

PRESENTE Y FUTURO DEL DELITO DE ENALTECIMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DEL TERRORISMO

José Antonio Ramos Vázquez

Contratado postdoctoral de la FECYT

Universidade da Coruña / Università degli studi di Modena e Reggio Emilia.

RESUMEN:

Tras su reforma por medio de la LO 7 / 2000, el art. 578 del Código penal pasó a castigar el delito de “enaltecimiento y justificación” de los delitos de terrorismo o de sus autores.

En el presente trabajo se analiza, en primer lugar, su controvertido presente, en el que a las dudas sobre su constitucionalidad se unen las particularidades en su aplicación.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad, en fecha muy reciente, de pronunciarse respecto del delito de negación y justificación del genocidio, el cual guarda muchas semejanzas con el contenido en el art. 578. Por esa razón, la argumentación contenida en dicha sentencia permite aventurar cuál habrá de ser el futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo.

Palabras clave: Derecho penal – Terrorismo – Apología – Tribunal Constitucional.

ABSTRACT:

This paper examines the present and the future of the crime of “glorification and justification of terrorism”.

Keywords: Criminal Law – Terrorism – Apology – Constitutional Court.

Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo

Sumario: I.- Introducción. II. El presente del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo. II. 1. Dos supuestos de hecho similares. II. 2. Condena explícita y condena implícita: las contradicciones de los dos “Casos Otegi”. III. El futuro del art. 578 del CP a la luz de la nueva jurisprudencia constitucional. III. 1. Consideraciones previas. III. 2. La sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007. III. 3. De la negación y justificación del genocidio al enaltecimiento y justificación del terrorismo: ¿Una interpretación del TC del art. 578 del CP?

I. INTRODUCCIÓN:

Parece que, a estas alturas, nada nuevo puede decirse acerca de la respuesta penal al fenómeno del terrorismo, sobre todo porque, en la práctica totalidad de ocasiones, nos movemos en el ámbito de unos lugares comunes de contornos bien definidos.

En efecto, no debe faltar en ningún análisis de este sector del ordenamiento jurídico – penal las consabidas referencias a su carácter simbólico, su franca colisión con los principios penales básicos, su condición de ejemplo de una política criminal errada (o, cuanto menos, errática) y, en suma, la inadmisibilidad de muchas de sus disposiciones en un Estado democrático.

A esta lista de lugares comunes, habremos de unir una (ya no tan) reciente incorporación: asumir que la mayoría (por no decir la totalidad) de los tipos penales que castigan conductas relacionadas con el terrorismo constituyen un paradigma de Derecho penal del enemigo.

Por supuesto, en este último caso hay que tener en cuenta que el propio GÜNTHER JAKOBS (teorizador del Derecho penal del enemigo) incluyó desde el primer momento el terrorismo dentro del ámbito del *Feindstrafrecht*¹ y que en los últimos tiempos la lucha contra el terrorismo -en su versión globalizada- ha exacerbado todas las características antes mencionadas, de suerte que Guantánamo, por poner un ejemplo particularmente significativo, se ha convertido en el mascarón de proa de la lucha anti-terrorista de nuestro tiempo.

Siendo esto así, ¿cuál habrá de ser, a fin de cuentas, el objeto del presente trabajo?

Hace ya siete años, se promulgó la última gran reforma de los delitos de terrorismo² en nuestro Estado, llevada a través de la Ley Orgánica 7 / 2000 de 22 de diciembre³ (en adelante LO 7 / 2000).

1 JAKOBS, G., “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente” en Estudios de Derecho judicial, 20, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 139.

2 Regulados, como es sabido, en la sección segunda del capítulo V del Título XXII del Código penal (artículos 571 a 580).

3 Téngase en cuenta, no obstante, que la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 7 / 2000 no sólo afecta a los delitos de terrorismo, entendiendo por tales los comprendidos en los artículos 571 a 580 del Código penal, sino que alcanza a otras disposiciones del mismo Código e, incluso, a la Ley Orgánica 5 / 2000 de 12 de enero (reguladora de la responsabilidad penal de los menores), en este último caso, de un modo especialmente intenso, dado que reformó dicha norma nada menos que durante su *vacatio legis*.

Ha transcurrido, por tanto, un período de tiempo suficientemente amplio como para poder juzgar dicha reforma con el mejor criterio que ofrece la perspectiva temporal.

Ya con ocasión de su promulgación tuve oportunidad de analizar pormenorizadamente la LO 7 / 2000⁴. En aquel momento, me atrevía a calificar la reforma –en consonancia con uno de los lugares comunes a los que antes hacía referencia– de “Derecho penal simbólico”.

Y, en efecto, si una de las características del “Derecho penal simbólico” es que su prioridad básica no es ser aplicado, sino generar, en definitiva, un efecto de índole simbólico – comunicativa, parece que el apuntado diagnóstico acerca de la LO 7 / 2000 era correcto⁵.

No obstante lo anterior, una de las reformas introducidas por la mencionada norma ha adquirido en los últimos tiempos una inusitada relevancia; precisamente la reforma más polémica, la más innecesaria y –adelantémoslo ya– la de más difícil adecuación a los principios constitucionales.

Se trata, por supuesto, del artículo 578 del Código penal que, tras la reforma operada por la LO 7 / 2000, contempla en su dicción literal dos tipos penales distintos: uno que denominaremos de “enaltecimiento del terrorismo” y otro que castiga la realización de actos que impliquen humillación o desprecio a las víctimas del terrorismo.

Concretamente, el artículo 578 reza así:

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

El primero de los tipos penales recogidos en este precepto, esto es, el delito de enaltecimiento del terrorismo, será precisamente el objeto de nuestro estudio, pues de toda la

4 RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del *ius puniendi*” en Revista de Ciencias Penales (Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales), Volumen 4, 2001 – 2002, páginas 89 y ss.

5 De todos modos, mucho más lamentable fue el nacimiento (y posterior desaparición) del artículo 576 bis del Código penal, introducido por LO 20 / 2003, de 23 de diciembre.

Este artículo podría, sin duda, entrar en cualquier antología del disparate jurídico de nuestro Estado, constituyendo una excelente muestra del nivel de absurdo en el que se puede llegar incurrir en materia de legislación penal antiterrorista.

En primer lugar, el mencionado artículo 576 bis, junto con el 506 bis y el 521 bis, fueron introducidos en el Código penal durante la tramitación de una reforma legislativa en materia de arbitraje (!). Con razón, ha calificado GARCÍA ARÁN dicha tramitación como “rocambolésca e inconstitucional” (GARCÍA ARÁN, M., “El retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003”, en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 2, 2005, pág. 367).

En segundo lugar, el contenido de dichas reformas era absolutamente coyuntural; incluso, por así decirlo, *intuitu personae*, de suerte que, p. ej., sólo le faltó al legislador citar por su nombre y apellidos al único sujeto activo en el que estaba pensando cuando estableció en el artículo 506 bis que sería castigada con la pena de prisión de tres a cinco años “la autoridad o funcionario público que, careciendo manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, convocare o autorizare la convocatoria de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución”.

En tercer lugar, no deja de resultar lamentable que los tres preceptos mencionados fuesen derogados un año y medio después (por LO 2 / 2005 de 22 de Junio) sin haber sido aplicados, mostrando a las claras el motivo espúreo que los llevó a nacer.

constelación de reformas introducidas por la LO 7 / 2000 en el Código penal dentro de los delitos de terrorismo, el artículo 578 es el que, a día de hoy, más interés despierta.

Y ello por dos razones: en primer lugar porque se han sucedido en los últimos tiempos varios procesos contra Arnaldo Otegi, portavoz de la (hoy ilegalizada) organización política Batasuna en los que se le imputaba el mencionado delito de enaltecimiento del terrorismo⁶.

A causa de dichos procesos, el artículo 578 –y, con él, la reforma operada por la LO 7 / 2000- ha vuelto al primer plano de actualidad, tanto desde un punto de vista jurídico como desde un punto de vista más amplio, ideológico-político, puesto que, como inmediatamente señalaremos, la coyuntura política ha influido en el distinto signo de los pronunciamientos judiciales sobre este tema.

Así las cosas, en el apartado “*presente del delito de enaltecimiento del terrorismo*” analizaremos la Sentencia de la sección tercera de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2006 y la posterior Sentencia, también de la Audiencia Nacional, de 23 de marzo de 2007 (en este caso de la sección cuarta).

Por otra parte, en segundo lugar, hay que tener en cuenta un dato que, en mi opinión, va a marcar un punto de inflexión en el devenir del artículo 578 del Código penal, tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico.

Se trata de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) de 7 de noviembre de 2007, en la que se declara inconstitucional un inciso del artículo 607. 2 del Código penal (en adelante, CP), en el que se castigaba el llamado “negacionismo”, es decir, la conducta consistente en negar la existencia de un determinado genocidio.

Desde la promulgación de la LO 7 / 2000, la doctrina había puesto de manifiesto la semejanza estructural entre el art. 578 CP y dicho art. 607. 2, al ser ambos los únicos supuestos específicos de punición de la justificación de un determinado delito, más allá de la punición genérica de los actos preparatorios.

Pues bien, la citada sentencia del TC, si bien ha declarado inconstitucional, como se acaba de mencionar, el delito de “negacionismo”, ha tenido oportunidad de pronunciarse favorable a la constitucionalidad del delito de “justificación del genocidio” (también incluido en el artículo 607. 2) que, en efecto, guarda muchas semejanzas con el art. 578 que centra estas páginas.

Así las cosas, en el apartado “*futuro del delito de enaltecimiento del terrorismo*” intentaremos aventurar en qué pueda llegar a influir la mencionada sentencia del TC respecto del delito aquí estudiado.

Sin más dilación, comencemos por analizar la aplicación jurisprudencial del art. 578 CP en los últimos años.

II. EL PRESENTE DEL DELITO DE ENALTECIMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DEL TERRORISMO:

II. 1. Dos supuestos de hecho similares:

Como se ha adelantado, traeremos aquí a colación dos recientes pronunciamientos judiciales: las Sentencias de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2006 y de 23 de marzo de 2007.

6 Con resultados dispares, como habremos de ver.

Y comenzaremos por poner de manifiesto la evidente similitud de los supuestos de hecho enjuiciados: ambos tienen como protagonista a Arnaldo Otegi, el dirigente de la organización política Batasuna⁷, y ambas tienen como *Leitmotiv* homenajes a difuntos relacionados con la banda armada ETA.

Leamos, en primer lugar, parte de los hechos probados de la primera de las sentencias citadas:

“El domingo 21 de diciembre de 2003, con ocasión del acto que (...) bajo el lema “Estatutaren 25 urte, bakar lortzeko, proposumen berriak” -a “los 25 años del Estatuto, unas nuevas propuestas para conseguir la paz”-, y que se iba a celebrar en la plaza del Ayuntamiento de la localidad vizcaína de Arrigorriaga, llamada “Plaza Argala”, concurrió al mismo el imputado, ARNALDO OTEGI MONDRAGON, portavoz de Socialista Arbetzaleak junto, aproximadamente, a unas 200 personas, para rendir homenaje a José Miguel Beñaran Ordeñana (“a” Argala), con motivo del 25 aniversario de muerte, quien fue miembro y dirigente de la organización terrorista ETA militar (...)⁸.”

En el lugar fijado, plaza del Ayuntamiento, “plaza Argala”, se instaló un escenario, donde se colocó una gran pancarta con el lema “Organizar la independencia y el socialismo. Luchar merece la pena. 1978-2003” así como una gran fotografía del encomiado miembro y jefe militar de ETA, José Miguel Beñaran Ordeñana (“a” Argala), acto de homenaje que se inició con trilitularis, tocadores de cuerno, txalapartaris y betzolaris, auresku, dándose lectura a una poesía, depositando los asistentes y el hoy imputado y portavoz de socialista Arbetzaleak, ARNALDO OTEGI MONDRAGON, un clavel rojo junto a la fotografía del dirigente de la organización criminal ETA, quien en un momento determinado tuvo una participación “muy especial”, dirigiéndose a los allí concentrados y a la vista de la proximidad de las elecciones generales a celebrar en la primavera de 2004, presentarles y animarles a favorecer la llamada propuesta de Bergara”, que supondría la formación de una lista conjunta de partidos arbetzales, con el objetivo relevante de “lograr la libre autodeterminación de Euskal Herría y la libertad de los presos políticos”, resaltando el imputado las coincidencias existentes entre la mencionada propuesta con la realizada por el miembro de ETA “Argala” en Txiberta- Biarritz, en la primavera de 1977, y a quien dirigió manifestaciones de encomio y glosó como “persona con acertada visión de futuro y adecuados y ajustados planteamiento a favor de Euskal Herría”, recordando que “Argala” ya predijo el fracaso de la mencionada reunión, “que no se lograría la paz mientras las fuerza aberzales no se unieran para negociar con Madrid el encaje de Euskadi en el Estado, optando el PNV por apoyar el Estatuto y hoy se cumple 25 años de lucha” añadiendo, “teníamos razón, y ahora en vista de las elecciones de marzo, se plantea la misma oferta”, asegurando que “ETA apoyaría la formación de una candidatura electoral entre fuerzas arbetzales, porque permitiría pasar página de la guerra y abrir la de la libertad para Euskadi”, concluyendo el acto homenaje con “múltiples agradecimientos a los etarras que han dado la vida por Euskal Herría y con llamamientos de lucha contra el Estado Español”, enfatizando que “la propuesta formulada tiene garantías de salir adelante, no importa que hayamos sido ilegalizados o que tengamos militantes muertos; la izquierda arbertzale es Euskal Herría y es el futuro de este pueblo...”⁹.

⁷ Como es sabido, ilegalizada y disuelta por Sentencia de la Sala Especial del TS (al amparo del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) de 27 de marzo de 2003.

⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2006, hecho probado III.

⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2006, hecho probado IV.

Como podemos observar, se trata de un acto de exaltación de la figura de un activista de ETA fallecido; acto en el que Otegi, aparte del simbolismo de algunas de sus actuaciones (depositar flores ante la fotografía del mencionado “Argala”), emite en su breve discurso una serie de comentarios elogiosos.

Por lo que respecta a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2007, básicamente, los hechos declarados probados reflejan que el 30 de julio de 2001 se celebró en el cementerio de Polloe (Guipuzkoa) el funeral de la miembro de E.T.A. Olaia Kastresana, muerta en Torreveja (Alicante) a causa de la explosión del artefacto explosivo que estaba manipulando, previsiblemente, con vistas a la comisión de un atentado terrorista.

En dicho funeral tuvo nuevamente una destacada intervención –en lo que aquí importa– Arnaldo Otegi, quien, como relata pormenorizadamente la sentencia, realizó, entre otras, las siguientes manifestaciones:

“Nuestro aplauso más caluroso a todos los gudarís que han caído en esa larga lucha por la autodeterminación”.

“Se nos ha ido, a sus 22 años, como tantos otros gudarís de E.T.A., con la dignidad silenciosa y la muerte solitaria”.

“Es la generación nacida en el Estatuto la que se adhiere 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 un dato, es poner los pies en el suelo, es la cruda realidad de este país.

Por eso hoy es motivo, en primer lugar, para el reconocimiento, como lo han reconocido cientos de personas, miles de personas, porque, en definitiva, la muerte de una persona de 22 años, como todas las muertes, lo que tienen que hacer es poner encima de la mesa una reflexión profunda”.

“Generación tras generación y aunque la lucha siga siendo muy dura, ésta pasa de mano en mano”.

“Apostar por el Estatuto no hace sino prolongar el conflicto y Olaia Kastresana es una prueba”.

“Ya todo el mundo es consciente de que el derecho a la libre determinación tiene que ser el derecho fundamental que reconozca y dé paso a un cambio político en este país y eso es la contribución que han hecho muchos militantes de la organización, pero, en todo caso, el conjunto de la izquierda abertzale y eso es algo para nosotros, eso es un dato objetivo y no es exaltación ni apología de nada”.

Asimismo, Otegi fue uno de los portadores del féretro de Kastresana, el cual iba cubierto por la bandera de Euskadi y el anagrama de E.T.A.

Como salta a la vista, nos encontramos ante dos comportamientos (el juzgado en 2006 y el juzgado al año siguiente) que guardan muchísimos puntos de conexión y que, por ello, parecían destinados a obtener idéntica respuesta por parte de la Audiencia Nacional.

No fue, en cambio, así, como indicamos seguidamente.

II. 2. Condena explícita y condena implícita. Las contradicciones de los dos Casos Otegi:

Señala el Fundamento Jurídico tercero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2006:

“El acto celebrado en la plaza “Argala” de la localidad vizcaína de Arrigorriaga (...) atendidas sus características y condiciones de organización y desarrollo tenía por objeto honrar la memoria de José Miguel Bañarán Ordeñana, “Argala”, adquiriendo el carácter de homenaje, en lo personal y en lo público, a una persona fallecida en el 25 aniversario de su muerte (21 de diciembre de 1978), disponiéndose en la misma un escenario, donde se colocó una gran fotografía de “Argala” y una pancarta con el lema “Organizar la independencia y el socialismo. Luchar merece la pena. 1978-2003”, actuando durante el acto trikilaris, tocadores de cuerno, txalapartaris, y bertzolaris, en la que se depositaron flores junto a la fotografía de “Argala”, leyéndose una poesía a él dedicada y se ofreció por un dantzari un auresku a sus familiares, finalizando el acto con el canto “*Eusko Gudariak*”. Elementos todos ellos, característicos y propias (*sic*) de actos consistentes en rendir un verdadero “homenaje” a la persona cuya fotografía preside, elementos objetivos todos ellos constitutivos de una realización aparentemente enaltecedora.

Igualmente, la conducta desarrollada por el condenado Arnaldo Otegi Mondragón, dirigente de la ilegalizada Batasuna, se caracterizó por la colocación efectiva de un clavel rojo junto a la fotografía del referido “Argala”, dirigiéndose a un numeroso grupo de personas allí reunidas, presentando la llamada “Propuesta de Bergara” y equiparándola con la de “*Txiberta*” del año 1977, formulada por “Argala”, respecto de quien *ensalzó su figura y alabó su atinada forma de actuación en defensa de la autodeterminación* (...) concluyendo con manifestaciones del siguiente tenor:

“Teníamos razón, y ahora se plantea la misma oferta”, asegurando que “ETA apoyaría la formación de una candidatura electoral entre fuerzas abertzales, porque permitiría pasar página de la guerra y abrir la de la libertad para Euskadi”, y enfáticamente dirigió “múltiples agradecimientos a los etarras que han dado la vida por Euskal Herría, con llamamientos a la lucha armada”, subrayando que “la propuesta formulada tiene garantías de salir adelante, no importa que hayamos sido ilegalizados o que tengamos militantes muertos; la izquierda arbertzale es Euskal Herría y es el futuro de este pueblo”, *expresiones que supone (sic) cuanto menos una señal de aprobación, entusiasmo o admiración a la figura del dirigente terrorista*, sin excluir la eufemísticamente denominada “lucha armada”, a favor de la autodeterminación del País Vasco, y contextualizando ésta en el marco de un “conflicto político”, *todo lo cual desborda los límites del concepto de opinión*”¹⁰.

Como vemos, la argumentación de la Audiencia Nacional 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.

Todo ello, a juicio del Tribunal, implica que el discurso de Otegi en el homenaje al miembro de ETA no pueda ser considerado como la expresión de meras opiniones (cuya exposición pública estaría constitucionalmente protegida).

10 Destacado en cursiva mío.

Así, señala la sentencia:

“No constituyen aquéllas meras “opiniones” más o menos acertadas sobre realidades históricas vertidas en un “acto político o electoral” como pretende la defensa, ni el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión (artículo 20, 1ª de la CE), el cual, pese a su posición preferente, no está exento de límites que condicionan su ejercicio en aras a preservar otros derechos y bienes constitucionales, sino de manifestaciones que expresan la absoluta identificación del acusado con la organización criminal ETA, sus objetivos, sus actividades y su método de actuación, máxime cuando las mismas han de ser valoradas teniendo muy presente que su autor, el acusado, es precisamente el líder de la ilegalizada formación radical vasca Batasuna”.

La conclusión, desde esta perspectiva, no puede ser otra que la siguiente:

“Manifestaciones y puesta en escena, en consecuencia, objetivamente idóneas para la conformación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal previsto en el artículo 578 del Código penal, **de enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión** de los delitos comprendidos en el artículo 571 a 577 del Código penal, toda vez que las encomiásticas alusiones a quienes han optado por la pertenencia a grupos del tipo del que define el artículo 571 del Código penal (...) o por el ejercicio de la que encarecidamente el acusado denomina “lucha armada” alcanzan e integran las conductas que tales preceptos castigan”¹¹.

En consecuencia, el fallo de la sentencia fue condenatorio, en los siguientes términos:

“DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS AL ACUSADO ARNALDO OTEGI MONDRAGON, como autor responsable penalmente de un delito de enaltecimiento de acciones terroristas ya definido, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las pena principal **de QUINCE MESES DE PRISIÓN, y accesoria de SIETE AÑOS Y TRES MESES DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA**, así como al pago de las costas causadas en este proceso”¹².

En resumen, la cadena de acontecimientos sigue una lógica muy definida: homenaje a un miembro de ETA fallecido, declaraciones laudatorias de Arnaldo Otegi, muestras de adhesión ideológica a las posiciones abertzales o –incluso– a la lucha armada, subsunción judicial de dichos hechos en el artículo 578 del Código penal y condena.

En cambio, esa cadena se rompe en la segunda de las sentencias que analizamos aquí, de 23 de marzo de 2007.

Nos encontramos ante un funeral que se transforma en un auténtico acto de homenaje a la fallecida (recordemos, fallecida manipulando un artefacto explosivo), en el que, de nuevo, toma la palabra el dirigente de Batasuna, señalando (entre otras expresiones laudatorias de más dudoso encaje en el tipo del art. 578):

“Nuestro aplauso más caluroso a todos los gudarís que han caído en esa larga lucha por la autodeterminación”.

11 Destacado en negrita presente en el original.

12 Destacado en negrita y mayúsculas presente en el original.

“[hay jóvenes (...) que entienden su compromiso político a través de la lucha armada (...)] por eso hoy es motivo, en primer lugar, para el reconocimiento”.

“Eso [el derecho a la libre determinación] es la contribución que han hecho muchos militantes de la organización”.

Al menos en estas tres intervenciones, podemos entender que se está enaltecendo o justificando a autores de delitos de terrorismo por lo menos en la misma medida en que sucedía en el homenaje a “Argala” y, por consiguiente, cabría esperar del tribunal una sentencia condenatoria similar a la de la sentencia del año precedente.

Sin embargo, en el caso Kastresana hubo un factor fundamental que habría de incidir esencialmente en el desarrollo del proceso: el Ministerio Fiscal decidió, tras haber mantenido una posición muy activa durante todo el proceso, renunciar a la acusación, al entender ahora que las declaraciones realizadas por éste, por rechazables que pudiesen parecer, estarían en todo caso amparadas por el derecho a la libertad ideológica y de expresión del acusado.

De acuerdo con la interpretación del Ministerio Fiscal, hay que atender “al contexto y las circunstancias –un entierro, un cementerio–” en las que se produjeron las declaraciones del líder de Batasuna.

En este sentido, el Ministerio Público entendió que estaríamos en presencia de “una manifestación autocomplaciente del propio pensamiento del acusado, que no es delictiva por mucho que parezca deleznable”, indicando, a mayor abundamiento, que el portavoz de Batasuna había elogiado “una ideología y no un acto antijurídico castigado por la Ley”.

La situación procesal -jurídicamente muy peculiar- se resolvió de un modo, a su vez, también peculiar:

En efecto, a pesar de la retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal, el tribunal dictó una sentencia redactada como si se tratase de una sentencia condenatoria, declarando como probados (señalando que existía “prueba de cargo, directa, objetiva, suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia”) unos hechos que el Ministerio Fiscal (única parte acusadora en el proceso) había calificado como no delictivos y dictando el siguiente fundamento jurídico único:

“Los hechos así relatados, según se desprende de la prueba de cargo, directa, objetiva, suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, lícitamente obtenida y practicada en el acto del plenario de conformidad a las normas que establece nuestra Ley de Enjuiciamiento, podrían constituir un delito de enaltecimiento terrorista previsto en el artículo 578 del Código penal (...). Ahora bien, el hecho de que el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, haya retirado la acusación tras la práctica de la prueba celebrada, impide al Tribunal, en base al principio acusatorio, a dictar cualquier otro tipo de resolución que no sea la absolución del acusado”.

En resumen: dos casos estructuralmente muy similares recibieron dos sentencias muy distintas.

Por supuesto, ello no es debido a un cambio de criterio por parte del tribunal sentenciador, dado que, de hecho, a pesar de que no existía acusación por parte del Ministerio Fiscal, pronunció una sentencia implícitamente condenatoria, declarando probados incluso hechos que el Ministerio Público consideró dudosos en el acto de la vista oral.

Existen, a mi modo de ver, dos razones que explican la actuación del Ministerio Fiscal en este segundo caso: una de índole política y otra de índole jurídica.

La razón política no es de nuestra competencia, por supuesto, valorarla. Tiene que ver, como es obvio, con el hecho de que, en el momento de tener lugar la vista oral de este proceso, estaba en ciernes una negociación entre el Gobierno de la Nación y el grupo terrorista ETA, de modo que existía un interés político en este proceso.

En cuanto a la razón jurídica, ésta justifica sólo en parte la actuación del Ministerio Fiscal.

Éste, en sus conclusiones, indicó que el delito de enaltecimiento del terrorismo plantea “problemas importantísimos” y que puede entrar en conflicto con “la libertad ideológica y la libertad de expresión”, lo cual es absolutamente cierto y ha sido señalado por la doctrina reiteradamente, desde el mismo momento de su introducción.

De ello fue consciente el propio legislador, quien, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7 / 2000, adujo como fundamento de la creación del delito que centra estas páginas lo siguiente:

“La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Las acciones que aquí se penalizan, *con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas*, sino también otra manifestación muy notoria de como por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aun, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como 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 calumnias 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”.

Tomemos como premisa que la intención del legislador, efectivamente, no haya sido “prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas” y pensemos cuál podría ser, entonces, la finalidad del artículo 578.

Para ello, examinemos la opinión de una autora que se ha mostrado favorable a la aparición de este delito, RUIZ DE LANDÁBURU, y confrontémosla con la de un autor que ha llegado a la conclusión opuesta, VIVES ANTÓN, partiendo ambos del mismo punto de partida: el delito de enaltecimiento del terrorismo es sospechoso de vulnerar el art. 20 de la Constitución.

Señala RUIZ DE LANDÁBURU, en este sentido, que “la relación entre este delito y la libertad de expresión será, por definición, de conflicto, lo que impone para su solución una ponderación de intereses en juego, entendiéndose justificada la restricción del derecho fundamental exclusivamente cuando en el castigo de la conducta apo-

logética exista un mayor interés social que en el ejercicio de aquél, atendiendo para ello al bien jurídico atacado por la conducta y la gravedad e intensidad del ataque, tomando como base las necesidades sociales imperantes en un determinado momento y, por supuesto, la enorme relevancia del derecho fundamental en juego¹³.

La cuestión estriba en determinar si, efectivamente, la conducta descrita en el art. 578 tiene la suficiente entidad lesiva como para que exista un mayor interés social en su punición que en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

A juicio de esta autora, la respuesta es positiva:

“Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la libertad de expresión no sólo constituye un ámbito de libertad que permite al ciudadano manifestar o comunicar a los demás sus opiniones, sino que también es un pilar básico en una sociedad democrática por cuanto contribuye a la formación de la opinión pública. Y todo esto es cierto, pero no en el ámbito del delito y, mucho menos, en el ámbito del terrorismo. ¿En qué medida la alabanza a un delito es un elemento relevante para la formación de una opinión pública libre y democrática? ¿En qué medida el escuchar esos mensajes nos hace participar en los asuntos públicos de forma responsable? En nada. Al contrario, muchas veces, la coarta¹⁴.

En este sentido, al ser las conductas de apología del terrorismo “un nuevo fenómeno criminal, generalizado y constante en el tiempo, que opera con la misma finalidad que el terrorismo clásico, pero sin causar muertos, heridos o estragos¹⁵, es perfectamente legítima su punición, “ya no sólo porque no forma opinión pública, sino fundamentalmente porque lesiona gravemente el bien jurídico protegido¹⁶”.

En conclusión, “el elogio del terrorismo es un comportamiento absolutamente reprochable, en absoluto amparado por la libertad de expresión y que constituye un ataque al bien jurídico protegido: la paz social y el mantenimiento del orden constitucional¹⁷”.

Diversa es la posición de VIVES ANTÓN, quien comienza su argumentación dejando sentado que “no se trata de que la apología sea inocua; sino, quizás, de que algunos daños o peligros bien reales, que proceden del ejercicio de algunas libertades no pueden, en el marco de un ordenamiento jurídico racional, combatirse por medio de la restricción de la libertad. Tal vez (...) en algunos ámbitos la libertad haya de defenderse por sí misma, esto es, sin ayuda de la coacción estatal¹⁸”.

Desde esta perspectiva, se trataría de examinar hasta qué punto una configuración racional del ordenamiento jurídico puede compadecerse con el castigo de la apología.

Y, en efecto, estando la libertad en la base del Estado democrático –esto es, presuponiendo teóricamente la configuración democrática de la forma política que los seres humanos que se han de regir por ella son racionales, iguales, libres y autónomos-

13 RUIZ DE LANDÁBURU, M^a. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, ed. Colex, Madrid, 2002, pág. 78.

14 RUIZ DE LANDÁBURU, *Provocación y apología*, pág. 79.

15 RUIZ DE LANDÁBURU, *Provocación y apología*, pág. 82.

16 RUIZ DE LANDÁBURU, *Provocación y apología*, pág. 83.

17 RUIZ DE LANDÁBURU, *Provocación y apología*, pág. 80.

18 VIVES ANTÓN, T. S., “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo” en GÓMEZ COLOMER, J. L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.) *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 38.

debemos presuponer que determinadas ideas y, por tanto, determinadas opiniones puedan ser expresadas sin problemas, puesto que, de lo contrario, el sistema entero devendría incongruente.

No dejaría de resultar paradójico, efectivamente, que el Estado decidiese por sus ciudadanos qué clase de ideas puede llegar a conocer y cuáles no, negándole así al individuo concreto la racionalidad, autonomía y libertad que el propio ordenamiento le presupone¹⁹.

En conclusión, señala VIVES ANTÓN:

“Aplastar la serpiente en el huevo conminando la simple expresión de opiniones y creencias revela una inadmisibile falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones.

Naturalmente, esta conclusión no es, como ya se ha anticipado, un juicio acerca de la constitucionalidad del castigo de la apología del delito. Tal juicio no puede emitirse desde la racionalidad abstracta, sino que ha de atender a la concreta formulación constitucional de la libertad de expresión; ni puede recaer sobre una, también abstracta, expresión de razones en un marco comunicativo intachable, sino que ha de proyectarse sobre tipos penales concretos aplicados en circunstancias concretas”²⁰.

A mi juicio, la posición de VIVES ANTÓN consigue, en mayor medida que la de RUIZ DE LANDÁBURU, encontrar un apropiado equilibrio entre el mantenimiento a toda costa de la libertad de expresión y la defensa de relevantes bienes jurídicos.

Si bien es cierto que la apología no es (o puede no ser) inocua, la alusión a bienes jurídicos tan abstractos como tendencialmente asemánticos (“paz social”, “mantenimiento del orden constitucional”) siempre resulta problemática si la confrontamos con una restricción del derecho a la libertad de expresión (cuestión nada baladí, ciertamente).

Si, en efecto, esto es así, y si, en la línea apuntada por VIVES ANTÓN, conviene examinar en concreto las distintas limitaciones penales al mencionado derecho, intentemos, acto seguido, proyectar su conclusión sobre el tipo penal concreto que nos ocupa, el artículo 578 del Código penal.

¿Existe, en suma, un *plus* en la conducta descrita en dicho precepto respecto de la mera expresión de una opinión? ¿debe requerirse algún elemento adicional para que las expresiones enaltecedoras del terrorismo puedan ser consideradas legítimamente punibles?

Recordemos la argumentación de la Audiencia Nacional en la sentencia condenatoria:

“No constituyen aquéllas [expresiones] meras “opiniones” más o menos acertadas sobre realidades históricas vertidas en un “acto político o electoral” como pretende la defensa, ni el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión (...) sino de manifestaciones que expresan la absoluta identificación del acusado con la organización criminal ETA, sus objetivos, sus actividades y su método de actuación”.

19 VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, pág. 41.

20 VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, pág. 42.

Como observamos, el tribunal basa su condena en el hecho de que exista tal identificación entre el procesado y la banda terrorista. Ahora bien ¿verdaderamente el hecho de que un ciudadano se adhiera públicamente a las ideas (o, incluso, a los métodos) de un grupo terrorista vulnera el bien jurídico “paz social”? ¿*realmente* puede decirse que pone en peligro el “mantenimiento del orden constitucional”?

En mi opinión la respuesta es negativa: la identificación con el ideario terrorista no puede erigirse *per se* en fundamento de un tipo penal, máxime cuando supone una restricción de la libertad de expresión (elemento clave –éste sí– para el “mantenimiento del orden constitucional”).

Llegamos así al callejón sin salida al que aboca el artículo 578: de un lado, el castigo del mero elogio del terrorismo –aunque éste suponga, de algún modo, un “desprecio hacia el bien jurídico protegido”²¹– parece desbordar los límites constitucionalmente fijados a la intervención punitiva; de otro, todo parece indicar que no es viable una interpretación correctora.

En efecto, la voluntad del legislador está clara, a la vista de la Exposición de Motivos antes transcrita. Igual de claro es el tenor literal del precepto, que no exige ningún requisito más allá del mero enaltecimiento o de la mera justificación.

Como es sabido, gran parte de la doctrina ha propuesto interpretar conjuntamente el art. 578 con la previsión genérica contenida en el art. 18, es decir, exigiendo que las conductas descritas en el primero de los preceptos supongan una provocación directa al delito.

Vaya por delante que esta interpretación es la más garantista y la que más apariencia de constitucionalidad otorgaría al art. 578. No obstante, no deja de ser una interpretación *contra legem*; una interpretación que no termina de compadecerse ni con la intención del legislador al introducir el precepto ni con su redacción.

En suma, la particular naturaleza del precepto ha llevado a algunos autores a señalar que “el artículo 578 tipifica un comportamiento apologetico, que no requiere incitación directa ni indirecta, que no es un acto preparatorio, que no es provocación, que no se castiga por el peligro, ni siquiera abstracto, para un bien jurídico de referencia de los delitos de terrorismo, que tiene naturaleza de delito autónomo (...) y que tiene una pena propia (y no de referencia)”²².

Tal era, asimismo, el callejón sin salida al que conducía el art. 607. 2. Por esta razón, como adelantamos en la introducción, consideramos que la conclusión a la que ha llegado el TC sobre este último precepto puede servir, *mutatis mutandis*, como guía de interpretación del art. 578 de ahora en adelante. Y, como veremos en el próximo apartado, el TC sí tiene claro qué naturaleza pueda llegar a tener esta clase de delitos.

Pero antes de concluir este apartado, volvamos un paso atrás: se indicó antes que la alusión por parte del Ministerio Fiscal a los “importantísimos problemas” que plantea el art. 578 justificaba sólo en parte su actuación.

La razón es que el Ministerio Fiscal se encuentra constreñido al cumplimiento del ordenamiento jurídico y existiendo (siempre desde nuestro punto de vista) indicios

21 RUIZ DE LANDÁBURU, *Provocación y apología*, pág. 77.

22 MANJÓN – CABEZA OLMEDA, A., “Apología del terrorismo” en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / GURDIEL SIERRA, M. / CORTÉS BÉCHIARELLI, E. (coords.), *Estudios penales en recuerdo del prof. Ruiz Antón*, ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2004, pág. 580.

más que fundados de la comisión del delito de enaltecimiento del terrorismo por parte del portavoz de Batasuna, debería haber solicitado la condena de éste o haber planteado ante el tribunal sus dudas sobre la constitucionalidad del tantas veces citado artículo en ausencia del requisito de la provocación al delito (para que, en su caso, el tribunal pudiese suscitar una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, como sucedió en el caso del art. 607. 2 CP, como veremos inmediatamente). Más allá de la razón política que pueda subyacer a la actuación del Ministerio Fiscal, no parece que la retirada de la acusación sea el modo más idóneo de expresar sus dudas sobre la constitucionalidad de un precepto.

Dos supuestos de hecho altamente mediatizados por el elemento político, una sentencia condenatoria fundamentada en la “absoluta identificación del acusado con la organización criminal ETA, sus objetivos, sus actividades y su método de actuación”, una retirada de la acusación pública por parte del Ministerio Fiscal y una sentencia absolutoria que *de facto* quiere significar una condena parecen, en suma, elementos suficientes para mostrar cuán problemático es el presente del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo.

Veamos a continuación cuánta luz y cuánta sombra puede llegar a aportar la Sentencia del TC de 7 de noviembre de 2007 al futuro de este precepto.

III. EL FUTURO DEL ARTÍCULO 578 DEL CP A LA LUZ DE LA NUEVA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL:

III. 1. Consideraciones previas:

“El acusado Pedro Varela Geiss, mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando en su condición de titular y director de la librería Europa, sita en la calle Séneca nº 12 de esta ciudad de Barcelona, ha venido procediendo de forma habitual y continuada, con posterioridad al mes de junio de 1.996, y a sabiendas de la entrada en vigor en España de la actual legislación penal en esta materia, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y videográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el período histórico de la segunda guerra mundial, masacre colectiva programada y ejecutada por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época de III Reich.

La inmensa mayoría de dichas publicaciones, contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles seres inferiores a los que se debe exterminar como “a las ratas”²³.

Tal es (resumido) el supuesto de hecho central de la sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998, en la que se condena a Pedro Varela a 5 años de prisión en concepto de autor de un delito continuado del artículo 607.

23 Sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998, hecho probado número 1.

2 y de un delito –asimismo continuado– de provocación a la discriminación y al odio racial del artículo 510. 1²⁴.

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 TC.

Concretamente, como relata la STC de 7 de noviembre de 2007, la duda de constitucionalidad que se le suscitó a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona es la compatibilidad del mencionado artículo 607. 2 y el artículo 20.1 de la Constitución, en la medida en que, a su juicio, “el art. 607.2 CP constituye un tipo penal autónomo que no puede integrarse con la definición que de la apología del delito ofrece el art. 18 CP ni, en consecuencia, sanciona la apología de los delitos de genocidio ni tampoco la provocación a su comisión o la incitación al odio racial, al venir ya tipificadas estas conductas en otros preceptos del Código Penal (arts.510, 515,5º, 519 y 615 CP).

La conducta sancionada por el art. 607.2 CP es, pues, exclusivamente la de difundir ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio (...). Definida en estos términos la conducta tipificada en el art. 607.2 CP, el órgano judicial proponente considera que resulta evidente el conflicto entre esta norma penal, que sanciona la difusión de ideas y opiniones sobre determinados hechos históricos, y el derecho a la libertad de expresión constitucionalmente consagrado. Si bien reconoce que, ciertamente, el legislador puede elegir el bien jurídico que estima necesitado de protección penal, opina que en este caso el subyacente al mencionado precepto presenta una naturaleza muy difusa, puesto que sería identificable con el interés en evitar que se cree un “clima favorecedor de conductas discriminatorias” ya que la incitación o invitación a realizar comportamientos dirigidos a conculcar derechos fundamentales o que supongan menosprecio a la dignidad de la persona ya están contempladas como conductas delictivas por otros preceptos penales.

Así concretado, la Sala considera que el mencionado bien jurídico no es merecedor de protección penal en la medida en que, además de su carácter difuso, supone un límite al derecho a la libertad de expresión”²⁵.

Como vemos, si bien el supuesto de hecho del *Caso Varela* no guarda demasiada semejanza con los dos “casos Otegi” antes referidos, la duda de constitucionalidad acerca del art. 607. 2 evoca, de un modo u otro, las dudas que suscita el art. 578: se trata de dos preceptos que castigan expresiones, opiniones, juicios de valor etc. sin requerir ningún plus de peligrosidad y sin que resulte del todo claro cuál sea su bien jurídico protegido.

Veamos sin más dilación qué suerte ha corrido el art. 607. 2 en la sentencia del TC de 7 de noviembre de 2007.

24 Por razones de espacio, no podremos entrar en la argumentación de esta sentencia. Baste reseñar, en este sentido, algunos extractos de sus fundamentos jurídicos: “No nos hallamos ante un supuesto típico de apología, pues en el actual Código dicha forma de ejecución aparece residenciada en el ámbito de la provocación delictiva descrita en el art. 18 en relación con el 615. Se trata más bien de un tipo penal autónomo, cuya razón de ser radica en una legítima y necesaria voluntad legislativa de prevención, a fin de evitar un resultado gravísimo (...) No se castiga la difusión de ideas o doctrinas como método genérico, y por tanto espúreo, de cercenar la libertad ideológica, sino sólo cuando concurre un concreto y evidente riesgo de generar actos que conculquen de forma grave derecho fundamentales de una pluralidad de ciudadanos. (...) La incitación implícita en el art. 607.2 ya no requiere por tanto, aquel carácter de estar directamente encaminada a delinquir, pues cumple igualmente los requisitos del tipo toda negación o justificación de las conductas genocidas, que constituya un claro ataque a la dignidad humana del grupo social o étnico perseguido”.

25 STC de 7 de noviembre de 2007, Antecedente de hecho número 3.

III. 2. La sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007:

El TC entra en materia sin ambages, señalando que “aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución.

La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas.

Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por la libertades científica [art. 20.1. b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal.

En tal sentido, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código Penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional.”²⁶.

Esto sentado, el TC opta por una bifurcación de su argumentación, realizando una distinción –a la postre, como veremos, decisiva– entre el inciso referido a la “negación” del genocidio y el inciso que alude a la “justificación” de prácticas genocidas.

Por supuesto, parece que a los efectos de este trabajo resulta más interesante la argumentación referente a la justificación del genocidio (en la medida en que el art. 578 no hace referencia a una conducta de “negar” el carácter terrorista de un acto) pero no deja de resultar interesante, como veremos, observar cómo argumenta el TC acerca del delito de *negacionismo* y, sobre todo, qué diferencias encuentra entre esta conducta y la de justificación.

“Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal” –señala el TC– “permite distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. A simple vista, la negación, puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de cierta identificación con los autores”²⁷.

26 STC de 7 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 6.

27 STC de 7 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 7.

En efecto, por lo que respecta a la conducta de “negar” un genocidio, el TC pone de relieve que “la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del art. 20.1 CE”²⁸.

En este sentido, “la mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane.

Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente –como sugiere el Ministerio Fiscal– puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea *per se* capaz de conseguirlo”²⁹.

Así las cosas, en consecuencia, “la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)”³⁰.

La sentencia del TC declara, por consiguiente, la inconstitucionalidad del delito de *negacionismo*. Sin embargo, no sucederá lo mismo con el delito de *justificación* del genocidio puesto que tratándose, al menos en principio, de un juicio de valor (al contrario de lo que sucedía con la mera negación) puede apreciarse en dicho tipo penal el referido elemento tendencial de perseguir objetivamente la creación de un clima social de hostilidad.

La intención o no de crear dicho “clima social de hostilidad” es, por tanto, la que determina la constitucionalidad de los subtipos contenidos en el art. 607. Y ello porque dicho elemento tendencial puede operar como una *incitación indirecta a la comisión de un delito*.

En efecto, indica el TC que “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio”³¹.

La sentencia, como vemos, toma como elemento a tener en cuenta la particular peligrosidad del delito de genocidio, peligrosidad que justificaría adelantar la punición a la provocación indirecta (como sabemos, excluida con carácter general en el art. 18).

Sobre esta cuestión de la “especial peligrosidad” volveremos inmediatamente. Por de pronto, dejemos al TC concluir su argumentación:

“El legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre

28 STC de 7 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 8.

29 STC de 7 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 8.

30 STC de 7 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 8.

31 STC de 7 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9.

que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE³². Hecha esta salvedad, el castigo de la justificación del genocidio resultará constitucionalmente legítima siempre que entre en conflicto con bienes jurídicos constitucionalmente relevantes:

“Así sucede, en primer lugar” –indica la sentencia– “cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración.

Sucedirá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio 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”³³.

La conclusión del TC es clara: “resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato 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 (art. 607.2 CP)”³⁴.

En el fallo, por consiguiente, el TC declara que “no es inconstitucional el primer inciso del art. 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 9 de esta Sentencia”.

Sentado todo lo anterior, traslademos ahora todo lo dicho al ámbito del art. 578 y tratemos de avanzar cuál pueda llegar a ser –desde esta perspectiva– el futuro de dicho precepto a la luz de la nueva doctrina constitucional.

III. 3. De la negación y justificación del genocidio al enaltecimiento y justificación del terrorismo. ¿Una interpretación del TC del art. 578 CP?

Hasta qué punto el TC era consciente de que una sentencia sobre el art. 607. 2 CP suponía implícitamente una toma de postura respecto del art. 578 es una incógnita, pero –como el lector podrá imaginar– su argumentación respecto del primer precepto es fácilmente extrapolable al segundo.

Hagamos, por tanto, el ejercicio intelectual de ver cuál podría ser la interpretación del TC del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo.

En primer lugar, comencemos por un hecho muy claro: la alusión que realiza el TC a que el genocidio es “especialmente odioso” y “pone en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad” es perfectamente aplicable al fenómeno del terrorismo.

Los términos *terrorismo* y *genocidio* comparten un acusadísimo componente simbólico: todos, del legislador a los aplicadores del Derecho, pasando por los ciuda-

32 STC de 7 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9.

33 STC de 7 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9.

34 STC de 7 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9.

danos, comprenden enseguida, con su mera mención, que estamos ante dos de los fenómenos más lesivos para una sociedad.

Por esta razón, no es de extrañar que el TC haga referencia al peculiar carácter del genocidio (capaz, nada menos, que de “poner en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad”) para justificar un ámbito de punición mucho más amplio.

Sin embargo, no estaría de más entrar a valorar, preliminarmente, hasta qué punto puede seguir manteniéndose esta correlación *alta peligrosidad del terrorismo – legislación de excepción*, sobre todo por tres razones: porque la eficacia de este tipo de reacciones penales es más que dudosa³⁵, porque dista de ser evidente que el terrorismo pueda, en la práctica, poner en riesgo la esencia de la sociedad y porque, a fin de cuentas, cuanto más amplios sean los contornos de un concepto, menos contenido semántico posee.

En este sentido, cuando se alude al *terrorismo*, suele pensarse en sus formas más extremas de aparición pero basta una somera lectura de la sección dedicada en el CP a los delitos de terrorismo para percatarse de que *terrorista* es un adjetivo predicable de una gran cantidad de conductas.

Lo mismo sucede, en efecto, con el genocidio, término que nos remite a gravísimas violaciones de derechos humanos y a contextos históricos terribles pero que –de nuevo- si examinamos el art. 607. 1 CP³⁶ podemos darnos cuenta de que incluye conductas de muy distinta gravedad y de que, en realidad, gravita sobre el elemento subjetivo “con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” y no en la existencia, en modo alguno, de una situación de genocidio *in progress*, por así decirlo.

De esta suerte, la analogía entre genocidio y terrorismo se extiende también a su propia definición legal, basada, en ambos casos, fundamentalmente en un elemento subjetivo³⁷, lo que conduce inexorablemente –en lo que aquí importa- a una situación muy conflictiva: la cadena *terrorismo – legislación penal* tiende a convertirse (si reducimos

35 Señala CANCIO MELIÁ que la legislación penal antiterrorista “no sirve para nada (...) no elimina ni disminuye los delitos que pretende combatir” (CANCIO MELIÁ, M., “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7 / 2000”, Revista peruana de Ciencias Penales, número 13 (2003), pág. 168).

36 Precepto que que reza así:

“Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1) Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2) Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3) Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

4) Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5) Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2. y 3. de este apartado”.

37 El “propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” en el caso del genocidio, el de “subvertir el orden constitucional”, “alterar gravemente la paz pública”, o el de “contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social político o profesional” en el caso de los delitos de terrorismo.

el primer término a su único y verdadero elemento configurador) en una relación *intención terrorista – expansión de la punición*. O, lo que es lo mismo, invirtiendo la relación: *expansión del castigo de la intención terrorista*³⁸.

Dicho esto, llegamos a la conclusión fundamental acerca del futuro del artículo 578 del CP.

Tras la Sentencia de 7 de noviembre de 2007, las dudas sobre la constitucionalidad de este precepto (expresadas por la doctrina desde el mismo momento de su introducción) parecen resolverse en el sentido de que dicho precepto será legítimo (extrapolando lo dicho por el TC acerca del art. 607. 2) en la medida en que *persiga objetivamente la creación de un clima social favorable a la actuación de un grupo terrorista y entre en colisión con bienes constitucionalmente relevantes, en el modo descrito en el Fundamento Jurídico 9º de dicha sentencia, esto es, cuando suponga un modo de incitación indirecta a la comisión de un delito de terrorismo o cuando pueda constituir una provocación al odio hacia determinados ciudadanos caracterizados por ser objetivo potencial de las acciones terroristas*.

De este modo, el art. 578 CP, en primer lugar, no se regiría por la previsión general contenida en el art. 18, como gran parte de la doctrina venía exigiendo.

Esto, a mi juicio, nos lleva a cierta paradoja valorativa: a la vista de la sentencia, existirían dos excepciones al art. 18, es decir, dos supuestos de provocación *indirecta* que resultarían punibles; a saber, la justificación de un delito de genocidio y la justificación de un delito de terrorismo.

La paradoja estriba en que, en el caso del terrorismo, en el que unos meros daños³⁹ pueden ser considerados un delito de terrorismo si concurre “la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social político o profesional”⁴⁰, nos encontramos con que la justificación de unos daños *terroristas* sería punible en cuanto que provocación indirecta, cuando la provocación indirecta a un *simple* homicidio es, como sabemos, impune.

Por supuesto, podría apelarse al carácter excepcional que presentan ambos fenómenos para sustentar un adelantamiento de la barrera punitiva de semejante entidad y que la provocación indirecta lo es a cometer *cualquier* delito de terrorismo y no aquél concreto que se ha justificado.

Aquí, de nuevo, juega la extraña lógica del genocidio y del terrorismo: dos conceptos que, en abstracto, tienen un gigantesco poder retórico y un contenido tendencialmente ilimitado que, en concreto, puede diluirse con cierta facilidad.

En segundo lugar, si adoptamos una perspectiva crítica, podríamos decir que lo que se pretende con el castigo de la provocación indirecta es o bien llevar hasta sus últimas consecuencias el castigo del dolo terrorista (a fin de cuentas, el único elemento caracterizador de todos los delitos de terrorismo) o proteger como bien jurídico la propia eficacia de la lucha antiterrorista (que podría verse mermada desde el plano comunicativo por este tipo de conductas).

38 Acierta de nuevo CANCIO MELIÁ cuando señala que “mediante sucesivas ampliaciones se ha alcanzado un punto en el que *estar ahí* de algún modo, *formar parte* de alguna manera, *ser uno de ellos* aunque sólo sea en espíritu, es suficiente” (CANCIO MELIÁ, M., en JAKØBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 102).

39 Los previstos en el tipo básico del art. 263 CP, sin ir más lejos.

40 Art. 577 CP.

Sea como fuere, cualquiera de las dos opciones resulta muy problemática, algo de lo que fue consciente el legislador de 1995 al eliminar la provocación indirecta del ámbito de lo punible⁴¹ lo cual, con toda certeza, no ha sido óbice para la introducción del art. 578, en la medida en que la legislación penal antiterrorista de nuestro Estado, a juzgar por su evolución, no tiene en cuenta la dogmática jurídico-penal o los principios garantistas sino simplemente razones de eficacia y de oportunidad: si se considera que un determinado fenómeno pone en entredicho la estrategia legislativa, se introduce un nuevo tipo penal, sin reparar en los problemas que pueda llegar a plantear. Lo importante, en todo caso, es eliminar esa merma que produce en el poder simbólico de la política antiterrorista la aparición de nuevas *actitudes terroristas*.

En tercer lugar, pensemos en las declaraciones de Otegi (tanto en las del funeral de Olaia Kastresana como en las del homenaje a Argala): más allá de su fácil subsunción en el tipo penal del art. 578 (como vimos), ¿es una conducta auténticamente peligrosa? ¿supone una incitación indirecta a la comisión de un delito terrorista? ¿es idónea para provocar al odio a los colectivos amenazados por la banda terrorista ETA? Pero, sobre todo, su punición ¿verdaderamente no supone una intervención en su derecho a la libertad ideológica?

Recordemos que el TC, en la referida sentencia, señalaba que “el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE⁴²”.

Ahora recuperemos el argumento básico que utilizó la Audiencia Nacional para condenar a Otegi:

“No constituyen aquéllas meras “opiniones” más o menos acertadas sobre realidades históricas vertidas en un “acto político o electoral” (...) ni el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de (...) sino de manifestaciones que expresan la absoluta identificación del acusado con la organización criminal ETA, sus objetivos, sus actividades y su método de actuación”.

A mi juicio, no resulta tan claro cuál haya de ser el límite entre la “absoluta identificación” de un ciudadano con un grupo terrorista entendido como ejercicio de su libertad ideológica y de expresión y la misma conducta entendida ahora como elemento idóneo para provocar al odio a un determinado colectivo o para crear un clima social favorable a la actuación de un grupo terrorista.

La precaución del TC al señalar que el límite del legislador a la hora de castigar este tipo de comportamientos es el art. 16 (en conexión con el 20) de la Constitución, se muestra un tanto vaga si la comparamos con la facilidad con la que podemos pasar de un lado a otro de dicho límite.

Sea como fuere, el espacio asignado a este trabajo se está agotando, de modo que conviene recapitular:

-A mi juicio, la argumentación mediante la que el TC llegó a la conclusión de que el delito de justificación del genocidio era constitucional es aplicable al delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo.

41 P. ej. ¿cómo demostrar la intención del autor de incitar a la comisión de un delito de terrorismo si tal incitación es meramente indirecta?

42 STC de 7 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9.

- Así las cosas, las dudas sobre la constitucionalidad de dicho precepto parecen resolverse, tras esta sentencia, en el sentido de su no inconstitucionalidad, en la medida en que supone la expresión de un juicio de valor, potencialmente lesiva para bienes jurídicos constitucionalmente relevantes.
- De lo anterior se deduce que el TC acepta la legitimidad constitucional de tipos penales que castigan conductas que no suponen una provocación *directa* al delito (como exige la regla general del art. 18), en contraposición a lo mantenido por gran parte de la doctrina.
- En este sentido, el contenido de injusto de dichas conductas vendría dado por suponer un modo de incitación indirecta a la comisión de un delito de terrorismo o un tipo de provocación mediata al odio hacia determinados ciudadanos.
- Los problemas que supone el mantenimiento de dicha interpretación son múltiples y van desde el problema probatorio (o, en el peor de los casos, la utilización de presunciones) hasta la evidente dificultad de trazar una frontera clara entre expresión de juicios de valor, adhesión a una determinada ideología y peligro *real* para bienes jurídico-penales.
- Como trasfondo de toda esta problemática, como siempre, nos encontramos con las peculiaridades de la lucha antiterrorista, ahora, de algún modo, legitimadas por el TC, al aceptar la constitucionalidad del art. 607. 2 CP.
- En este sentido, la legislación penal antiterrorista continuará en la misma clave: el art. 578 seguirá siendo un arma eficaz para la persecución de la expresión de opiniones afines a las mantenidas por grupos terroristas: un instrumento normativo en el que las previsiones constitucionales adquieren perfiles extraordinariamente vagos, quedando a merced de los principios de eficacia y oportunidad, cuando no a los vaivenes de la vida política.