

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA DELIMITACIÓN DE SUS CONTORNOS EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO¹

Enara Garro Carrera
Investigadora Juan de la Cierva
Universidad del País Vasco²

I.INTRODUCCIÓN
II.NORMATIVA INTERNACIONAL Y JURISPRUDENCIA DEL TEDH
1. Jurisprudencia del TEDH
III. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS
1. Libertad de expresión y conductas apologéticas
A) La apología del terrorismo
B) El reclamo público de acciones violentas
C) El delito de enaltecimiento del terrorismo
a) Enaltecimiento de los delitos de terrorismo o de los que hayan participado en su ejecución
b) Realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas o a sus familiares
2. Libertad de expresión y cierre de medios de comunicación
IV. CONCLUSIONES
V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española recoge la libertad de expresión, en sus diversas manifestaciones, como derecho fundamental (art. 20). Este derecho consta, en efecto, de diferentes vertientes: a) la libertad de expresión *stricto sensu*, o el derecho a manifestar libremente las propias ideas, pensamientos y opiniones (art. 20.1.a); la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica (20.1.b); la libertad de cátedra o derecho a la libre expresión de los docentes (art. 20.1.c); la libertad de información, o derecho a transmitir y recibir libremente información veraz.

De estas cuatro facetas de la libertad de expresión, principalmente son dos las que guardan relación con el objeto del presente trabajo y las que, por tanto, serán abordadas en los siguientes epígrafes.

Por una parte, desde la perspectiva de la libertad de expresión en sentido estricto, los posibles puntos de fricción que requieren de un ulterior análisis son las denominadas **conductas apologéticas** y de **exaltación del terrorismo**, cuya configuración típica e interpretación jurisprudencial serán abordadas.

Por otra parte, interesa hacer alusión a la **libertad de información y prensa** como otra de las vertientes de la libertad de expresión que puede colisionar con otros intereses o

¹ Capítulo cerrado a octubre de 2008

² Este trabajo se inscribe en el Proyecto I+D+I del Ministerio de Ciencia e Innovación SEJ2006-13791/JURI, así como en el Programa de Ayudas para apoyar las actividades de los Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco (GIC07/15).

pretensiones. Sobre todo en atención a los antecedentes de cierres de medios de comunicación en Euskadi ante la sospecha de que colaboraban financiera e ideológicamente con ETA, resulta obligada una referencia a las condiciones en las que pueden operar los límites a ese derecho y a la viabilidad de los mecanismos a los que se ha recurrido al restringirlo.

En lo que concierne al análisis de la normativa y jurisprudencia españolas, el trabajo se estructura en dos partes que se corresponden con los puntos aludidos, por lo que se expondrán de forma ordenada, distinguiendo ambas vertientes de la libertad de expresión, y las problemáticas que lleva aparejada cada una. Se ha optado por incluir las referencias a la normativa internacional y a la labor del TEDH previamente y con carácter general, de forma que dicho aspecto no resulte repetitivo en cada uno de los epígrafes.

II. NORMATIVA INTERNACIONAL Y JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Siendo la libertad de expresión uno de los derechos fundamentales reconocidos por el constitucionalismo más temprano, no es de extrañar que, también desde una perspectiva internacional, diversas instancias se hayan ocupado de recogerlo, haciéndose eco de su relevancia.

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos** de 10 de diciembre de 1948 recoge ya en su Preámbulo *“como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”*. Estas palabras del Preámbulo ya avanzan la trascendencia que se concede a la libertad de expresión en el articulado.

Así, dispone el art. 19 que *“todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y 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”*.

Queda patente que el precepto se ciñe a la proclamación del derecho a la libertad de expresión de forma amplia y prácticamente omnicompreensiva de las vertientes que ésta puede adquirir.

Años después, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** de 19 de diciembre de 1966 (BOE 30-04-1977) viene a desarrollar lo dispuesto por la Declaración de Derechos Humanos y de forma algo más detallada dispone lo siguiente en los apartados 1 y 2 del art. 19:

“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 a su elección”.

Respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto ahonda, por una parte, en los canales de los que se puede servir la libertad de expresión. Pero sobre todo, alude a los *deberes y responsabilidades* que entraña el ejercicio de dicho derecho y a las *restricciones* a las que puede estar sujeto (art. 19.3). El Pacto proclama que las limitaciones a la libertad de expresión deberán ser necesarias para *“asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”* (art. 19.3.a) o bien para *“la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”* (art. 19.3.b).

A través del **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales** de 4 de noviembre de 1950 (BOE 10-10-1979), el Consejo de Europa anunciaba su resolución de tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la

garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal. Así, el art. 10 del Título primero (Derechos y Libertades) proclama el derecho a la libertad de expresión³, si bien incidiendo de manera notable sobre los límites a los que puede estar sometido. En efecto, además de hacer alusión a la *autorización previa* a la que pueden someter los Estados a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión (art. 10.1), el segundo apartado del precepto alude a las *restricciones* de las que puede ser objeto este derecho, incidiendo, eso sí, en que las medidas – previstas por la ley⁴ – que limiten la libertad de expresión deberán resultar *necesarias, en una sociedad democrática*, para la salvaguarda de otros intereses. Considerando que el listado de intereses que pueden propiciar restricciones en la libertad de expresión abarca extremos tan resbaladizos e indeterminados como la defensa del orden, la protección de la moral, así como aspectos tan amplios como la protección de derechos de terceros o la prevención de delitos, resulta evidente que se hace necesaria una ulterior interpretación y tematización del criterio de “necesidad en una sociedad democrática”.

Tampoco puede dejar de mencionarse que el art. 15 de la Convención prevé la posibilidad de que, en caso de guerra o de otro peligro público que resulte una amenaza para la propia vida de la nación, cualquier Estado contratante tome medidas que deroguen las obligaciones que dimanen de la misma, siempre y cuando dichas medidas resulten necesarias y no estén en contradicción con el resto de obligaciones provenientes del derecho internacional⁵.

Evidentemente, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a los márgenes de operatividad del derecho a la libertad de expresión en numerosas controversias, por lo que no se postergará más allá del siguiente epígrafe el análisis de su doctrina en esta materia.

A nivel de la Unión Europea, el art. 6 del **Tratado de la Unión Europea** expresa, genéricamente, su adhesión a los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho (art. 6.1), incidiendo en que se respetarán, en ese ámbito, los términos del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (art. 6.2.).

Años después, la **Carta de los Derechos fundamentales de Niza** de 7-12-2000, proclamaba su intención de reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la

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

⁴ El aspecto relativo a la garantía del principio de legalidad respecto a las limitaciones al derecho a la libertad de expresión se halla en estrecha relación con el apartado relativo al cierre de medios de comunicación, por lo que se retomará más adelante.

⁵ El art. 15 de la Convención reza así:

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.*

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.

evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos, recogiendo, en su art. 11, el derecho a la libertad de expresión y de información.

1. Jurisprudencia del TEDH

La jurisprudencia del TEDH ha dejado patente, en las últimas décadas, que la libertad de expresión constituye una de las bases de una sociedad democrática, en la medida en que ampara opiniones, ideas o informaciones que pueden resultar ofensivas, molestas o que causen una gran conmoción en la generalidad. Derecho que se extiende a toda forma de difusión y que incluye al autor y también el editor y la empresa difusora (véase el caso *Öztürk v. Turkey*, de 28 de septiembre de 1999). Sin embargo, como ocurre con la mayoría de los derechos, no se trata de un derecho absoluto, por lo que podrá ser objeto de restricciones. Veamos cuáles son los criterios de interpretación que se desprenden de la labor del TEDH:

- *Principio de legalidad*

Cualquier limitación a la libertad de expresión debe estar expresamente recogida por ley, debiendo ser ésta suficientemente accesible y precisa para que el ciudadano pueda realizar un juicio de previsibilidad en torno a las consecuencias que le pueda deparar una acción (*Sunday Times v. United Kingdom*, 26 de abril de 1979). Y aunque el TEDH no ha dudado en reconocer una violación del derecho a la libertad de expresión cuando la definición de sus límites ha sido considerada demasiado vaga (*Hashman and Harrup v. United Kingdom*, de 25 de noviembre de 1999), el nivel de precisión exigido variará en función de la clase de norma en cuestión. Así, en el caso *Rekvényi v. Hungary* (20 de mayo de 1999) consideró que una previsión constitucional era lo suficientemente detallada en caso de ser leída, simultáneamente, junto con leyes complementarias y leyes administrativas.

- *Protección de derechos de terceros*

El TEDH ha abordado en este ámbito casos relacionados con la negación del Holocausto. Así, por ejemplo, en el caso *Garaudi v. France*, de 24 de junio de 2003, en el que el objeto de controversia lo constituía una publicación revisionista del Holocausto, el Tribunal consideró que el objetivo y el tenor general del libro eran marcadamente contrarios a la Convención, ya que el demandante pretendía hacer uso de su libertad de expresión para finalidades que, en caso de resultar amparadas, contribuirían a la destrucción de los derechos y libertades garantizados en la misma.

- *Necesidad y proporcionalidad*

Las valoraciones en torno a la necesidad de limitar el derecho a la libertad de expresión en casos de terrorismo nunca han resultado simples. Dicha valoración dependerá de las circunstancias del caso concreto, pero, en cualquier caso, no puede considerarse que haya reglas o directrices claras respecto a la línea a seguir con carácter general.

Para que una limitación del derecho a la libertad de expresión resulte asumible, el gobierno deberá justificar adecuadamente las medidas tomadas, explicando la necesidad

de dicha interferencia en una sociedad democrática. En el caso *Sunday Times v. United Kingdom*, 26 de abril de 1979, el TEDH puso de relieve que “necesario” no puede equipararse con “indispensable”, aunque tampoco con “razonable” o “deseable”. Lo que ha de constatarse, más bien, es una apremiante necesidad social que debe ir conectada con los presupuestos de una sociedad democrática, como son la tolerancia y la apertura de miras. Así, en el caso *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986 se afirmaba que “El Tribunal debe contemplar la interferencia a la luz del caso en su totalidad. En particular, deberá determinar si la interferencia en cuestión era proporcionada a los objetivos legítimos propuestos, y si las razones aducidas por las autoridades nacionales son relevantes y suficientes”. En este mismo sentido véase también el caso *Barfod v. Denmark*, de 22 de febrero de 1989.

En este sentido, parece que uno de los aspectos a considerar es que, a pesar de que los intereses particulares deben quedar subordinados a los de la mayoría en algunas ocasiones, esto no significa que deban prevalecer siempre los intereses de la mayoría. En efecto, debe hallarse un equilibrio que garantice un tratamiento adecuado y justo de las minorías y que evite cualquier abuso de la posición dominante.

La dificultad de hallar un equilibrio adecuado respecto a la restricción del derecho a la libertad de expresión en el contexto de la prevención del terrorismo y de la apología del terrorismo queda patente en la comparación de las sentencias emitidas respecto a circunstancias específicas que se presentan en el sudeste de Turquía.

Así, el caso *Zana v. Turkey*, de 25 de noviembre de 1997, el TEDH consideró que el art. 10 no había sido vulnerado por la detención de un cargo político del sudeste de Turquía que durante una entrevista manifestó que apoyaba el movimiento de liberación nacional del PKK, y que, si bien no estaba a favor de las masacres, cualquiera puede cometer errores, aunque el PKK mata a mujeres y niños por error. El TEDH basó su decisión en la ambigüedad del mensaje y su peligrosidad en el contexto de extrema tensión en el sudeste de Turquía en ese momento, considerando que se trataba de un cargo político de la mayor ciudad en esa zona, que la entrevista fue publicada en un diario de gran tirada y que por tanto, las circunstancias parecían propicias para exacerbar el clima ya explosivo en esa región.

El caso *Sürek v. Turkey*, de 8 de julio de 1999, la controversia versaba sobre el procesamiento y condena del director de un periódico que publicó dos cartas al director que criticaban duramente las operaciones militares turcas en el sudeste del país. Las cartas acusaban a Turquía, de conspirar para la detención, tortura y asesinato de los luchadores por la liberación kurdos. El TEDH tampoco consideró en este caso que se había vulnerado el art. 10 de la Convención, afirmando que las cartas clamaban por una venganza sangrienta apelando a las emociones, siendo idóneas para incitar la comisión de delitos contra aquellos que responsabilizaban por la comisión de atrocidades.

En el caso *Ceylan v. Turkey*, de 8 de julio de 1999, aparentemente similar al anterior, puesto que trataba de un artículo de prensa escrito por un líder político que describió las operaciones militares turcas en el sudeste del país como “terrorismo de Estado”, “genocidio”, y “masacre sangrienta”, apelando a una reacción por parte de las fuerzas democráticas de la nación, el TEDH afirmó la violación del art. 10 de la Convención, en tanto que subrayaba la importancia del discurso político y la inidoneidad del artículo de prensa para incitar a la violencia ni a la resistencia armada o insurrección.

El caso *Arslan v. Turkey*, de 8 de julio de 1999, versaba en torno a un libro, escrito en forma de narrativa histórica literaria, que presentaba a los turcos como invasores crueles y a los kurdos como los únicos incapaces de liberarse a sí mismos. El TEDH consideró que pese a la extremadamente negativa representación del pueblo turco que ofrecía el libro, éste no constituía una incitación a la violencia.

El caso *Karatas v. Turkey*, de 8 de julio de 1999, el TEDH consideró que el impacto de una expresión poética (dirigida, por definición, a un grupo reducido de personas) en la seguridad nacional y en la integridad territorial era muy limitado, a pesar de que algunas líneas de los poemas que incitaban a la violencia contenían un tono bastante agresivo.

En el caso *Incal v. Turkey*, de 9 de junio de 1998, que versaba en torno a la puesta en circulación de un panfleto, el TEDH consideró que se había violado el art. 10 de la Convención, considerando que el responsable era un miembro del principal partido de la oposición, que previamente había solicitado autorización a la prefectura, y, sobre todo, que el panfleto no resultaba claramente idóneo para incitar a la violencia.

Los casos aludidos ponen de relieve que son diversos los factores que se toman en consideración para decidir cuándo resulta admisible una restricción a la libertad de expresión. Entre los factores recurrentes se hallan, la severidad de la sanción impuesta, el formato que adquiere la expresión, la audiencia, el estatus de la persona, y la idoneidad de la expresión para incitar a la violencia.

- *Seguridad nacional*

Sobre la base de la preservación de la seguridad nacional, el TEDH ha admitido en algunas ocasiones la restricción de la libertad de expresión mediante la censura previa, cuando los Estados han pretendido combatir conductas apologéticas y de exaltación del terrorismo. Así, se ha admitido el secuestro de algunas entrevistas a miembros de organizaciones terroristas, como ocurrió en el caso *Hogefeld v. Germany*, de 20 de enero de 2000. En este supuesto, se impidió que un miembro de la RAF (Rote Arme Fraktion) fuera entrevistado sobre la base de su relevancia en la organización y aduciendo que las medidas destinadas a evitar el reclutamiento de miembros y seguidores de estos grupos constituía una medida legítima del Estado para combatir el terrorismo.

- *Estado de excepción*

Sobre la base del art. 15 de la Convención, el TEDH ha solido limitar la libertad de expresión al asumir la derogación de los derechos reconocidos en la misma en situaciones excepcionales de crisis en las que peligra la vida de la nación. En casos de conflicto armado cabe resaltar las siguientes resoluciones:

En el caso *Lawless v. Ireland*, de 1 de junio de 1971, consideró que concurría tal estado de excepción debido a la actividad violenta del IRA que no se circunscribía al territorio de Irlanda del Norte, sino que se extendía cada vez más al Reino Unido.

En el caso *Brannigan et al v. United Kingdom*, del 25 de mayo de 1993, el TEDH se mantuvo en la misma tendencia, remitiéndose a las más de 3.000 víctimas mortales y 35.000 heridos por el IRA en Irlanda del Norte.

En relación a la posible situación de excepción en Turquía, en la decisión *Akcoy v. Turkey*, del 18 de diciembre de 1996, el TEDH consideró que concurría tal estado de excepción, por la entidad de la violencia de los ataques de PKK, y por el número de víctimas. En decisiones posteriores, como las relativas a los casos *Demir v. Turkey*, de 23 de septiembre de 1998 y *Sakik et al v. Turkey*, de 26 de noviembre de 1997, el TEDH se pronunció en el mismo sentido por considerar que el clima en el sudeste de Turquía no había cambiado.

En relación a controversias relacionadas con el conflicto vasco, cabe señalar que el TEDH no se ha manifestado sobre la posible aplicabilidad del art. 15 del Convenio debido a la actividad de ETA, pero en algunas ocasiones ha aludido a la existencia de un clima de inseguridad en la región (*Castells v. Spain*, 23 de abril de 1992) y a la importancia de mantener el orden público y de prevenir delitos de terrorismo (*Association Ekin v. France*, 17 de julio de 2001).

III. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

En relación a la legislación española en esta materia, y con la brevedad que impone este formato, se hará alusión por separado a la vertiente de la libertad de expresión que entra en colisión con el ámbito de las conductas denominadas apologéticas y, por otra parte, a la limitación de la libertad de expresión a través de medidas contra medios de comunicación.

Como ya se indicó en la introducción, la libertad de expresión está recogida como derecho fundamental en el art. 20 CE, que reza así:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

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

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

3. A la libertad de cátedra.

4. 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 desarrollen 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. *Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial*⁶.

Como derecho fundamental, la libertad de expresión se ve abarcada por la protección que le dispensan las garantías previstas por los apartados 1º y 2º del art. 53 en relación a su tutela y desarrollo. Desarrollo que, a su vez, como explicita el art. 81 CE, deberá realizarse por ley orgánica.

La trascendencia de la libertad de expresión se constata a diferentes niveles. Por una parte, como derecho de naturaleza *relacional*, la libertad de expresión constituye un complemento respecto a otros derechos (reunión y participación, y derechos de sufragio), lo que lo convierte en un instrumento imprescindible para la participación democrática. Por otra parte, la libertad de expresión resulta un derecho esencial para el completo desarrollo de la propia persona (art. 10.1 CE), faceta que conecta con la libertad ideológica⁶.

La expresión o difusión de ideas ha de ser libre, lo que implica que no cabe ninguna restricción previa ni por parte del Estado (ya que ésta constituiría una censura previa prohibida por el art. 20.2 CE) ni por parte de particulares, quedando cualquier restricción ilegítima a merced de las sanciones correspondientes.

Debe destacarse, por otra parte, que el art. 55.1 CE habilita la suspensión del derecho a la libertad de expresión y de información en supuestos de estado de excepción o de sitio, y no en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, tal y como prevé el art. 55 en su segundo apartado en relación a otros derechos⁷.

Por otra parte, y como límites ordinarios del derecho a la libertad de expresión, se reconocen el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, el derecho a la propia imagen, la protección de la juventud y de la infancia, la seguridad nacional, la Administración de Justicia y el mensaje racista, sexista o xenófobo.

1. Libertad de expresión y conductas apologéticas

Como se viene señalando, la libertad de expresión es un derecho que consta de diversas vertientes. Nos centraremos, a efectos de este epígrafe, en el análisis de los contornos de la denominada libertad de opinión o “libertad de expresión en sentido estricto”, es decir, la libertad a manifestar libremente pensamientos, ideas y opiniones. Si bien puede afirmarse que se trata de un derecho de carácter negativo - es decir, de no injerencia o de abstención por parte del Estado⁸- con el que se reconoce al individuo un ámbito de libertad en el que no puede ser importunado, en este apartado se abordará en qué condiciones la libertad

⁶ ESPÍN, *Derecho constitucional*, pp. 281-282.

⁷ El tenor literal del art. 55.2 es el siguiente: “Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

⁸ Por todos, ESPÍN, *Derecho constitucional*, p. 281.

de expresión colisiona con otros intereses legítimos o bienes jurídicos de tal forma que un hecho expresivo pueda llegar a ser delictivo.

No es tarea fácil, puesto que, a diferencia de lo que ocurre con la información, que puede ser sometida a un juicio sobre su veracidad, las opiniones o juicios de valor no pueden ser calificados como verdaderos o falsos. Ya que la falsedad de las opiniones no puede erigirse como criterio para restringir el derecho a la libertad de expresión, se trata de delimitar qué clase de manifestaciones están amparadas por la Constitución (en este caso, como límite ordinario a la libertad de expresión por motivos relacionados con la seguridad nacional)⁹.

Antes de iniciar con la exposición, cabe señalar que, a pesar de que las conductas apologéticas no constituyen delito de terrorismo¹⁰, la competencia de la jurisdicción especial de la Audiencia Nacional ha sido expresamente ratificada¹¹.

A) La apología del terrorismo

El art. 18.1, apartado 2º del Código penal recoge la apología en el catálogo de actos preparatorios y no como delito autónomo, tal y como ocurría en el CP 1973 (art. 268). En concreto, la apología está recogida inmediatamente después de la definición de la provocación.

Dispone el art. 18.1.2º: “*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 o circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito*”.

Estando configurada la apología como acto preparatorio, debe recordarse que estos sólo serán punibles en los casos en que la ley así lo disponga (art. 17.3 y 18.2 CP). En este catálogo *numerus clausus* se incluyen los delitos de terrorismo (art. 579), quedando la penalidad de los actos preparatorios, en este caso de la apología, supeditada a la pena prevista para el delito que se pretendía provocar¹².

El legislador opta por otorgar formalmente una sustantividad propia a la apología, para, inmediatamente después, dejar patente que ésta carece de cualquier sustantividad material¹³. Es decir, el legislador proporciona una definición de la apología, pero sin dotarla de un ámbito de aplicación específico diferente del de la provocación.

Este proceder plantea no pocos problemas interpretativos. Dado que la apología parece tener que reunir todos los requisitos de la provocación, se plantea si resulta acertado que tenga una consideración independiente. Por otra parte, cabe preguntarse si la

⁹ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN/CÁMARAVILLAR/LÓPEZ AGUILAR/CANO BUESO/BALAGUER CALLEJÓN/RODRÍGUEZ, *Derecho constitucional*, pp. 155 y ss.

¹⁰ Véase, en este sentido, el ATS de 23 de mayo de 2002, en la causa contra Arnaldo Otegi, por haber finalizado un acto en Francia con la expresión “Gora Euskadi ta Askatasuna”. El TS declaró que la jurisdicción española no era competente, por no hallarse la apología entre los delitos de terrorismo a los que hace referencia el art. 23.4 LOPJ para poder perseguir infracciones cometidas fuera del territorio español.

¹¹ Véase el Auto del TS de 19 de enero de 2004.

¹² Como indica el art. 579.1, “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.”

¹³ Cfr. CUERDA ARNAU, “Terrorismo...”, p. 77.

sustantividad propia que se le reconoce implica un entendimiento de la apología como una provocación encubierta o indirecta, caracterizada porque se realizaría a través de la alabanza del delito ya realizado o de sus autores, y no de manera explícita¹⁴. Esta interpretación no parece admisible, por incompatible con el principio de legalidad.

En efecto, según la posición mayoritaria de la doctrina y una consolidada línea jurisprudencial, la única apología que puede ser sancionada debe cumplir con los siguientes requisitos, que irían encaminados a garantizar que la apología no se convierta la forma de criminalizar a cualquier tipo de disidencia:

- *Incitación idónea e inequívoca para hacer surgir la resolución delictiva:* es decir, y como señalaba la STS 2/1997, de 29 de noviembre, “*la manifestación apologética (...) 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 la perpetración del delito*”. Por tanto, y siguiendo lo dispuesto por la STC 199/1987, la manifestación pública de elogio, de apoyo o de solidaridad con determinadas acciones delictivas no puede ser confundida con tales actividades¹⁵. Así, por ejemplo, la citada STS 2/1997 consideró que los comunicados emitidos por la Mesa Nacional de HB calificando 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*” y proponiendo como solución la denominada “*Alternativa Democrática*”, “*no expresan sino opiniones y creencias (...) 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*”.
- *Proyección sobre una generalidad:* es decir, la provocación deberá dirigirse a una masa indeterminada de sujetos, sin que se requiera relación personal alguna entre quien provoca y los receptores del mensaje¹⁶. De ahí que se aluda a la exposición cualquier medio de difusión, o ante una concurrencia de personas. En otras palabras, el hecho expresivo ha de ser de carácter público.
- El *dolo* del autor, que deberá abarcar el carácter incitador de su conducta.

Veremos sin embargo, que esta configuración de la apología como acto preparatorio, y circunscrita a los límites expuestos, plantea, actualmente ciertos problemas en relación al nuevo delito de enaltecimiento previsto en el art. 578 CP.

¹⁴ Cfr. CUERDA ARNAU, “Terrorismo...”, p. 77.

¹⁵ La STC 199/1987, de 16 de diciembre, declaró inconstitucional el art. 1 de la LO 9/1984 contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, porque incluía en su ámbito de aplicación a quienes hiciesen apología de los delitos de terrorismo, excediendo, según el TC, la habilitación concedida por el art. 55.2CE, que sólo sería aplicable a delitos de terrorismo y no a conductas que exalten tales delitos. Véase también la ya antigua pero significativa STC 159/1986, de 12 de diciembre, que otorgó el amparo al director del diario Egin, que había sido condenado por apología del terrorismo por incluir en dicho periódico comunicados de ETA.

¹⁶ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 342.

B) El reclamo público de acciones violentas

Dispone el art. 170 CP que

"1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieran gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán, respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas".

El segundo apartado se incorporó al Código penal a través de la LO 2/1998, de 15 de junio, que, a su vez, resultó modificado por la LO 15/2003, reforma esta que endureció la pena prevista para la infracción. La Exposición de Motivos anuncia que se pretendía "cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas (...) y la apología que, en la concepción del Código Penal de 1995, sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico".

En efecto, de una interpretación estricta del art. 18.1 CP deriva que determinadas expresiones, a pesar de poder resultar perturbadoras, quedarían fuera del ámbito de lo punible por no constituir una inequívoca incitación para la comisión de un nuevo delito.

La estructura típica del precepto contiene tres elementos:

1. El reclamo público a la realización de acciones violentas.
2. Que dicho reclamo se haga con la finalidad de atemorizar a un colectivo y
3. Con una gravedad equiparable a la exigida en el apartado 1º.

Debe destacarse que el precepto es fuente de numerosos problemas de distinto orden. En primer lugar, ha solido achacársele una gran inconcreción¹⁷, que a juicio de algunos autores podría "facilitar una aplicación policial y judicial imprevisible e incluso selectiva"¹⁸. A pesar de las dificultades para definir el ámbito de operatividad específico del precepto, parece claro que el legislador pretendería cubrir las lagunas del denominado "terrorismo de baja intensidad"¹⁹, aún cuando la doctrina coincide en señalar que este precepto no viene a cubrir ningún ámbito de impunidad injustificado²⁰.

Asimismo, desde una perspectiva de técnica jurídica, cabe resaltar que este segundo apartado del art. 170 (que constituye una *modalidad delictiva autónoma*) se incorpora a un precepto cuyo fundamento reside en definir una *circunstancia agravante* del delito de amenazas. El único paralelismo con la agravante estriba en que el art. 170.2 exige que los que reclamen dichas acciones violentas, han de hacerlo con la misma "finalidad y gravedad" que

¹⁷ CUERDA ARNAU, "Terrorismo...", p. 80.

¹⁸ CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC, en *Derecho penal*, p. 208.

¹⁹ Cfr. CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC, en *Derecho penal*, p. 207

²⁰ PRATS CANUT, en *Comentarios*, p. 885.

justifican la previsión de la agravante del art. 170.1 CP²¹. Esta configuración da pie a serios problemas interpretativos, ya que al responder cada apartado a una lógica distinta, resultará difícil determinar normativamente el alcance de dichas finalidades y la gravedad a la que ambos apartados aluden²².

Pese a lo que pueda deducirse de la localización del art. 170.2, la doctrina advierte de que resultaría un sinsentido aplicarlo a conductas clásicas de amenazas²³, vayan éstas dirigidas a un número indeterminado de personas²⁴ o no²⁵. Tampoco se podrán inscribir en el art. 170.2 las conductas apologéticas que, al ser incitaciones directas, se encuadrarían en la provocación (art. 579).

En definitiva, y como afirma CUERDA ARNAU, el ámbito de aplicación de este precepto parece circunscribirse a “una conducta de incitación no directa pero idónea para crear un clima amenazante capaz de afectar al sentimiento colectivo de tranquilidad”²⁶. Por lo tanto, el art. 170.2 sería el espacio para “las llamadas genéricas, indeterminadas e inconcretas a la violencia contra un conjunto indeterminado de personas”²⁷, como, por ejemplo consignas del tipo de “ETA mátalos”²⁸.

El problema que se detecta es que el precepto termine aplicándose a supuestos de mero apoyo ideológico, pretendiendo ver en ellas una llamada velada a la violencia.

Como ya se ha indicado, la LO 15/2003 endureció la pena prevista para el precepto, que pasó de ser de “arresto de siete a dieciocho fines de semana, o multa de seis a doce meses” a prisión de seis meses a dos años. Además de aumentar la pena privativa de libertad prevista para la infracción, desaparece la posibilidad de la multa como alternativa a la prisión, lo que consolida la línea político-criminal seguida por el legislador en materia de terrorismo.

C) El delito de enaltecimiento del terrorismo

²¹ PRATS CANUT, en *Comentarios*, p. 885.

²² PRATS CANUT, en *Comentarios*, p. 885.

²³ Nótese que en caso de apreciar el art. 170.2 para supuestos de amenazas genuinas, se impondría una pena mucho más leve que la prevista por el art. 577.

²⁴ En cuyo caso se apreciaría el art. 170.1, o el art. 577, en caso de que se persiguiese contribuir a los fines del terrorismo.

²⁵ En caso de que el sujeto pasivo de la acción sea determinado, estaríamos en el ámbito de la provocación, cfr. CUERDA ARNAU, “Terrorismo...”, p. 81.

²⁶ CUERDA ARNAU, “Terrorismo...”, p. 81

²⁷ CUERDA ARNAU, “Terrorismo...”, p. 81

²⁸ Véase la SAN 60/2006, de 8 de noviembre, que condenó a Iñaki De Juana Chaos por considerar que las expresiones vertidas en diversos artículos publicados en GARA eran una “acción típica de “señalamiento” o “marcaje” de personas concretas y determinadas aunque no se determine el mal con el que se amenaza, que por otro lado como hemos dicho se intuye, conducta que podría englobarse en un acto de colaboración, entendida como la contribución a la estrategia de la banda terrorista, esto es, a la subversión del orden constitucional o la alteración grave de la paz pública, mediante la ejecución de un delito de amenazas terroristas”. La STS 149/2007, de 26 de febrero, confirmó la condena por amenazas destacando la relevancia de expresiones como “Jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura, carceleros sin escrúpulos (...) Sacad vuestras manos sucias de Euskal Herria» «Sí, sacadlas, porque otro camino solo implica más sufrimiento o el futuro terminará demostrando, sin duda que os quedasteis sin ellas». Pero además, el TS condenó también por enaltecimiento del terrorismo, afirmando que con las palabras de De Juana proclamando tener el escudo de la razón “se está expresando que tienen razón estos presos al haber cometido sus crímenes, lo que constituye una justificación respecto de aquellas conductas por las que fueron condenados quienes han estado o están en prisión por los delitos de ETA”. El TS afirma, además, que cuando se señala que los presos están secuestrados por un sistema autoritario “se está (...) diciendo que por esos hechos se encuentran injustamente privados de libertad”, lo que “constituye, por un lado, ensalzar a los presos etarras y, por otro, una justificación de los crímenes por los cuales estos presos han sido condenados”. Sobre el delito de enaltecimiento, véase el siguiente apartado.

La LO 7/2000 de 22 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995 de CP, y de la LO 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, introdujo en el Código penal el delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578), cuyo tenor es el siguiente:

“El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 1 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a 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”.

Cabe señalar que, pese a lo que pueda desprenderse de la formulación del precepto, en el Preámbulo de la ley se indica que “al sancionar la apología no se trata de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad”.

El precepto incluye dos modalidades de conducta autónomas que serán estudiadas por separado:

- a) Enaltecimiento de los delitos de terrorismo o de los que hayan participado en su ejecución

El nuevo art. 578 viene a representar un tipo específico de apología al margen de lo dispuesto por el art. 18.1 CP²⁹. En efecto, la doctrina no ha acogido con agrado este precepto, en el que ve una “institución de indefendible constitucionalidad”³⁰ que no es sino una forma encubierta de extender la apología para castigar expresiones que no lleguen a ser idóneas para provocar delitos.

La doctrina y la jurisprudencia discrepan en torno al contenido y alcance de esta figura.

En primer lugar, se plantea si el **apoyo al programa político** de una organización terrorista puede tener cabida en este precepto. Parece que la respuesta a esta cuestión ha de ser negativa, ya que lo que se sanciona es la legitimación de los delitos que comete la organización o de sus autores, y no el elogio de los fines que persigue³¹. El problema es determinar qué tipo de expresiones indican sólo una coincidencia política. Actos como la manifestación de alabanzas genéricas de la lucha armada como forma de lucha política³², la

²⁹ Nótese el paralelismo que presenta respecto al art. 607.2 CP, relativo a la justificación del genocidio.

³⁰ CARBONELL MATEU, en *Derecho penal*, p. 1050.

³¹ CUERDA ARNAU, “Terrorismo...”, p. 82. Véase, en este sentido, la STS de 4 de julio de 2001, que aunque se refiere al derogado art. 268 del CP 1973, absolvió a los imputados (concejales de HB del Ayuntamiento de San Sebastián) que, con la ocasión de las detenciones de varios miembros de ETA, habían suscrito un comunicado en el que expresaban palabras de agradecimiento y admiración para con los activistas de la organización. El TS afirmó que la norma que prohíbe “la apología del delito, no impone la obligación de censurar delitos cometidos por personas con los que se pueden compartir los objetivos finales de naturaleza ideológica.”

³² Incluso en ese caso, quedarán fuera del ámbito de lo punible los supuestos amparados por el principio de inviolabilidad. Así, expresamente, STS 1533/2004 de 21 de diciembre, en la que se absolvió a un diputado de Batasuna que afirmó que “la lucha armada de ETA responde a la defensa de los derechos legítimos que tiene el pueblo vasco”.

realización de homenajes a personas imputadas o condenadas por terrorismo³³ o el dar, a una calle, el nombre de una persona condenada por terrorismo no deberían considerarse punibles a juicio de la doctrina mayoritaria³⁴.

En segundo lugar, y en lo concerniente a las denominadas **conductas de legitimación tácita**, como por ejemplo, el negarse a condenar un atentado, o el minimizar los hechos, el propio tenor literal del art. 578 parece indicar que quedan fuera de su ámbito de operatividad³⁵. En efecto, parece que tales conductas no resultan equiparables con las manifestaciones expresas de exaltación, justificación o glorificación³⁶, de mayor intensidad que las otras. Además, respecto a la negación a condenar atentados, LAMARCA PÉREZ afirma que no puede constituir delito, por admitir la apología sólo una vertiente comisiva³⁷.

En este sentido, resulta representativa la STS 4-07-2001, que señala que *“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”*.

En tercer lugar, las conductas apologéticas que constituyan una **incitación directa** a delinquir, tendrán su acomodo en el art. 579, que como ya se ha apuntado, prevé el castigo de los actos preparatorios (entre ellos la provocación).

Un sector de la doctrina venía interpretando el art. 578 como una especie de **provocación indirecta** a delinquir³⁸, con lo cual no resultaría suficiente la glorificación o ensalzamiento de delitos ni autores, si ésta no viene acompañada de un elemento tendencial de incitación para cometer delitos de terrorismo. Esta interpretación, que motivaría una restricción en el ámbito de aplicación del precepto³⁹, no se extrae, sin embargo, de su tenor literal. Es decir, todo indica que el legislador ha pretendido crear un delito autónomo que permita castigar la alabanza de acciones delictivas, lo que dudosamente implica un riesgo para bienes jurídicos relevantes⁴⁰.

³³ Véase la SAN 10/2007, de 23 de marzo, que finalmente absolvió a Arnaldo Otegi del delito de enaltecimiento, por haber retirado el Fiscal los cargos, si bien la Audiencia afirma que las manifestaciones proferidas por él ante los medios de comunicación con motivo del fallecimiento de un miembro de ETA, alabando su compromiso, serían suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. Véase, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de 26 de mayo de 2004, que consideró que indiciariamente, constituía delito de apología el declarar hijo predilecto de un municipio a un activista de ETA, así como que se colocara la bandera del municipio con crespón negro en su honor. La SAN 11/2007, de 19 de febrero, absolvió a los acusados por considerar que en el momento en que se tomó dicha decisión no sabían que el activista muerto era miembro de ETA, afirmando, además, que no se produjeron los actos de enaltecimiento o glorificación que requiere el tipo penal. Véase, también, la SAN 31/2006, de 27 de abril, en la que se condenó a Arnaldo Otegi por proferir las siguientes expresiones en un acto homenaje a un dirigente de ETA “persona con acertada visión de futuro y adecuados y ajustados planteamientos a favor de Euskal Herria», recordando que «no se lograría la paz mientras las fuerzas abertzales no se unieran para negociar con Madrid el encaje de Euskadi en el Estado», 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 abertzales, porque permitiría pasar página de la guerra y abrir la de la libertad para Euskadi», concluyendo el acto homenaje con múltiples agradecimientos a los miembros de ETA que han dado la vida por Euskal Herria 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 abertzale es Euskal Herria y es el futuro de este pueblo...». Esta sentencia fue confirmada, después, por la STS 578/2007, de 20 de junio.

³⁴ Cfr. ASUA BATARRITA, “Apología...”, p. 1638; LAMARCA PÉREZ, “Apología...”, p. 46.

³⁵ Véase la STS 656/2007, de 17 de julio, que finalmente confirmó la absolución de la AN a los miembros del grupo musical “Soziedad Alkoholika”, que habían sido acusados por un delito de enaltecimiento del terrorismo por las letras de sus canciones. Según el TS, aquellas tienen cabida en el derecho a la crítica y en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

³⁶ CUERDA ARNAU, “Terrorismo...”, p. 82.

³⁷ LAMARCA PÉREZ, “Apología...”, p. 46

³⁸ Cfr. QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios*, p. 170.

³⁹ LAMARCA PÉREZ, “Apología...”, p. 48. Lo que permitiría quizá salvar su constitucionalidad.

⁴⁰ LAMARCA PÉREZ, “Apología...”, p. 48. La autora advierte así sobre una tendencia a criminalizar la mera disidencia con el modelo político o social imperante.

Una vez expuesto lo que quedaría fuera del ámbito de aplicación del art. 578, debe ser abordado cuál es el espacio en el que puede operar el precepto. Según LAMARCA PÉREZ, no bastaría con un mero asentimiento o con una satisfacción no oculta ante la comisión de un delito para entrar en el ámbito de lo punible, postura que se apoya en la actual configuración de la apología como enaltecimiento, concepto de evidente mayor entidad que el elogio o la aprobación⁴¹.

En lo referente a la **justificación de los delitos** a la que se refiere el precepto, la doctrina coincide en señalar que requiere algo más que la explicación o el descargo, debiendo constatar, más bien, un intento de probar la justicia de los hechos⁴².

Es indispensable que la manifestación sea de **carácter público**, lo que implicará, o bien la difusión de las expresiones mediante medios de comunicación, o bien, según se ha ido consolidando en la jurisprudencia, la pronunciación de discursos o la ostentación de pancartas. Debe quedar fuera cualquier expresión proferida en un ámbito privado (círculo de amigos, conversaciones telefónicas, correo electrónico)⁴³.

En otro orden de cosas, el art. 578 prevé que el Juez pueda imponer, como pena accesoria, alguna de las prohibiciones previstas en el art. 57, tales como la aproximación o comunicación con la víctima o sus familiares, o el regreso al lugar del delito.

Por último, debemos añadir que resulta problemático establecer la relación entre este precepto y el art. 579 CP, que prevé el castigo de los actos preparatorios (entre ellos, la provocación en su modalidad de apología) para delitos de terrorismo (entre ellos, la figura del art. 578). Del tenor literal del art. 579 se desprende, por lo tanto, que podría llegar a castigarse la apología de la apología⁴⁴.

b) Realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas o a sus familiares

Los actos previstos en este apartado no constituyen un supuesto de apología, estando mucho más cerca de los delitos de injurias. En efecto, el bien jurídico aquí protegido es autónomo y parece perfilarse, según RODRÍGUEZ PUERTA, como la tutela del honor y la dignidad humana⁴⁵, o, según MUÑOZ CONDE, el “derecho de la víctima a la dignidad de su recuerdo (sobre todo cuando ha muerto) o el de sus familiares a que se respete y no se incremente su dolor”⁴⁶. Cabe señalar que al no tratarse de un delito de terrorismo, tal y como ocurre con la apología, tampoco podrán aplicarse las medidas excepcionales sobre suspensión de derechos propias de esa normativa⁴⁷.

En cuanto a la valoración de los actos que pueden entrañar tal descrédito y humillación, algún autor considera que las llamadas telefónicas insultando a un familiar muerto recientemente o la atribución a las víctimas de hechos, presentándolos como una justificación del ataque sufrido, son conductas que se inscribirían en el art. 578 CP⁴⁸. Parte de la doctrina

⁴¹ LAMARCA PÉREZ, “Apología...”, pp. 45-46.

⁴² CAMPO MORENO, “El enaltecimiento...”, p. 1752; LAMARCA PÉREZ, “Apología...”, p. 46.

⁴³ LAMARCA PÉREZ, “Apología...”, p. 47.

⁴⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, en *Comentarios*, p. 1155

⁴⁵ RODRÍGUEZ PUERTA, en *Comentarios*, p. 1153.

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 897.

⁴⁷ LAMARCA PÉREZ, “Apología...”, p. 45. Respecto a detención preventiva etc.

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 897

sostiene, de hecho, que era necesaria una respuesta penal ante esa clase de conducta, no carente, según este sector, de desvalor de resultado⁴⁹.

Dada la indeterminación de los bienes jurídicos tutelados, incluso quien mantiene una postura favorable respecto a esta figura apela a la necesidad de exigir un particular rigor en la interpretación⁵⁰. En efecto, salvo que se realice una interpretación muy restrictiva, esta modalidad comisiva puede llevar a consecuencias inaceptables como entender que las víctimas o sus familiares, por el mero hecho de serlo, se han convertido en sujetos pasivos privilegiados de los delitos contra el honor⁵¹. Por ello, se plantea que esta figura vulnera el principio de igualdad al dispensar un tratamiento diferenciado a las víctimas de los delitos de terrorismo.

2. Libertad de expresión y cierre de medios de comunicación

La libertad de prensa como plasmación del derecho a la libertad de expresión, si bien no se contempla expresamente en el art. 20, sería una categoría que abarcaría la norma fundamental, que se concretaría en el ejercicio de las libertades de opinión e información a través de los medios de comunicación social⁵².

En este apartado interesa especialmente recordar que la prevalencia de la libertad de expresión respecto a otros bienes o derechos constitucionales, ha sido reconocida por el TC en determinadas ocasiones, bajo la denominación de la “doctrina de la posición preferente” en relación a temas de interés público que, por su contribución al debate público, se consideran como un elemento esencial de la democracia⁵³. La trascendencia que el legislador pretendía conceder a este derecho, en su concreta plasmación de libertad de prensa, queda patente en que entre las garantías de las que goza se incluyen la prohibición de la censura previa (art. 20.2 CE) y la previsión de que el secuestro de las publicaciones sólo pueda acordarse en virtud de resolución judicial (art. 20.5 CE).

El objeto de este apartado es analizar bajo qué circunstancias y en qué medida puede limitarse la libertad de información por motivos relacionados con la lucha contra el terrorismo, ante la sospecha de que un medio de comunicación colabora financiera e ideológicamente con una organización terrorista.

La constitución es clara respecto a los límites a los que puede ser sometida la libertad de expresión. Así, el tenor literal del art. 55 es el siguiente:

“1. Los derechos reconocidos en los arts. 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1), a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.”

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 897.

⁵⁰ RODRÍGUEZ PUERTA, en *Comentarios*, p. 1153.

⁵¹ CARBONELL MATEU, en *Derecho penal*, p. 1050.

⁵² BALAGUER CALLEJÓN/CÁMARAVILLAR/LÓPEZ AGUILAR/CANO BUESO/BALAGUER CALLEJÓN/RODRÍGUEZ, *Derecho constitucional*, 158.

⁵³ BALAGUER CALLEJÓN/CÁMARAVILLAR/LÓPEZ AGUILAR/CANO BUESO/BALAGUER CALLEJÓN/RODRÍGUEZ, *Derecho constitucional*, 159 y ss.

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

Por tanto, la seguridad nacional se erige en límite – extraordinario, eso sí- de la libertad de expresión en los estados de emergencia constitucional (art. 55.1), siendo posible, en estos casos la **suspensión colectiva** de determinados derechos fundamentales, entre los que se encuentran la libertad de expresión en sentido estricto o libertad de opinión (art. 21.1.a CE), la libertad de información (art. 21.1.d CE) y la garantía de secuestro judicial (art. 20.5 CE). El art. 116 CE y la LO 4/1981 de 1 de junio, sobre los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, dan cuenta de las garantías aplicables a cada caso.

Conviene reiterar que la libertad de expresión, en ninguna de sus manifestaciones, ni ninguna de sus garantías, es susceptible de **suspensión individual** (art. 55.2). El Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de pronunciarse en este sentido, en su conocida STC 199/1987 de 16 de diciembre de 1987, en la que declaró la inconstitucionalidad del art. 21 de la LO 9/1984, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, referido a la clausura de medios de difusión⁵⁴.

Los claros paralelismos entre la controversia que motivó la citada resolución y los casos de los más recientes cierres de Egin y Egunkaria, hacen necesario detenerse en la argumentación del TC. No es esta una cuestión baladí, ya que no conviene olvidar que aparejadas a esta resolución irían los efectos de cosa juzgada de una sentencia del TC *erga omnes*, en cumplimiento del art. 40 de la LO 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, precepto que dispone que

“Uno. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

*Dos. En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales.*⁵⁵

Interesa, sumariamente, recordar, que según el precepto impugnado, y que motivó la STC 199/1987, la admisión de la querella *obligaba* al órgano judicial a «ordenar» el cierre provisional del medio de difusión, permitiéndole la ocupación material de los instrumentos del delito. Así, los recurrentes impugnaban el precepto por un doble orden de motivos. “*En primer lugar, porque la medida supondría una limitación del contenido esencial de los derechos reconocidos en el art. 20 de la Constitución, o una suspensión de los mismos para lo que el*

⁵⁴ Dicho precepto establecía que «*admitida la querella presentada por el Ministerio Fiscal por delitos cometidos por medios de la imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite su publicidad, el Juez, de oficio o a petición de dicho Ministerio, ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyese conveniente, la ocupación material de los instrumentos del delito, siempre que por la gravedad de los hechos o por la habitualidad, estime procedente la adopción de esta medida excepcional de aseguramiento*».

⁵⁵ Subrayado añadido

legislador no estaría habilitado por el art. 55.2 de la Constitución. En segundo lugar, porque la forzosidad de la medida supondría una limitación de la independencia y libertad de decisión del Juez, que sería contraria a los arts. 24 y 117 de nuestra Ley fundamental”.

Así, el Tribunal pasa a examinar si el contenido mismo de la medida prevista en el art. 21.1 impugnado desconoce el art. 20 de la Constitución, pues si ello fuera así la declaración de inconstitucionalidad del precepto haría innecesario entrar en el segundo motivo de impugnación.

En efecto, los recurrentes estimaban que el precepto legal violaba, además del art. 20, también el art. 55.2 de la Constitución. El TC afirma que *“la invocación del art. 55.2 de la Constitución no resulta aquí ociosa en cuanto permite deducir que el mismo no habilitaba al legislador para establecer una suspensión de los derechos reconocidos en el art. 20 de la Constitución. Una simple lectura del precepto constitucional permite comprobarlo; aún más si se tiene en cuenta que el art. 55.1, en relación con la declaración del estado de excepción o de sitio permite en tales casos la suspensión de los derechos del art. 20 de la Constitución, y además sólo los relativos al apartado primero de dicho art. letras a) y d) y al apartado quinto. Ello expresa una clara voluntad constitucional de no establecer una regulación diferenciada del ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 en relación con los supuestos previstos en el núm. 2 del art. 55, o sea los relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.*

Dicho esto, el TC llega a la única conclusión que parece coherente con ese planteamiento, afirmando que

“el legislador no estaba, pues, habilitado para establecer una suspensión singular del derecho reconocido en el art. 20 de la Constitución para el caso de los delitos de terrorismo y bandas armadas.”⁵⁶

El TC concluye que la consecuencia práctica del precepto impugnado equivale a una auténtica suspensión del derecho. Así, el TC afirma que, en caso de comparar los efectos del art. 21 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio que regula la «suspensión» de todo tipo de publicaciones y emisiones radiotelevisivas, con el art. 21.1 impugnado, que imponía preceptivamente el «cierre provisional» del medio de difusión, *“habrá de concluirse que los efectos son idénticos sin que obste para ello, (...) que el órgano judicial pueda levantar posteriormente la medida en el plazo de tres días, puesto que la existencia de este plazo indica ya que la eficacia del precepto ha operado una suspensión temporal del derecho del art. 20 de la Constitución, para lo que el legislador orgánico no estaba habilitado”.* Además, el TC argumenta que en los demás casos de delitos realizados a través de medios de comunicación no estaba prevista esta medida, lo que reforzaría la idea de que *“aquí se ha tratado de introducir, sin habilitación constitucional, un régimen de suspensión singular del derecho, que resulta carente de la habilitación contenida en el art. 55.2 de la Constitución”*.⁵⁷

Por otro lado, en este caso concreto, aun si no se entendiera como suspensión singular del derecho a la libertad de expresión e información, el TC afirma que el precepto impugnado habría establecido una restricción y una limitación del ejercicio de la libertad de expresión que resultaría claramente desproporcionada al mero hecho de la admisión de una querrela criminal, constituyendo una restricción de esas libertades que no puede encontrarse

⁵⁶ Subrayado añadido

⁵⁷ Subrayado añadido

amparada en el límite genérico establecido en el art. 20.4 de la Constitución. En efecto, el TC señala que dicha previsión “*no permite una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego, mantenimiento de la seguridad pública y libertades de expresión e información, pues una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades, las cuales además tienen efectos que trascienden al presunto imputado, y afectan a personas sin conexión alguna con el hecho presuntamente delictivo, existiendo medios adecuados en el ordenamiento para asegurar medidas cautelares que no supongan esa limitación de las libertades de expresión e información. La previsión legal contenida en el art. 21.1 es, también desde esta perspectiva, contraria al art. 20 de la Constitución*”.⁵⁸

Por último el Alto Tribunal hace hincapié en los efectos indirectos negativos de «auto-censura» en el ejercicio de la libertad de expresión y de información que podían resultar de la amenaza potencial del cierre o clausura temporal del medio de información por el mero hecho de la admisión de una querrela criminal por cualquier tipo de delito relacionado con la actividad terrorista o de bandas armadas, que cualquier persona pueda cometer a través de ese medio. El TC señala que “*la disposición legal puede operar así como una coerción indirecta sobre el ejercicio de las libertades de expresión y de información del art. 20 de la Constitución, que resultarían incompatibles con éstas, y con un Estado democrático de Derecho*”.

Por todo ello, el TC afirmó que el art. 21.1 de la Ley Orgánica 9/1984 resultaba contrario al art. 20 de la Constitución y que había de ser declarado inconstitucional, pudiendo afirmarse que la citada sentencia puso freno a la pretensión de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo de que la ley penal operase como un límite absoluto respecto al derecho de informar.

Pese a que parece claro en qué circunstancias pueden operar los límites a la libertad de información, el notorio caso de los cierres de Egin, Egin Irratia y Euskaldunon Egunkaria puso de manifiesto algunos aspectos que entran en conflicto con lo que se ha expuesto.

Veamos, sumariamente, cuáles son los argumentos que se adujeron para llevar a cabo el cierre y si eran o no admisibles.

El cierre de Egin y de Egin Irratia se realizó a través de la adopción de una medida cautelar al amparo del art. 129 CP⁵⁹. Dicho precepto prevé la posibilidad de clausurar y suspender cautelarmente la actividad de una empresa en *los supuestos previstos en el Código penal*. Sin embargo, no parece que el caso que analizamos sea uno de ellos. En efecto, el art. 129 indica que sus disposiciones operarán en los casos previstos por el Código, es decir, establece un sistema cerrado o *numerus clausus*. Así, y aunque la remisión a las medidas

⁵⁸ Subrayado añadido

⁵⁹ Interesa destacar los siguientes extractos del art. 129:

“1. El juez o tribunal, **en los supuestos previstos en este Código**, y sin perjuicio de lo establecido en el art. 31 del mismo, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

1. Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

2. (...)

3. Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

(...)

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma”.

cautelares del art. 129 aparezca en el ámbito de las asociaciones ilícitas (art. 520 CP), para que dicha remisión sea posible, sería necesario constatar que la empresa en cuestión tenía como objeto la comisión de delitos, o bien la pertenencia a una organización terrorista. Sin embargo, en el caso de Egin lo que concurría era una sospecha de colaboración financiera e ideológica que no sería encuadrable en el art. 520 CP.

El propio art. 129 tampoco hace referencia a que sus disposiciones puedan serle aplicadas a empresas editoras de periódicos, radios o ningún otro medio de comunicación. En cualquier caso, parece que si la clausura una empresa como medida cautelar por el período de 5 años es una medida de dudosa proporcionalidad y que, por tanto, debería adoptarse en casos de extrema gravedad, cuando la empresa resulta ser un medio de comunicación, las medidas a adoptar no pueden deslindarse de las garantías que asisten al art. 20 CE⁶⁰. En otras palabras, la amplia protección de la libertad de expresión prevista en la CE y en la normativa internacional estudiada *supra* no puede pasarse por alto al tomar medidas cautelares (no olvidemos que se trataba aún de la instrucción del caso)⁶¹. Así, parece que las disposiciones del art. 129, incluida la alusión a que las medidas del precepto estarán orientadas a prevenir la continuidad delictiva, quedarían supeditadas al art. 20 CE. En definitiva, y siguiendo el razonamiento de la STC 199/1987, no se entiende que pueda cerrarse un medio de comunicación provisionalmente si, como se señalaba en dicha resolución “*el legislador no estaba (...) habilitado para establecer una suspensión singular del derecho reconocido en el art. 20 de la Constitución para el caso de delitos de terrorismo y bandas armadas*”.

Con ello podría decirse que se vulnera el principio de legalidad al realizarse una interpretación analógica extensiva prohibida por la ley⁶².

En definitiva, y siguiendo el razonamiento del TC, cualquier norma que prevea la suspensión del derecho a la libertad de expresión del Artículo. 20 CE sería inconstitucional, de la misma forma que lo sería una interpretación de la norma que conduzca al mismo resultado. Por ello, la suspensión cautelar de este derecho implica la puesta en marcha de una medida únicamente prevista por la CE para los casos de excepción y sitio.

A pesar de todo ello, la Audiencia Nacional acordó el cierre de estos medios de acuerdo con los artículos 127, 129 y 520 del Código Penal, en relación con el artículo 13, 299 y 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal afirmando que “*de no adoptar la medida se estaría violentando el sentido y alcance de la norma en cuestión ya que se estaría permitiendo que una empresa integrada en ETA-KAS continuara desarrollando su labor delictiva en favor de ésta*”.

La Audiencia Nacional consideró que la aplicabilidad de la medida resultaba clara, “*tanto respecto a la empresa matriz como a las instrumentales, porque el presunto delito de integración en organización terrorista de los representantes de las sociedades y medios afectados es actual y, desarrollan actuaciones que suponen la aplicación de los artículos 515 y 516.2 del Código Penal y el artículo 129 del mismo cuerpo legal en relación con el artículo 520 de dicho texto*”.

⁶⁰ Recuérdese lo manifestado en el epígrafe II.2, sobre la actividad del TEDH en torno a las exigencias de necesidad y proporcionalidad a la hora de restringir la libertad de expresión.

⁶¹ Efectivamente, no puede olvidarse que, a la postre, la Fiscalía de la Audiencia Nacional solicitó y obtuvo el sobreseimiento de la causa en 2005 (Sección Primera, 21/05, Juzgado de Instrucción nº 6), afirmando que no se había podido acreditar que el periódico fuese fuente de financiación de ETA. Huelga decir que en ese momento era ya inviable la reapertura de Egin, con lo que queda, si cabe, más acreditado que las medidas cautelares tomadas en fase de instrucción resultaron desproporcionadas e innecesarias en un Estado democrático.

⁶² Recuérdese, en este sentido, lo previsto por el art. 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

Probablemente recordando la glosada STC 199/1987, la AN trata de justificar su decisión afirmando que “ se rechaza en este punto cualquier afirmación sea expresa o meramente velada, de que la medida adoptada busca mermar la libertad de expresión y por ende atacar el artículo 20 de la Constitución Española en sus apartados a) y b) del número 1, que garantizan los derechos a la expresión y difusión libre de los pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio de reproducción y a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, pues el fin de la norma no es una respuesta a la forma aunque tales derechos se ejercen.”

A juicio del órgano resolutorio, no existiría en aquel procedimiento “ni un solo dato, ni un solo elemento, ni una sola actuación, ni una sola diligencia ordenada practicar que permita pensar, o siquiera intuir, que en algún momento la finalidad haya sido o sea la de interferir u obstaculizar la difusión de la información o de creación cultural determinadas, sino, simplemente someter al régimen jurídico penal previsto en nuestra legislación para las organizaciones terroristas a aquellas personas y entidades que, en el seno de las mismas, han realizado hechos presuntamente delictivos. Desde luego, este tipo de intervención, al margen de la conformidad o disconformidad con la que se valore, no vulnera el artículo 20 de la Constitución Española, ni roza siquiera el apartado 5 del mismo”.

En efecto, la AN afirma que la clausura no implica una medida restrictiva de la libertad de expresión, sino que incidiría en la incautación judicial de los instrumentos idóneos para la ejecución de un delito extremadamente grave. El órgano argumenta, además, que la medida no se toma como respuesta a ningún artículo de opinión, afirmando, asimismo, que no se había tomado ninguna medida respecto a la publicación que vino a suceder a Egin (Euskadi Información), de semejante contenido editorial pero realizada con medios materiales diferentes de los intervenidos a las empresas a cuyos miembros se les imputaba el delito de integración o pertenencia a organización terrorista.

A juicio de la AN, con la suspensión se trataría de garantizar, por una parte, el “recto desenvolvimiento del proceso penal” (impidiendo la continuación de la realización de actividades al servicio de una organización terrorista) y vendría amparada en la aplicación que el Código Penal atribuye al Instructor, atendiendo a los artículos 127, 129 y 520. De ahí extrae la AN que “es evidente que la suspensión tiene «incidencia en el buen fin del proceso», y no aparece mediatizada por previas resoluciones del Tribunal Constitucional que obedecieron en su día a un recurso de inconstitucionalidad”. En definitiva, el magistrado viene a decir es que el caso de Egin es completamente diferente al dilucidado en la STC 199/1987, afirmando que las razones para la clausura del periódico son “fundamentos inmanentes al proceso penal”, que no son especificados, además de otros “ajenos o trascendentes al proceso penal”, que tampoco se detallan.

Por último, cabe señalar que en la SNA 73/2007, de 19 de diciembre, correspondiente al sumario 18/98 (caso Ekin), y que resolvió en sentido esencialmente condenatorio las causas abiertas a las casi sesenta personas por integración y colaboración en banda armada, falsedad contable, delitos contra la Seguridad Social y alzamiento de bienes, se reitera expresamente la aplicabilidad del art. 129 al presente caso.

IV. CONCLUSIONES

- Al margen de su reconocimiento en diversas instancias internacionales, la Constitución española recoge la libertad de expresión como derecho fundamental (art. 20), lo que implica el reconocimiento de las máximas garantías en cuanto al rango de las

previsiones que lo limiten, así como su tutela mediante un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios (y, en su caso, el amparo constitucional).

- La libertad de expresión, uno de los derechos reconocidos por el constitucionalismo más temprano, consta de diferentes vertientes: a) la libertad de expresión *stricto sensu*, o el derecho a manifestar libremente las propias ideas, pensamientos y opiniones (art. 20.1.a); b) la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica (20.1.b); c) la libertad de cátedra o derecho a la libre expresión de los docentes (art. 20.1.c); d) la libertad de información, o derecho a transmitir y recibir libremente información veraz. A nadie escapa la naturaleza *relacional* de este derecho, que constituye un complemento respecto a otros derechos (reunión y participación, y derechos de sufragio), lo que lo convierte en un instrumento imprescindible para la participación democrática. Por otra parte, la libertad de expresión resulta un derecho esencial para el completo desarrollo de la propia persona (art. 10.1 CE), faceta que conecta con la libertad ideológica.
- Entre los límites ordinarios del derecho a la libertad de expresión, se reconocen el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, el derecho a la propia imagen, la protección de la juventud y de la infancia, la seguridad nacional, la Administración de Justicia y el mensaje racista, sexista o xenófobo.
- Por otra parte, el art. 55.1 CE habilita la suspensión del derecho a la libertad de expresión y de información en supuestos de estado de excepción o de sitio. Por lo tanto, se habilita una suspensión *colectiva* en casos de emergencia constitucional, y no una suspensión *singular* en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (como prevé el art. 55.2 en relación a otros derechos).
- En el contexto de la lucha contra el terrorismo, dos son las vertientes de la libertad de expresión que pueden colisionar con los intereses de combatir esta clase de criminalidad organizada: la libertad de expresión en sentido estricto y la libertad de información.
- Desde la perspectiva de la **libertad de expresión en sentido estricto**, si bien puede afirmarse que se trata de un derecho de carácter negativo - es decir, de no injerencia o de abstención por parte del Estado- con el que se reconoce al individuo un ámbito de libertad en el que no puede ser importunado, es patente que la punición de la **apología** ha operado desde siempre como caballo de batalla para combatir las manifestaciones de apoyo al terrorismo. Sin embargo, finalmente el CP 1995 parecía haber relegado su castigo aquellas manifestaciones que resultasen idóneas para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva ensalzada, es decir, a la provocación directa. No obstante, las reformas operadas al Código vienen a demostrar la preocupación por posibles ámbitos de impunidad vinculados con ciertas clases de hechos expresivos, lo que conecta con la tendencia al recorte de libertades ante la identificación de cualquier amenaza (por muy difusa que ésta sea) para la percepción colectiva de tranquilidad.
- Con el nuevo delito de “*reclamo público de acciones violentas*”(art. 170.2), se pretende cubrir el ámbito de impunidad entre las amenazas y la apología, castigando las conductas de incitación no directa e indeterminada a la violencia, pero idónea para crear un clima amenazante capaz de afectar al sentimiento colectivo de tranquilidad. Al margen de que resulta cuestionable que dicho ámbito de impunidad resultase admisible, el problema que se detecta es que el precepto termine aplicándose a supuestos de mero apoyo ideológico, pretendiendo ver en éste una llamada velada a la violencia.
- Con la tipificación del delito de *enaltecimiento* (art. 579) en 2000, todo indica que el legislador ha pretendido crear un delito autónomo que permita castigar la alabanza de

acciones delictivas, allí cuando ésta no resulte suficiente para provocar la comisión de nuevos delitos. Lo cual dudosamente implica un riesgo para bienes jurídicos relevantes.

- La **libertad de prensa** como plasmación del derecho a la libertad de expresión constituye una de las categorías que abarcaría el art. 20, que se concretaría en el ejercicio de las libertades de opinión e información a través de los medios de comunicación social. La trascendencia que el legislador pretendía conceder a este derecho queda patente en que entre las garantías de las que goza se incluyen la prohibición de la censura previa (art. 20.2 CE) y la previsión de que el secuestro de las publicaciones sólo pueda acordarse en virtud de resolución judicial (art. 20.5 CE).
- A pesar de que libertad de expresión, en ninguna de sus manifestaciones, ni ninguna de sus garantías, es susceptible de suspensión individual (art. 55.2), el notorio caso de los cierres de Egin, Egin Irratia y Euskaldunon Egunkaria ante la sospecha de que dichos medios de comunicación colaboraban financiera e ideológicamente con ETA, puso de manifiesto algunos aspectos que entran en conflicto con lo que se ha expuesto.
- El cierre de Egin y de Egin Irratia se realizó a través de la adopción de una medida cautelar al amparo del art. 129 CP, precepto que prevé la posibilidad de clausurar y suspender cautelarmente la actividad de una empresa en *los supuestos previstos en el Código penal*, entre los que no se hallarían los supuestos descritos. En cualquier caso, parece que si la clausura una empresa como medida cautelar por el período de 5 años es una medida de dudosa proporcionalidad y que, por tanto, debería adoptarse en casos de extrema gravedad, cuando la empresa resulta ser un medio de comunicación, las medidas a adoptar no pueden deslindarse de las garantías que asisten al art. 20 CE. En otras palabras, la amplia protección de la libertad de expresión prevista en la CE y en la normativa internacional correspondiente no puede pasarse por alto al tomar medidas cautelares durante la instrucción de un caso. Así, puede decirse que las medidas adoptadas vulneraron el principio de legalidad al realizarse una interpretación analógica extensiva prohibida por la ley.

V. BIBLIOGRAFÍA

ASUA BATARRITA, “**Apología** del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos”, *La ley*, nº 3, 1998, 1638.

BALAGUER CALLEJÓN/CÁMARAVILLAR/LÓPEZ AGUILAR/CANO BUESO/BALAGUER CALLEJÓN/RODRÍGUEZ, **Derecho constitucional**. *Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales*, vol II, 2º edición, Tecnos, 2003.

CAMPO MORENO “**El enaltecimiento** o justificación de los delitos terroristas o de sus autores”, *La Ley*, nº 1, 2001, 1751.

CARBONELL-MATEU, “Delitos contra el orden público”, en Vives Antón, Orts Berenguer, Carbonel-Mateu, González Cussac, Martínez-Buján Pérez, **Derecho penal. Parte especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CARBONELL-MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos contra la libertad”, en Vives Antón, Orts Berenguer, Carbonel-Mateu, González Cussac, Martínez-Buján Pérez, **Derecho penal. Parte especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CUERDA ARNAU, “**Terrorismo** y libertades políticas”, en *Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico. El estado de derecho frente a la amenaza del nuevo terrorismo*, nº3, 2008, 61.

ESPÍN, “Los derechos de libertad”, en López Guerra, Espín, García Morillo, Pérez Tremps, Satrústegui, **Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos**, vol I, 5º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR/ GARCÍA SANZ, “Libertad de expresión y derecho de la información” en **Comentarios a la Constitución Española de 1978**, Alzaga Villamil (dir), tomo II, Edersa, Madrid, 1997.

LAMARCA PÉREZ, “**Apología**: un residuo de incriminación del a disidencia”, *La ley penal*, nº 28, 2006, 41.

MIR PUIG, **Derecho penal. Parte general**, 6º ed, Reppertor, Barcelona, 2004.

MUÑOZ CONDE, **Derecho penal. Parte especial**, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

PRATS CANUT, “Art. 170”, Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), **Comentarios al Nuevo Código Penal**, 3ª edición revisada, actualizada y puesta al día, Aranzadi, Pamplona, 2005.

QUINTERO OLIVARES, “Art. 18”, en Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), **Comentarios Código Penal. Tomo I. Parte General (Artículos 1 a 137)**, 5ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2008.

RODRÍGUEZ PUERTA, “Art. 578”, en Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), **Comentarios al Código Penal. Tomo III. Parte Especial (Artículos 319 a DF 7ª)**, 5ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2008.