia*, de 26 de abril de 1991

TEDH, caso *Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991

TEDH, caso *Castells contra España*, de 23 de abril de 1992

TEDH, caso *Jersild contra Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994

TEDH, caso *Zana contra Turquía*, de 25 de noviembre de 1997

TEDH, caso *Partido Unificado de Turquía y otros contra Turquía*, de 30 de enero de 1998

TEDH, caso *Lehideux e Isorni contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998

TEDH, caso *Fressoz y Roire contra Francia*, de 21 de enero de 1999

TEDH, caso *Arslan contra Turquía*, de 8 de julio de 1999

TEDH, caso *Ceylan contra Turquía*, de 8 de julio de 1999

TEDH, caso *Sürek contra Turquía*, de 8 de julio de 1999

TEDH, caso *Hashman y Harrup contra Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1999

TEDH, caso *Hogefeld contra Alemania*, de 20 de enero de 2000

TEDH, caso *Asociación Ekin contra Francia*, de 17 de julio de 2001

TEDH, caso *Garaudy contra Francia*, de 24 de junio de 2003

TEDH, caso *Plon contra Francia*, de 18 de mayo de 2004

TEDH, caso *Hocaogullari contra Turquía*, de 7 de marzo de 2006

TEDH, caso *Mamère contra Francia*, de 7 de noviembre de 2006

TEDH, caso *Ivanov contra Rusia*, de 25 de febrero de 2007

TEDH, caso *Lindon y otros contra Francia*, de 22 de octubre de 2007

TEDH, caso *Leroy contra Francia*, de 2 de octubre de 2008

TEDH, caso *Orban y otros contra Francia*, de 15 de enero de 2009

TEDH, caso *Ozturk contra Turquía* de 7 de febrero de 2009

TEDH, caso *Féret contra Bélgica*, de 16 de julio de 2009

TEDH, caso *Faruk Temel contra Turquía*, de 1 de febrero de 2011

j) Tribunal Supremo (TS, España)

ATS de 23 de mayo 2002

ATS de 14 de junio de 2002

ATS de 23 de septiembre de 2003

STS 2/1997, de 29 de noviembre

STS de 4 de julio de 2001

STS 224/2010, de 3 de marzo

STS 149/2007, de 26 de febrero

STS 539/2008, de 23 de septiembre

STS 679/2009, de 5 de junio

STS 224/2010, de 3 de marzo

k) Tribunal correctionnel (Francia)

Tribunal Correctionnel de París; Sentencia de 15 de abril de 1986

Tribunal Correctionnel de París, Sentencia de 15 de mayo de 1986

Tribunal Correccionnel de Bayona, Sentencia de 8 de enero de 2002

l) Tribunal de Grande Instance (Francia)

TGI Melun, Sentencia de 8 de noviembre de 2006

TGI París, Sentencia de 26 de febrero de 2002

TGI París, Sentencia de 8 de febrero de 2008