

El caso del diario «Egin»: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986

JAVIER MIRA BENAVENT

Universidad de Alicante

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. La sentencia 159/1986, de 12 de diciembre, del Tribunal Constitucional (1), otorga amparo al demandante (director del diario *Egin*), que había sido condenado como autor de dos delitos de apología del terrorismo por la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 1982, confirmada más tarde por la del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1983 (2); en consecuencia, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de ambas sentencias.

2. Los hechos que originaron la condena del director del diario *Egin* pueden ser resumidos de la siguiente manera, según se desprende del relato fáctico de la sentencia del Tribunal Supremo que transcribe el de la Audiencia Nacional: se declara probado que en el número del diario *Egin* correspondiente al día 4 de abril de 1982 se insertó un comunicado de ETA (m) en el que, bajo el titular «ETA (m) expone sus razones para haber dado muerte al doctor C.», dicho grupo armado hace «autopanegírico y autoloable de su comportamiento (*sic*) y esgrime argumentos tendentes a legitimar dicho asesinato». Posteriormente, en el número del mismo diario correspondiente al día 9 de mayo de 1982, se incluyó otro comunicado, ésta vez bajo el título editorial «Para ETA (m) su último atentado supone un incremento cualitativo de la campaña contra Lemóniz», en el que dicho grupo «vuelve a hacer autoloa y autopanegírico de su comportamiento y aduce argumentos para pretender justificar el asesinato que efectuó en la persona de don Angel P. M.», ingeniero de dicha Central nuclear. En el Resultando fáctico se transcriben fragmentos de ambos comunicados

(1) B.O.E. núm. 313 (suplemento), de 31 de diciembre de 1986. Ponente: GLORIA BEGUÉ CANTÓN.

(2) Jurisprudencia Criminal, núm. 1.774.

que patentizan la defensa y justificación que ETA (m) realiza de estas dos muertes.

Finalmente también se declara probado que el procesado José Félix A. B. era «la persona que en las fechas de inserción de los referidos artículos periodísticos desempeñaba el cargo de Director del periódico «Egin» y que como tal autorizó y consintió su publicación y difusión. Ha resultado desconocida la persona, portavoz de «ETA-militar» que suministró al periódico «Egin» los dos comunicados de esta banda armada» (*Resultando* núm. 1 de la sentencia del TS).

3. La sentencia de 13 de diciembre de 1982 de la Audiencia Nacional estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de dos delitos de apología del terrorismo previstos en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, de los que era responsable en concepto de autor el procesado (director del diario *Egin* en la época de los hechos), condenándolo a dos penas de prisión menor y accesorias. La sentencia del TS de 31 de diciembre de 1983 confirma este fallo en base a una línea argumental, análoga a la de la sentencia recurrida, que puede resumirse en los siguientes puntos: a) En el 2.º Considerando se estima que el derecho recogido en el artículo 20, apartado 1.º d) de la CE (derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión) no ha sido vulnerado por la sentencia de la AN en el caso que se enjuicia, puesto que «la libertad de expresión no es absoluta, sino limitada, pues bajo el pretexto de una libertad, podrían ser desconocidas las demás, resultado manifiestamente antidemocrático»; «la falta de respeto de la Ley —añade el Considerando citado—, si ésta es penal, puede constituir infracciones delictivas», ya que «a través del derecho de información se pueden cometer delitos...*aunque la noticia que produce la infracción sea verídica, y sin que valga la exculpación de que la noticia no hace otra cosa que transcribir lo que otros han dicho o hecho*, pues por la especial configuración de la autoría en los delitos de imprenta, en el artículo 15 del Código Penal, el legislador ha querido, para evitar graves impunidades, castigar, escalonada y subsidiariamente, al autor material del texto delictivo, a los directores de la publicación, a los editores y a falta de los anteriores a los simples impresores»; b) En el tercero de los Considerandos se concluye diciendo que «la apología del terrorismo, es un delito, para el que se exige como requisito necesario la publicidad, por lo que la prensa es el medio más adecuado para su comisión. Afirmado que los dos comunicados de ETA (m) tienen el carácter de apología del terrorismo, *con su inserción en el periódico «Egin» se consuma el delito*, del que, efectivamente, siguiendo la normativa sobre autoría sería autor o autores quienes los redactaron, pero por aplicación de los artículos 13 y 15 del Código Penal, *al ser desconocidos aquéllos, la responsabilidad recae en el director de tal publicación*, y por tanto, en el procesado» (3).

4. Según consta en el Antecedente núm. 3 de la STC que comenta-

(3) Todos los subrayados son añadidos.

mos, la demanda de amparo interpuesta por el sentenciado ante el Tribunal Constitucional se fundamenta en la presunta violación de los derechos reconocidos en los artículos:

a) 20, párrafo 1.º apartado d, de la CE (derecho a comunicar información veraz), puesto que, según se alega, la simple reproducción de dos comunicados de ETA (m) no supera los límites de la libertad de información, al no ser su contenido «fruto de opiniones expresadas por el solicitante de amparo ni por cualquier otro periodista del diario *Egin*, y que por parte de estos no existió alabanza o panegírico de la conducta de dicha organización, autora en exclusiva de los textos considerados delictivos, sino tan sólo registro de noticias cuya veracidad quedó acreditada en el proceso penal»; y b) 25.1 (principio de legalidad), por los siguientes motivos: a') vulneración del principio de reserva absoluta de Ley Orgánica, por carecer la normativa aplicada al caso, esto es, el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, del rango normativo necesario para establecer delitos y penas privativas de libertad; b') interpretación del concepto de apología del terrorismo extendiendo el ámbito incriminatorio de esta infracción al hecho de reproducir comunicados de bandas terroristas, siendo así que la prohibición de analogía y de la interpretación extensiva ha de considerarse implícita en el principio de legalidad; y c') vulneración del principio de tipicidad, puesto que la norma incriminadora de la apología no delimita de forma precisa la conducta punible.

COMENTARIO

La sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986, que seguidamente paso a comentar, anula las sentencias condenatorias de la AN y del TS; pero no acoge todos los motivos aducidos en la petición de amparo, por lo que conviene centrar el objeto de análisis del presente comentario.

1. El TC estima, en primer lugar, que «no cabe aducir, como fundamento de la demanda de amparo, la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución por falta de rango de la norma penal tipificadora del delito de apología del terrorismo»; y esto porque, aún admitida la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, la conducta enjuiciada se podría subsumir sin problema en los artículos 268 y 216 bis a), uno, del CP, que en sus nuevas redacciones establecen incluso penas más graves. En definitiva, concluye el TC, «la inconstitucionalidad pretendida no sólo sería inoperante, sino que perjudicaría manifiestamente al reo» (Fundamento jurídico núm. 3). No voy a entrar en el tema de la reserva de ley en materia penal (4), por más que

(4) Sobre la exigencia constitucional de la necesidad de reserva absoluta de Ley Orgánica en materia penal, y la imposibilidad de recurrir en ningún caso a la vía del De-

en este caso la actuación del TC sea altamente criticable al dar por buena la aplicación de una norma manifiestamente inconstitucional por razones de economía procesal (5).

2. Tampoco voy a tratar la cuestión de la posible vulneración del Principio de tipicidad por parte de la norma incriminadora de la apología del terrorismo, extremo que también desestima el TC dada la forma en que es planteado por la parte recurrente. Es en este punto donde hay que hacer una serie de precisiones:

a) El recurrente estima que se ha vulnerado el Principio de tipicidad ya que «no es posible deducir de la norma penal aplicada si la publicación de un comunicado de una organización terrorista, a la que el director del periódico es ajeno, constituye o no la realización del comportamiento prohibido por el delito de apología del terrorismo» (Fundamento jurídico núm. 4). Pero es que una cosa es el deber que incumbe al legislador de conformar los preceptos sancionatorios con la máxima claridad posible, y otra muy distinta, como razona el TC a continuación, el propio contenido de la norma o la forma en que ésta ha sido «aplicada o interpretada por los Tribunales a la luz de los mandatos contenidos en la Constitución y singularmente de los que establecen derechos y libertades públicas»; pues es precisamente el contenido de la propia norma, o su interpretación o aplicación a un caso concreto, lo que puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. En tales casos, concluye el TC en el fundamento jurídico citado, el juicio constitucional tendría como punto de referencia el derecho fundamental vulnerado y no el principio de legalidad en su vertiente de ley penal estricta.

b) En el caso que nos ocupa, lo que motivó el fallo condenatorio fue, en primer lugar, la consideración de que la apología del delito es un límite absoluto e incuestionable de la libertad de expresión y del derecho a comunicar información, límite que según la AN y el TS no puede ser franqueado bajo ninguna circunstancia; y en segundo lugar, y fundamentalmente, la aplicación automática de las normas de autoría contenidas en el artículo 15 CP, mecanismo que permitió a la AN y al TS considerar directamente autor del delito de apología del terrorismo al director de la publicación en que se incluyeron los comunicados de ETA (m), toda vez que no fueron hallados los autores reales del texto apologético. Pero esto no quiere decir que la norma incriminadora de la apología o la norma contenida en el artículo 15 CP vul-

creto-Ley o de la Ley Ordinaria, véase, por todos, COBO/BOIX: «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, EDESA, Madrid 1982, págs. 191 ss; BOIX REIG: «El principio de la legalidad en la Constitución», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Universidad de Deusto 1983, págs. 53 ss; y del mismo: «De nuevo sobre el principio de legalidad (Perspectiva constitucional)», *en prensa*, donde este autor estudia las últimas posiciones del TC en esta materia.

(5) Sobre esta cuestión, véase el voto particular recogido al final de la Sentencia, en el que, con razón, se estima que «ni el principio "pro reo" ni una calificación defectuosa de los hechos por la acusación pública, permiten aplicar una Ley derogada y, por tanto, inexistente», por ser contrario a los artículos 9.1, 25 y 117.1 de la CE.

neren por sí mismas las exigencias de certeza y claridad dimanantes del principio de legalidad: ambas normas son, a mi modo de ver, clarísimas. La única duda que podemos plantearnos es la relativa a si tales normas son compatibles con las exigencias constitucionales en materia de libertad de expresión, o, en todo caso, si la interpretación de las mismas llevada a cabo por la AN y por el TS en las sentencias antes citadas respeta dichas exigencias.

3. Por tanto, las cuestiones que realmente plantea el «caso Egin» son sobre todo dos:

PRIMERA. La mera reproducción de dos comunicados en los que una organización armada hace apología, justifica y defiende alguna de sus actividades delictivas, *¿supera los límites del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión reconocido en el artículo 20, párrafo 1.º apartado d) de la CE?* O dicho de otro modo: el castigo de la mera reproducción de tales comunicados, cuando la misma no va acompañada de juicios de valor que demuestren que el diario asume el contenido apologético de los mismos, *¿respeta las exigencias derivadas del precepto constitucional antes señalado?*, *¿realiza un supuesto semejante el contenido de injusto de la apología del delito?*

SEGUNDA. El director de una publicación que se limita a ordenar la inserción en la misma de dos comunicados de ETA (m) cuyo contenido es claramente apologético, *¿basta para que, en base al artículo 15 CP, pueda ser reputado autor de la infracción cometida el que posteriormente resulte que no sean identificados ni hallados los autores reales del texto delictivo?* O lo que es lo mismo: la interpretación que en el «caso Egin» realizan las sentencias de la AN y del TS de la norma contenida en el artículo 15 CP, *¿respeta el principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la CE?*, *¿supone por el contrario interpretar el artículo 15 CP como una hipótesis de responsabilidad por hecho de otro, posibilidad vedada por el citado y por otros preceptos constitucionales?* Y lo que es más importante en este caso, *¿respetaría una interpretación de tales características las exigencias dimanantes de la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 CE?*

Paso a comentar por separado ambos grupos de problemas; y también en qué medida han sido resueltos por el TC en su sentencia de 12 de diciembre de 1986.

LIBERTAD DE EXPRESION Y APOLOGIA DEL DELITO

I

1. El primero de los grupos de cuestiones a que acabo de referirme es planteado por el TC como un problema de relaciones «entre la libertad de información y el límite derivado del interés público que sub-

yace a las normas penales»: de lo que en definitiva se trata, pues, es de fijar los criterios que deben presidir la solución de las tensiones que sin duda se originan entre la libertad de expresión y la apología del delito, toda vez que el actual legislador español parece que ha asumido decididamente la punición de esta controvertida figura delictiva (6).

En el caso del diario *Egin* se produce un conflicto entre:

a) el *interés* que protege la norma incriminadora de la apología del terrorismo, que para el TC no es otro que el interés político y social en la erradicación de la violencia terrorista (Fundamento jurídico núm. 7); y

b) el *interés* que subyace al derecho a comunicar información veraz, información que en este caso consiste en dar noticia de la existencia de dos comunicados en los que ETA (m) defiende y justifica la perpetración de dos acciones delictivas.

El TC perfila con mucho más detalle este segundo punto del conflicto, destacando (Fundamento jurídico núm. 6) que «el artículo 20 de la norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una conducta previa necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática»; pues «para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas». Se cita, además, reiterada jurisprudencia constitucional que pone de manifiesto que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político».

2. ¿Cómo debe solucionarse semejante problema?

Para el TC (Fundamento jurídico núm. 7), el citado conflicto de intereses «no puede resolverse otorgando a priori un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley Penal frente a la libertad de información» (7). Por el contrario: hay que ponderar rigurosamente los dos extremos que chocan en este asunto; y para ello, el TC, aparte de tener en cuenta las consideraciones ya vistas sobre los intereses en juego, alude a dos principios generales de interpretación:

a) «es cierto, como señalan Sentencias impugnadas, que los de-

(6) No sólo ha mantenido después de la reforma de 25 de junio de 1983 los artículos 216 bis a) y 268 CP, sino que además ha introducido un concepto de apología del delito en el artículo 10 de la Ley de bandas armadas de 26 de diciembre de 1984 que ha desbordado cualquier previsión razonable en la materia y al que me referiré después.

(7) Subrayado añadido.

rechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades»; de ahí la exigencia de que

b) “los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”; por ello, continúa el TC, “cuando la libertad de información entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados, como ocurre en el presente caso, por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado” (Fundamento jurídico núm. 6).

Junto a estos dos criterios que deben ser utilizados con carácter general para resolver cualquier conflicto surgido entre la libertad de expresión y otros intereses, el TC hace especial hincapié en una circunstancia que concurre concretamente en el caso que nos ocupa, y que es considerada por el Fundamento jurídico núm. 8 como un aspecto esencial de la cuestión planteada: y es sencillamente «que la información controvertida consiste en la mera reproducción de los comunicados, *no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido apologético de los mismos*» (8).

3. Como corolario a todos estos razonamientos, el TC estima finalmente en el Fundamento jurídico núm. 8 que en las Sentencias recurridas ha resultado vulnerado el artículo 20, párrafo 1.º apartado d). de la CE porque

«...al interpretar los órganos judiciales la Ley Penal como un límite absoluto del derecho a informar, “*con abstracción de que (el informador) asuma o no comparte la actividad delictiva*” y supeditando dicho derecho fundamental a cualquier interés que pueda inspirar al legislador penal, se ha producido, en el caso que nos ocupa, una limitación del mismo incompatible con su contenido constitucional...A los órganos judiciales correspondía *asumir la interpretación más favorable al derecho fundamental y a sus efectos sobre las normas penales limitadoras del mismo*, que, en definitiva, se concreta en el criterio de que el derecho de un profesional del periodismo a informar, así como el de sus lectores a recibir información íntegra y veraz, constituye, en último término, una *garantía institucional de carácter objetivo, cuya efectividad exige en principio excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transcribir sin más la información, aunque ésta por su contenido pueda revestir significado penal*» (9).

II

1. La Sentencia del TC de 12 de diciembre de 1986 que venimos comentando es acreedora de : una *alabanza*, porque me parece, y con

(8) Subrayado añadido.

(9) Primer subrayado en el original; los demás añadidos.

esto adelanto ya mi opinión, que la decisión de otorgar en este caso amparo al demandante es correcta desde un punto de vista de justicia material y jurídicamente adecuada, además, a los principios constitucionales que deben presidir la interpretación de las normas penales restrictivas de la libertad de expresión; y también de una crítica, puesto que el TC no entra a considerar lo que en definitiva es el fondo del asunto, es decir, la cuestión relativa a si la punición de la apología del delito es compatible en última instancia con las exigencias de nuestro ordenamiento constitucional en materia de libertad de expresión.

En efecto; el TC se extiende con relativa amplitud sobre cuestiones tales como el papel que desempeña la libertad de información en una sociedad pluralista y cuál debe ser su extensión y contenido constitucional; pero no aborda, como cabía esperar de la progresiva lectura de los Fundamentos jurídicos de la Sentencia, la vertiente contraria de la cuestión: es decir, el problema de los límites del ámbito de punición de la apología del delito en el marco de un Estado de Derecho respetuoso con las libertades individuales.

Cabría oponer a esta crítica que la función del recurso de amparo se circunscribe únicamente a la protección de los derechos y libertades fundamentales susceptibles del mismo; y que la decisión del TC en este marco ha de limitarse, por imperativo del artículo 54 LOTC, a concretar si se han vulnerado o no derechos fundamentales susceptibles de amparo y a preservar o restablecer los mismos.

Ciertamente la STC de 12 de diciembre de 1986 se limita a declarar, en cumplimiento del último precepto citado, que en el «caso Egin» se ha producido una vulneración del derecho a comunicar libremente información veraz reconocido en el artículo 20, párrafo 1.º apartado d), de la CE, por lo que se anulan las decisiones judiciales de la AN y del TS que originaron dicha violación. Pero también es cierto que el TC plantea la cuestión, a primera vista, como un conflicto de intereses contrapuestos, cuya solución debería pasar necesariamente por averiguar si el ejercicio del derecho a transmitir libremente información veraz reconocido constitucionalmente en el artículo 20 CE, se halla sometido en todo caso a los límites impuestos por la legislación penal, o si, por el contrario, toda restricción que se haga del mismo debe estar debidamente fundamentada. Y lo que precisamente se critica aquí es que el TC se haya limitado a considerar tan sólo uno de los intereses en conflicto, cuando lo mínimamente lógico hubiera sido detenerse en todos y cada uno de los extremos del problema: de esta manera, el TC nos enseña mucho sobre la importancia del derecho a comunicar información veraz en un Estado democrático y pluralista; pero no nos dice absolutamente nada acerca del otro interés en litigio, es decir, el interés que subyace a la norma incriminadora de la apología, ni si este interés es de la suficiente entidad como para fundamentar restricciones de tipo penal al ejercicio de la libertad de expresión (10).

(10) El TC podía incluso haber tratado, en sede de recurso de amparo, la posible inconstitucionalidad de la norma incriminadora de la apología por incompatibilidad con

En definitiva: la STC de 12 de diciembre de 1986 se limita a declarar que, en el conflicto de intereses repetidamente citado, el derecho a transmitir información veraz se encuentra situado por encima del interés propio de la apología del delito; pero no sabemos si esto se debe a que dicho derecho es absoluto y debe situarse siempre por encima de la Ley penal, o porque no concurren en este caso las circunstancias necesarias que fundamentan la limitación de un derecho constitucional. La pregunta relativa a en qué supuestos y por qué y hasta qué punto puede extenderse el castigo de la apología del delito en detrimento de la libertad de expresión es una cuestión que queda flotando en los razonamientos de la Sentencia que venimos comentando, pero sin hallar una respuesta precisa. Y era lógico esperar que el TC abordara, al menos con carácter general, tal punto por las razones que acabo de exponer.

A pesar de ello, la insatisfacción que en este punto provoca la Sentencia de 12 de diciembre de 1986 no es, sin embargo, absoluta, puesto que de ella pueden extraerse una serie de conclusiones de la suficiente importancia como para intentar contestar con cierta base a la pregunta antes mencionada. Por este motivo puede afirmarse que la Sentencia del TC de 12 de diciembre de 1986 es importante no sólo por la decisión finalmente adoptada, sino sobre todo por las conclusiones que de ella pueden inferirse en orden a resolver el problema relativo al fundamento, justificación y límites punibles de la controvertida figura delictiva de la apología.

A intentar perfilar dichas conclusiones se dedican las líneas que siguen.

2. Ya hemos visto que lo que ha motivado la concesión de amparo por la vulneración del artículo 20, párrafo 1.º apartado d), de la CE ha sido

a) dos consideraciones de tipo *general* sobre la libertad de expresión, que, resumidas, son:

- la libertad de información encierra un *interés esencial* para una sociedad democrática y pluralista, cual es la formación de una opinión pública libre como condición necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento del sistema constitucional;
- los límites a que ha de someterse el ejercicio de los derechos y libertades públicas *no son absolutos*, sino que deben ser interpretados con *criterios restrictivos* y en el *sentido más favorable* a la eficacia y a la esencia de tales derechos;

la libertad de expresión, ya que el artículo 55.2 LOTC lo permite, al menos a nivel de discusión; aunque, de haberse estimado en el recurso de amparo que efectivamente la norma penal incriminadora de la apología vulnera por sí misma algún derecho fundamental, la Sala, al tiempo de conceder el amparo, hubiera tenido que elevar el tema al Pleno del Tribunal, que es el que en estos casos, y en base al artículo 55.2 LOTC, puede declarar la inconstitucionalidad en una nueva sentencia.

b) y una consideración de tipo *particular* derivada del caso concreto que se enjuicia,

— y es que la información aparecida en el diario *Egin* y que originó toda la controversia consiste en la mera reproducción de los dos comunicados de ETA (m), *no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume o comparte el contenido apologético de los mismos.*

Esta última consideración particular derivada del caso concreto enjuiciado parece que es la que, en última instancia, determina la decisión final del TC. Para comprobar tal afirmación no hay más que recordar que el Fundamento jurídico núm. 8 considera que dicha circunstancia es un *aspecto esencial* de la cuestión planteada; que es éste extremo el que permite al TC afirmar que se ha producido una limitación injustificada de la libertad de comunicar libremente información veraz, toda vez que la Ley penal ha sido aplicada *con abstracción de que el informador asuma o no comparta la actividad delictiva*; y que la Sentencia acaba diciendo precisamente que, en principio, *debe excluirse la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta por su contenido pueda revestir significado penal.*

3. ¿Qué significa todo esto?, ¿Qué cabe deducir de todos estos razonamientos?

Lo único que el TC dice claramente es que el director del diario *Egin*, al reproducir en su periódico como noticia relativa a su existencia dos textos claramente delictivos, *pero sin identificarse o compartir el contenido de los mismos*, se ha limitado a ejercitar dentro de los límites máximos permitidos un derecho reconocido constitucionalmente; y que la decisión de la AN y del TS de castigar penalmente este comportamiento vulnera, por tanto, dicho derecho constitucional.

De este dato podemos deducir sin problemas y con carácter más general que la conducta del periodista que se limita a reproducir o publicar en un medio de difusión un escrito delictivo, *pero sin adherirse o asumir su contenido*, se mantiene dentro de los márgenes permitidos por el ejercicio del derecho a comunicar información veraz consagrado en el artículo 20, párrafo 1.º apartado d), de la CE. Esta es la causa principal, además, de que no pueda castigarse con una pena el caso que venimos comentando, pues es obvio, y así lo ha señalado con razón MIR PUIG, que «no es propio de un Derecho penal democrático castigar conductas que supongan en realidad el ejercicio de derechos políticos que no cabe negar al ciudadano» (11).

Ya hemos logrado aislar la circunstancia decisiva de todo este asunto: el hecho de no asumir o no compartir el contenido delictivo de textos publicados o difundidos es lo que mantiene a cualquier periodista

(11) MIR PUIG, SANTIAGO: *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Barcelona 1976, pág. 152.

dentro de los límites del derecho a comunicar información veraz. Ahora bien, este logro es más aparente que real, porque por sí mismo no es capaz de aportar demasiadas luces para esclarecer los problemas que antes planteábamos; pues ¿qué es lo que hace que la circunstancia aludida sea decisiva para que el periodista no se extralimite en el uso de la libertad de expresión?, ¿por qué no se puede castigar con una pena al periodista que no comparte el contenido delictivo de los textos que publica o difunde? Al fin y al cabo, y sin entrar todavía en las cuestiones de participación que plantea todo delito cometido a través de la imprenta, cabría pensar con cierta lógica que el periodista, aún sin compartir lo que publica, contribuye de forma notable a la divulgación de la conducta delictiva; razón ésta por la que podría estimarse que el derecho a comunicar información veraz debería limitarse a dar la noticia relativa a la existencia de tales textos, pero sin reproducir su concreto contenido delictivo (12). De la misma forma que tampoco sería demasiado aventurado pensar, al menos a primera vista, que dichos periodistas prestan apoyo o solidaridad moral o ideológica a los grupos «terroristas» que emiten comunicados defendiendo sus acciones, al facilitarles el acceso a la opinión pública a través de los medios de comunicación de masas (13).

Resumo la cuestión: el TC no dice qué propiedades o virtudes tiene el hecho de no compartir el contenido delictivo de un texto para evitar que el periodista que lo divulga sobrepase los límites del ejercicio de la libertad de expresión; y para impedir, por esta razón, la aplicación de una pena. Tiene que existir alguna razón más profunda que el TC omite mencionar, pero que aclare de forma satisfactoria este punto. Porque conformarnos con el nivel de explicación que el TC ofrece de este asunto, vendría a significar algo así como aceptar lisa y llanamente que «el director del diario *Egin* no se extralimita en el ejercicio de la libertad de expresión porque respeta sus límites»; lo cuál

(12) En este sentido, véase el Antecedente núm. 1, párrafo 3.º, de la Sentencia que comentamos, que extracta la sentencia de la AN de 13 de diciembre de 1982: para la AN, la postura deontológica de un periodista frente a un comunicado de un grupo terrorista debe ser la de publicar la noticia relativa a su existencia, «debiendo abstenerse, por el contrario de difundir cuanto suponga alabanza y panegírico, pues esto último es materia delictiva y, por consiguiente, su divulgación rebasa y desborda los límites de aquellos derechos constitucionales que amparan el libre ejercicio de su profesión» (Subrayado añadido).

(13) Tesis muy parecida a la que, como veremos más adelante, mantiene LAMARCA PÉREZ respecto del fundamento de la pena en la apología del delito. Hay que tener muy presente, además, que se trata de dos comunicados de la organización armada (ETA) (m); y que el periódico que los difunde es precisamente el diario *Egin*, de tendencias abertzales muy radicalizadas. Y esta circunstancia es la que podría explicar, a mi modo de ver, la razón por la cual este tipo de comunicados ha aparecido en otras ocasiones en otros periódicos sin que ello haya motivado la intervención de la justicia penal, dato este último que incluso reconoce la propia STC de 12 de diciembre de 1986 (véase el Fundamento jurídico núm. 8, párrafo 3.º último inciso). Todo lo cual induce a pensar, al menos desde mi punto de vista, que a través de la vía de una criminalización puramente secundaria, se ha intentado, en este caso, obstaculizar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales únicamente de aquellas publicaciones que sirven de órgano de expresión de determinadas opciones ideológicas.

sería casi tanto como admitir la validez de esas proposiciones puramente descriptivas en virtud de las cuales «el vino embriaga porque tiene una embriagadora propiedad» o «el fuego quema porque tiene propiedades ígneas». Y no parece serio pensar que el TC se entregue alegremente a este tipo de lógica.

¿Existe alguna posibilidad de desbloquear esta situación desde la propia STC de 12 de diciembre de 1986? Creo que sí; y que la respuesta a este silencio del TC es bastante sencilla.

Mi opinión es la siguiente: si se dice que el ejercicio que se hace en el «caso *Egin*» del derecho constitucional a comunicar libremente información veraz no debe ceder ante el Derecho penal y, por tanto, no merece ningún castigo, eso sólo puede ser porque, sencillamente, *comportamientos como los anteriormente descritos, en los que no se comparte lo que se publica, no lesionan ni ponen en peligro un bien jurídico relevante*. O dicho de una forma mucho más concreta y adecuada al caso objeto del presente comentario: *porque semejantes comportamientos no realizan el contenido de injusto propio de la apología del terrorismo*.

Esta es la única razón que puede explicar que no se considere punible la conducta de quien se limita a reproducir dos comunicados de ETA (m), pero absteniéndose de formular juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido apologético de los mismos; y no se le ocurre otra explicación, pues todo delito comporta necesariamente daño o peligro para un bien jurídico determinado, y no es imaginable delito que no lo realice (14).

De esta forma, la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico digno de protección penal se erige en el límite infranqueable de la libertad de expresión, de tal manera que la imposición de una pena sólo estará fundamentada cuando la exteriorización de una idea o de una opinión o de una noticia implique necesariamente un daño para alguno de estos bienes. Sólo en estos casos podrá subordinarse la libertad de expresión a los intereses de la Ley penal, como sucede por ejemplo en el delito de injurias o en la provocación para cometer delito, y como debe suceder también *necesariamente* en la apología del delito. Y en el caso que nos ocupa, hay que convenir por lo dicho que la circunstancia de no compartir el contenido delictivo de lo que se publica es la que convierte en inocuo para el bien jurídico protegido de la apología del delito el ejercicio que, en el «caso *Egin*», se hace del derecho constitucional a comunicar información veraz; o al menos, que semejante daño sería tan insignificante o tan remoto, que no estaría legitimado el recurso a la pena, dada la vigencia del Principio de intervención mínima, el carácter fragmentario del Derecho penal y la importancia que tiene el derecho a comunicar información veraz en el seno de una sociedad democrática y pluralista para la formación de la opinión pública.

(14) Véase por todos Cobo/Vives: *Derecho Penal. Parte General*, Universidad de Valencia 1984, pág. 273.

De todo lo cual se desprende finalmente que el aparente conflicto de intereses al que aludíamos más arriba deba ser resuelto a favor del interés subyacente al derecho constitucional de comunicar libremente información veraz: si no hay pena es que no hay lesión ni peligro para el interés que subyace a la norma incriminadora de la apología; y si no hay ofensa para dicho interés, no está justificado *en ningún caso* restringir o comprimir el ejercicio de la libertad de expresión.

4. Acabamos de ver cuál debe ser el límite penal de la libertad de expresión; y también que el castigo de la apología, como el de cualquier otra manifestación de una opinión, sólo puede encontrar fundamento en su posible capacidad de lesionar o poner en peligro un bien jurídico penalmente protegido.

Queda por aclarar, por tanto, la razón por la cual el director del diario *Egin*, al no compartir el contenido de los textos publicados, no lesiona ni pone en peligro el bien jurídico protegido en la apología del delito; es decir, ¿por qué semejantes comportamientos no realizan el contenido de injusto propio de la apología?

La legislación penal española, dejando aparte el caso concreto de la vigente Ley de bandas armadas, nunca ha definido qué comportamientos integran el tipo de la apología del delito, sino que a la hora de tipificar estas conductas se ha limitado siempre a utilizar fórmulas tales como «el que *hiciera apología* de determinados delitos o de sus culpables», o «la misma pena se impondrá al *reo de apología* de los delitos...». Ante esta carencia de concepto legal de apología, tanto la doctrina (15) como la jurisprudencia (16) han estado siempre de acuerdo en delimitar el contenido típico de esta figura a partir del significado gramatical del término apología (17), coincidiendo la mayoría de los autores en que el núcleo típico consiste «en la *alabanza*, el *elogio* o la *exaltación* de acciones delictivas o, en el caso del artículo 268, también de sus culpables» (18). Esta es la razón por la que la mayoría de la doctrina distingue entre lo que es alabanza o defensa de un delito y lo que es una simple *aprobación* del mismo, mereciendo destacarse en este punto la opinión de RODRIGUEZ DEVESA, según el cual «la mera satisfacción que no se oculta o la simple aprobación de un delito, *en tanto no se mezclen con ellas la alabanza o argumentos defendiendo las razones que el autor tuvo para perpetrarlo*, no se castigan» (19).

Pues bien: el director del diario *Egin* no alaba, ni elogia, ni exalta

(15) Véase, por todos, DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Madrid 1986, pág. 185, que ofrece un amplio panorama doctrinal sobre esta cuestión.

(16) Véanse, por todas, la STS de 17-I-1969, R. A. 234; y la propia STS de 31-XII-1983, J. C. 1774.

(17) «Discurso de palabra, o por escrito, en defensa o alabanza de personas o cosas», *Diccionario de la Lengua española*, R. A. E. 19.^a edic., Madrid 1970.

(18) Como acertadamente dice DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La provocación...*, cit., página 185, resumiendo así las diversas posiciones doctrinales.

(19) RODRIGUEZ DEVESA, J. M.^a: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 9.^a edic. Madrid 1983, pág. 625. Subrayado añadido.

ninguna acción delictiva, sino que se limita a comunicar a través de su periódico la existencia de dos comunicados en los que *otras personas* defienden y justifican la perpetración *de sus propios delitos*. Esto quiere decir que el director del diario *Egin* no ejecuta la conducta típica de la apología del delito, o lo que es lo mismo, *no realiza el tipo objetivo de esta figura delictiva*, puesto que no alaba, ni elogia, ni exalta la comisión de ningún delito ni a sus culpables; y si no realiza el tipo objetivo de la apología del delito, *tampoco realiza su contenido de injusto*, y no lesiona ni pone en peligro, por tanto, el bien jurídico tutelado por esta figura (20).

Lo máximo que se podrá decir de la conducta que comentamos es que constituye una aprobación o adhesión tácita o presunta a la comisión de los delitos defendidos en los comunicados; o que favorece la estrategia de las organizaciones armadas al facilitarles el acceso a los medios de comunicación de masas. Pero estos son comportamientos que, dejando aparte la problemática que plantea el artículo 10 de la actual Ley de bandas armadas, quedan fuera del ámbito de la conducta típica de la apología del delito por las razones que acabo de exponer; y está por ver, además, como veremos más adelante, que semejantes comportamientos deban ser castigados en una sociedad democrática.

Queda aclarada, por tanto, la razón por la que, en mi opinión, la STC 159/86, de 12 de diciembre, considera como aspecto esencial de la cuestión la circunstancia de no asumir o no compartir el contenido de las noticias que se publican en un periódico: es éste extremo el que hace que el periodista no realice el tipo de la apología del delito, convirtiendo el ejercicio del derecho constitucional a comunicar información veraz en *atípico para el Derecho penal*.

5. Por todo lo expuesto, el caso que venimos comentando no puede aparecer, al menos en mi opinión, como un supuesto de colisión de intereses a resolver en el marco de la justificación penal; perspectiva desde la cual, la lesión del bien jurídico protegido propio de la apología del delito estaría justificada como consecuencia del ejercicio legítimo del derecho constitucional a comunicar información veraz, en base al artículo 8 núm. 11 del CP en relación con el artículo 20, núm. 1 párrafo d), de la CE: se estaría justificando así una lesión *efectivamente producida* en un bien jurídico.

Semejante punto de vista ha sido mantenido muy recientemente por JAÉN VALLEJO, que también ha comentado la STC que es objeto del presente trabajo (21). Para este autor, de la STC de 12 de diciem-

(20) Hay que recordar, además, que para las sentencias de la AN y del TS, la responsabilidad penal del director de *Egin* no se derivaba de sus propios actos, sino de una interpretación del artículo 15 CP que convierte a este precepto en un supuesto de responsabilidad objetiva o por hecho de otro; cuestión que trataremos brevemente al final de este comentario.

(21) JAÉN VALLEJO, MANUEL: «La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia constitucional», comunicación presentada a las *Jornadas de Estudios penales en homenaje al Prof. JOSÉ ANTONIO SAINZ CANTERO*, Granada del 11 al 14 de marzo de 1987. También BACIGALUPO alude varias veces a la STC 159/86, de 12

bre de 1986 y de otras resoluciones del TC sobre la misma materia, se deduce que la libertad de expresión y, muy singularmente, el derecho a informar propio de los periodistas goza de una garantía institucional que necesariamente habrá de tenerse en cuenta en la ponderación que debe realizarse en cada caso ante un eventual conflicto con otros derechos; de tal manera —continúa JAEN VALLEJO— que «la libertad de expresión goza de una posición especial en el conjunto de los derechos constitucionales reconocidos y, por ello, en aquellos supuestos en que el ejercicio de aquella libertad tenga por objeto la participación en la formación de opinión pública en asuntos de interés para la colectividad en general., el artículo 20.1 a) y d) operará como causa de justificación, sin que tenga relevancia la eventual lesión del honor que pueda producirse...» (22). Y no sólo del honor, sino que habrá que pensar que, para JAEN VALLEJO, el citado artículo 20.1. a) y d) también actuaría como causa de justificación ante eventuales lesiones de otros bienes jurídicos, pues este autor deriva sus conclusiones de dos resoluciones del TC especialmente: de la STC 104/86 (conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor: crítica humorística a una autoridad); y, fundamentalmente, de la STC 159/86, que es la que venimos comentando (conflicto entre el derecho a comunicar información veraz y el interés subyacente al castigo de la apología del delito).

En definitiva: nos encontraríamos ante el marco propio de una causa de justificación: la lesión de un bien jurídico se habría realmente producido, pero el hecho que la produce ha de ser conceptuado como jurídicamente correcto debido a la concurrencia de intereses que se consideran preferentes, prevalentes o preeminentes.

Sin embargo, no creo que los hechos que venimos comentando constituyan un supuesto de causa de justificación a resolver mediante la vía del ejercicio legítimo de un derecho; ni tampoco que el TC haya enfocado este caso desde semejante perspectiva. Esta afirmación puede encontrar base, al menos en mi opinión, en las siguientes consideraciones :

Para poder aplicar la exigente del ejercicio legítimo de un derecho habría sido necesario que se diera la estructura básica propia de esta causa de justificación, a saber: a) una colisión entre dos valores o intereses fundamentales, que en el caso que nos ocupa son el derecho constitucional a comunicar información veraz por un lado, y el interés o bien jurídico que protege la norma incriminadora de la apología por otro; de tal manera que el ejercicio del citado derecho constitucional implicara necesariamente la realización del tipo de la apología del delito, produciendo un daño en el bien jurídico de esta figura delictiva. Y b) un examen detenido de todas las circunstancias concurrentes en el caso y, fundamentalmente, de los dos intereses en con-

de diciembre, en su ponencia presentada a las mismas Jornadas titulada «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias».

(22) JAÉN VALLEJO, MANUEL: *ob. Cit.*, págs. 8 y 9.

flicto, de forma que pudiera llegar a afirmarse que el derecho a comunicar información veraz constituye el bien o interés preponderante que debe prevalecer sobre el interés lesionado o puesto en peligro; sólo de esta manera, el derecho recogido en artículo 20.1. d) de la CE serviría de fundamento para la aplicación de la circunstancia recogida en el núm. 11 del artículo 8 de CP, por considerarse que su ejercicio es, en una sociedad democrática y pluralista, más importante que la protección del bien jurídico protegido en la apología del delito.

Conviene estudiar detenidamente y por separado ambos aspectos:

a) Por lo que se refiere al primero de ellos, no creo que pueda decirse que el caso que comentamos constituya un supuesto de causa justificación, porque, al menos en mi opinión, la conducta del director del diario *Egin* no realiza el tipo de la apología del delito, y por tanto no lesiona ni pone en peligro el bien jurídico protegido de esta figura delictiva. Y ya sabemos que presupuesto necesario para la aplicación del ejercicio legítimo de un derecho, y de cualquier otra causa de justificación, es la previa y efectiva lesión de un bien jurídico protegido penalmente: si nada se lesiona, nada hay que justificar.

Esta es la principal razón que impide solucionar el caso a través de la vía de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho. Ya he expuesto, además, los argumentos en base a los cuales mantengo que la conducta del director del diario *Egin* no realiza el tipo de la apología del delito, y no parece necesario reproducirlos en este lugar. Basta con insistir una vez más en que nos encontramos ante un supuesto de ejercicio del derecho constitucional a comunicar información veraz; ejercicio que es irrelevante para el Derecho penal porque no coincide con la realización del tipo de la apología del delito y no daña, por consiguiente, ningún bien jurídico.

b) En cuanto al segundo de los aspectos propios de la estructura de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (es decir, la ponderación de los dos derechos o intereses fundamentales en conflicto para decidir cuál de ellos debe finalmente prevalecer), conviene precisar lo siguiente.

La STC 159/86, de 12 de diciembre, nos presenta el «caso *Egin*», efectivamente, como un conflicto en el que se contraponen dos intereses fundamentales: el derecho reconocido en el artículo 20.1 d) de la CE y el interés protegido por la norma incriminadora de la apología del delito; e incluso llega a decir la STC que semejante conflicto de intereses «no puede resolverse otorgando a priori un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley penal frente a la libertad de información» (F. J. 7), sino que su solución «exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio» (F. J. 6 último párrafo).

A pesar de tales declaraciones, la STC 159/86, de 12 de diciembre, *no realiza tal ponderación*: se limita únicamente a considerar que el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz garantiza un interés constitucional consistente en la formación y existencia de una opinión pública libre; que los citados

derechos se convierten en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática; y que «el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político» (F. J. 6 párrafo 4).

De esta forma, sabemos cual es la importancia del derecho ejercitado, pero no sabemos nada acerca de la importancia del presunto bien jurídico lesionado.

La capacidad de justificación de la eximente que tratamos estriba, como hemos visto, en que el Derecho considera que el ejercicio legítimo de un derecho es más importante y debe prevalecer, en determinadas ocasiones, sobre la lesión de un bien jurídico penalmente protegido; de ahí que se requiera una ponderación de los dos valores que entran en conflicto. Así, por ejemplo, el ejercicio legítimo de la libertad de expresión podría justificar, bajo determinadas condiciones, ciertos ataques al honor de otra persona; pero es mucho más difícil que el ejercicio del citado derecho pueda justificar una incitación directa a la rebelión o al asesinato del Jefe del Estado a través de una proclama incendiaria en un periódico, porque estos dos bienes se suelen estimar superiores al derecho mencionado; de la misma forma que el derecho de corrección permite a los padres y tutores corregir leve y moderadamente a los hijos y pupilos, pero no justifica en absoluto el uso de malos tratos y mucho menos posibles lesiones o detenciones ilegales. En estos últimos supuestos se entiende que, *una vez ponderados los dos intereses en conflicto*, la protección penal del bien jurídico es más importante que la lesión del mismo consecuencia del ejercicio de un derecho.

La STC 159/86 no realiza la citada ponderación de intereses, porque no dice ni cuál es el bien jurídico que se intenta proteger a través de la apología del delito, ni tampoco por tanto cuál sería su importancia y su posición jerárquica respecto de otros derechos o intereses con los que pudiera entrar en conflicto (23). De esta forma, no puede llegar a saberse si el bien jurídico protegido en la apología es de la misma importancia que, por ejemplo, el honor, con lo cual el ejercicio legítimo del derecho a la información si justificaría, bajo ciertas condiciones *que tampoco especifica la STC 159/86*, ataques al mismo; o si, por el contrario, se trata de un bien jurídico que debe aparecer siempre como preferente ante cualquier otro interés, sin que quepa justificar ninguna lesión.

Así pues, la STC 159/86, al guardar silencio sobre el bien protegido en la apología del delito, no realiza la ponderación de intereses que requiere la eximente de ejercicio legítimo de un derecho; y por esta razón, tampoco puede afirmarse que el TC haya planteado el caso que comentamos desde semejante perspectiva.

6. Esto no quiere decir, ni mucho menos, que piense que el bien

(23) La STC 159/86 se limita a decir que el interés subyacente en el castigo de la apología del terrorismo es el interés político y social en la erradicación de la violencia terrorista (F. J. 7). Lo cual viene a ser como no decir nada.

jurídico protegido en la apología del delito sea de tal importancia que no se permita ni justifique ningún ataque contra el mismo. Lo único que quiero poner de relieve es que la STC 159/86 ni siquiera ha intentado averiguar el bien jurídico protegido en esta figura delictiva, y que, por tanto, no ha seguido la vía del ejercicio legítimo de un derecho: la conducta comentada no merece pena porque ni siquiera es típica.

Afrontar la cuestión del interés protegido en la apología del delito y su importancia en el seno de una sociedad democrática, hubiera llevado al TC al terreno de una ardua discusión sobre la naturaleza jurídica de la apología del delito, y a decantarse, a no ser que hubiera inaugurado una tercera vía de solución, por cualquiera de las dos posiciones que hoy en día dividen a la doctrina: considerar que la apología es un delito autónomo cuyo bien jurídico protegido sería el orden o la paz pública (24); o considerar que se trata, por el contrario, de un acto preparatorio más o menos equiparable a la provocación para cometer delito del artículo 4.3 del CP, que se debe conectar por tanto con cualquiera de los tipos específicos de la Parte Especial (25).

Sin entrar a aceptar o rechazar en este lugar una u otra posición, creo que desde ambas tesis se puede llegar a unas mismas conclusiones: las dos ofrecen una fundamentación razonable para el castigo de la apología del delito (para unos la lesión del orden público, y para otros la posible eficacia incitadora que conlleva la alabanza de un delito); pero creo que desde las dos posturas se podría coincidir también en que semejante fundamentación no sirve en un Estado democrático de Derecho para justificar la punición de lo que no es más que la expresión de una opinión, por lo que desde ambas perspectivas se podría cuestionar igualmente la constitucionalidad del castigo de la apología del delito debido a los riesgos gratuitos que supone para la libertad de expresión: desde la primera, por el carácter indefinido y abstracto del bien jurídico que se supone debe proteger la apología del delito (la paz pública), lo que origina un no siempre justificado adelantamiento de las barreras penales en detrimento de la libertad de expresión (26); y desde la segunda, porque la vigencia de esta figura obliga

(24) Opinión mantenida en España principalmente por MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS: *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Madrid 1982, pag. 172; y por GONZÁLEZ GUITIÁN, LUIS: «La apología en la reforma penal», en *V jornadas de Profesores de Derecho Penal*, R. F. D. U. C. M. monográfico núm. 6 (1983), páginas 396 y 397.

(25) Opinión que creo es la mayoritaria en España. Véase, especialmente, del ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La Provocación...*, cit., págs. 192 a 195. Otros autores que también mantienen básicamente esta opinión, pero con ciertas matizaciones en cada caso son: ARROYO ZAPATERO, LUIS: «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», en *CPC* núm. 15 (1981), pag. 393; CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: «Apología de los delitos contra la seguridad del Estado», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo II (El Derecho penal del Estado democrático), Madrid 1983, pag. 242; COBO VIVES: *Derecho Penal*, PG, cit., pag. 605; y RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: «Las fases de ejecución del delito», en *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona 1980, páginas 9 y 10.

(26) Cfr. GONZÁLEZ GUITIÁN, LUIS: «La apología...», cit., págs. 397 y 398.

a castigar provocaciones indirectas o encubiertas a la comisión de uno o varios delitos, con lo que el peligro de daño para los bienes jurídicos protegidos en la Parte Especial sería todavía más remoto o lejano incluso que en la figura de provocación del artículo 4.3 del CP (27).

Si el TC hubiera abordado la tarea de delimitar el bien jurídico protegido en la apología del delito, tarde o temprano hubiera tenido que plantearse, al menos teóricamente, la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esta figura delictiva. Y eso es algo que, en mi opinión, el TC ha intentado rehuir con este significativo silencio; lo cual no deja de ser, por otro lado, más que una apreciación puramente subjetiva por mi parte.

Como la STC 159/86 no lo aborda, el estudio del interés jurídico que trata de proteger la figura de la apología del delito, así como el de las dos posturas doctrinales mencionadas, es una cuestión que cae fuera del objeto de este trabajo, por lo que se deja para otro momento y para otro lugar.

7. De todas las conclusiones que se derivan de la STC 159/86, de 12 de diciembre, la más importante sin duda es que el fundamento de la punición de la apología del delito sólo puede ser su *capacidad para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que merezcan la protección del ordenamiento punitivo*; exigencia ésta que ya había sido puesta de relieve en el plano doctrinal, y muy acertadamente a mi modo de ver, por DEL ROSAL BLASCO (28).

Esta concepción de la apología concuerda, además, con un Derecho penal basado en una clara distinción entre Moral y Derecho, en el que la pena no debe servir para dar protección a valores puramente ideológicos o morales (29). La apología del delito consiste, ya lo hemos visto, en manifestar una opinión tendente a alabar o ensalzar una acción tipificada como delito en el Código penal, o a sus culpables; es decir, consiste en elogiar un hecho que la sociedad considera como intolerable desde el momento en que lo ha tipificado como delito. Y como con razón ha expuesto GONZALEZ GUITIAN, «por muy reprochable que, desde el punto de vista ético pueda parecer el elogio de un delito, lo que no es más que una opinión no debe formar parte del catálogo de delitos que integran un texto punitivo» (30). Una apología con semejante contenido de injusto no puede formar parte del Código penal de un Estado que, como el nuestro, consagra constitucionalmente la libertad de expresión como uno de los pilares básicos de la democracia y del pluralismo político: para que una opinión pueda ser castigada con una pena debe dañar un bien jurídico digno de protección

(27) En este sentido, cfr. del ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La provocación...* cit., págs. 194 y 195.

(28) DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La provocación...*, cit., págs. 191 y 194.

(29) Véase COBO/VIVES: *Derecho Penal*, PG, cit. págs. 273 y ss.; y MIR PUIG, SANTIAGO: *Introducción...*, págs. 135 ss y 152.

(30) GONZÁLEZ GUTIAN, LUIS: «Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código Penal y el el Proyecto de 1980», en *Estudios Penales y Criminológicos*, tomo IV (1981), SANTIAGO DE COMPOSTELA, pág. 286.

penal; y que *pueda* no significa, ya lo hemos visto, que *deba ser* siempre castigada. Pero esa es otra cuestión.

Esta forma de entender la apología obliga a realizar las siguientes consideraciones:

a) la tesis mantenida en el presente texto, y que he intentado derivar de la STC 159/86, obliga a rechazar de plano la opinión que recientemente ha mantenido LAMARCA PEREZ en torno al concepto y al fundamento de la apología del delito. Para esta autora, la apología del delito «consiste sencillamente en manifestar públicamente en términos de elogio o exaltación, un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas» (31); siendo el fundamento de su punición el que la apología, al menos la del terrorismo o de la rebelión, acentúa las consecuencias dañosas de estas conductas delictivas, contribuyendo a «legitimar, no ya a justificar, la acción delictiva» y «la estrategia de los propios grupos armados» (32).

La tesis mantenida por LAMARCA PEREZ, además de convertir el juicio de antijuricidad en algo puramente formal y vacío de cualquier contenido material, nos conduce a una total confusión entre lo que pudieran ser conductas potencialmente lesivas para un bien jurídico, y lo que no son más que meras expresiones de una opinión, que por muy inmoral o reprobable que pueda parecer, no merece ser castigada penalmente. «Así debe ser —ha manifestado DEL ROSAL BLASCO— si no queremos, por la vía del castigo de las meras adhesiones ideológicas, limitar el ya muy limitado ámbito de la libertad de expresión» (33). Además, LAMARCA PEREZ, al mantener que el problema de la apología debe resolverse «en el estricto marco del Derecho positivo, evitando en la medida de lo posible cualquier interpretación creativa» (34), ofrece un punto de vista altamente discutible sobre cuál debe ser la labor del jurista que interpreta una norma restrictiva de derechos fundamentales.

Por tanto, me sumo a la crítica que DEL ROSAL BLASCO ha realizado en este punto: los planteamientos formulados por LAMARCA PEREZ, objeta acertadamente el autor citado, constituyen, desde el punto de vista ideológico, «una idea sumamente reaccionaria, porque nos conduce a la construcción de un concepto de bien jurídico, no al servicio de los fines que éste debe cumplir —y entre los que se encuentra quizá como más importante, la de limitar el *ius puniendi* estatal—, sino al servicio del aparato represivo del Estado» (35).

b) La postura que se ha venido manteniendo respecto del fundamento de la punición de la apología del delito, obliga también a denunciar la manifiesta inconstitucionalidad en que incurre, al menos en mi opinión, el «concepto» de apología que ofrece el artículo 10 de la

(31) LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1985, pág. 291.

(32) LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Tratamiento...*, cit., págs. 291 y 292.

(33) DEL ROSAL BLASCO BERNARDO: *La provocación...*, cit., pág. 191.

(34) LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Tratamiento...*, pág. 291.

(35) DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La provocación...*, cit., pág. 191.

Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, sobre bandas armadas y elementos terroristas. DEL ROSAL BLASCO ha puesto ya de manifiesto que en esta disposición se sobrepasan lo que son los límites objetivos de la apología del delito, al elevar a la categoría de punibles las meras aprobaciones, adhesiones o apoyos, «no ya sólo de los hechos delictivos o de sus culpables, sino de las *actividades* de los grupos o bandas armadas o terroristas y de sus individuos» (36). La vulneración del derecho constitucional a la libertad de expresión es más que manifiesta, pues en estos supuestos se está castigando meras opiniones y adhesiones ideológicas que deberían carecer de relevancia jurídico-penal por las razones expuestas a lo largo de todo este trabajo.

LIBERTAD DE EXPRESION Y ARTICULO 15 DEL CODIGO PENAL

1. El segundo grupo de cuestiones que plantea la STC 159/86, de 12 de diciembre, hacía referencia a las relaciones entre libertad de expresión y responsabilidad criminal en los delitos cometidos a través de la imprenta.

En efecto: ya vimos al principio de este comentario que tanto la AN como el TS consideraron en sus Sentencias que serían autores de los comunicados apologéticos insertados en el diario *Egin* quienes los redactaron, pero por aplicación de los artículos 13 y 15 del CP, al ser desconocidos aquéllos, la responsabilidad recae en el director de tal publicación.

Las preguntas que se derivaban de tal planteamiento ya dijimos que eran las siguientes: la interpretación realizada por la AN y el TS del artículo 15 CP, ¿respeta el principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la CE?, ¿o supone por el contrario interpretar el artículo 15 CP cómo una hipótesis de responsabilidad objetiva o por hecho de otro, posibilidad vedada por el citado y por otros preceptos constitucionales? Y lo que es más importante, ¿respetaría una interpretación semejante las exigencias dimanantes de la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la CE?

Nos encontramos, pues, ante una cuestión sumamente importante: ¿de qué serviría declarar que el periodista que no asume el contenido delictivo de las noticias que publica se limita a ejercitar un derecho constitucional atípico para él Derecho penal, si después se le imputa la responsabilidad criminal de los hechos mencionados a través del artículo 15 CP?

Veamos como resuelve el TC semejante problema.

2. La STC 159/86 considera que las sentencias recurridas de la AN y del TS vulneran en este punto el artículo 25.1 de la CE, porque, «al aplicar automáticamente las normas sobre autoría del Código penal, sin tener en cuenta la específica naturaleza constitucional del hecho

(36) DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La provocación...*, cit., pág. 194.

informativo, se ha producido una extensión de la Ley Penal mediante una interpretación analógica en contra del acusado, que el mencionado precepto de la Constitución impide» (F. J. núm. 8).

Por consiguiente, parece que el TC contesta negativamente a las preguntas antes mencionadas: la interpretación realizada por la AN y el TS de artículo 15 CP *no respeta* el principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la CE, de la misma forma que *tampoco respeta* las exigencias derivadas de la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la CE.

Sin embargo, el TC no explica los caminos por los cuales ha llegado a esta conclusión, con lo que ha dejado pasar la oportunidad de pronunciarse sobre los controvertidos artículos 13 y 15 del Código penal. Por eso es necesario criticar una vez más la STC 159/86, de 12 de diciembre, puesto que el TC no explica por qué rechaza la interpretación que en este caso realizan las sentencias recurridas de la AN y del TS del artículo 15 del CP; es decir, no fundamenta la razón por la que considera que dicha interpretación vulnera el Principio de Legalidad contenido en el artículo 25.1 de la CE. La crítica, además, viene respaldada en esta ocasión por el hecho de que este nuevo silencio del TC incide sobre uno de los puntos clave de este asunto, ya que la aplicación del artículo 15 del CP, en la forma que se hizo, fue lo que permitió a la AN y al TS considerar que el director del diario *Egin* era criminalmente responsable en concepto de autor de los delitos enjuiciados, toda vez que no fueron conocidos los autores reales del texto de los dos comunicados apologéticos: es decir, nos encontramos ante la circunstancia que permitió aplicar una pena a quién, como acabamos de ver, se limita a ejercitar un derecho reconocido constitucionalmente sin realizar, además, ningún tipo penal. La cuestión, por tanto, merecía alguna atención.

No obstante, y puesto que debe existir alguna razón que fundamente la decisión adoptada en este punto por el TC, parece razonable formular, al menos como opinión personal, alguna hipótesis con la que intentar explicar la concesión de amparo por este motivo. A formular semejante hipótesis se dedican las breves líneas que siguen.

3. La AN y el TS consideraron que los dos delitos de apología del terrorismo se consumaron con la publicación de los dos comunicados de ETA (m) en el diario *Egin*; y que serían autores de los mismos quienes los redactaron. «Pero por aplicación de los artículos 13 y 15 del Código Penal, al ser desconocidos aquéllos, la responsabilidad recae en el director de tal publicación, y por tanto, en el procesado» (STS 31-XII-1983, CDO. núm 3).

La decisión de la AN y del TS en este punto se inscribe así en una larga tradición interpretativa, según la cual el artículo 15 del Código penal español consagra una ficción de autoría, pues las diferentes personas que menciona el precepto pasarían sucesiva y automáticamente a responder del delito desde el momento en que los autores reales del texto no fueren conocidos, no estuvieren domiciliados en España o estuvieren exentos de responsabilidad criminal: se trataría por consiguiente de una responsabilidad subsidiaria que, de forma automática,

supliría a otra principal, independientemente de la contribución a la realización del injusto.

Los mismos autores que han interpretado de semejante forma el artículo 15 del CP se han preocupado también de denunciar, y muy duramente además, las consecuencias que se derivan de concebir esta norma como un supuesto de autoría ficticia; así, se ha dicho que el artículo 15 del CP da lugar a supuestos de responsabilidad objetiva, al permitir la aplicación de penas a personas que en muchos casos no participan en el hecho delictivo; que establece una responsabilidad por actos ajenos y no por actos propios; que quebranta el principio de personalidad de las penas; que consagra presunciones *iuris et de iure* de autoría; que rescuita la figura del editor responsable; etc. (37).

Semejantes críticas ponen sobradamente de manifiesto que el hacer entrar de forma automática en el círculo de la autoría de imprenta a las diferentes personas que menciona el artículo 15 del CP originaría en muchos casos una imputación objetiva de responsabilidad criminal, dando lugar a que se castigara a una persona por hechos que ha cometido otra. Por eso la interpretación del artículo 15 del CP como una ficción de autoría vulnera de forma clara el artículo 25.1 de la CE y otros preceptos constitucionales que impiden la responsabilidad por hecho de otro; y esto es lo que puede explicar que la STC 159/86 haya concedido amparo por este motivo, anulando consecuentemente las sentencias de la AN y del TS que interpretaron y aplicaron el artículo 15 del CP de semejante forma.

Pero es que además, la interpretación tradicional del artículo 15 del CP también resulta altamente insatisfactoria desde el punto de vista de la libertad de expresión, ya que podría fomentar la censura interna en la prensa periódica sobre todo; pues los editores y directores de tales publicaciones, ante la amenaza de sufrir una pena por ausencia de otro si los autores de un texto no son hallados o resultaren finalmente exentos de responsabilidad criminal, podrían impedir la publicación de todo aquello que considerasen pudiera ser delictivo. De esta forma, la organización de la libertad de imprenta sobre la base de un sistema represivo, que garantiza mejor su ejercicio al responderse en él *después de la difusión* de los delitos que pudieran cometerse, quedaría convertido en la práctica en un sistema preventivo, en el que la censura actuaría de forma solapada por otros cauces desvirtuando la prohibición constitucional de la misma. Esta fue, además, una de las finalidades prácticas de la antigua figura del editor responsable, creada por nuestras leyes de prensa e imprenta del siglo XIX junto a otros mecanismos para contrarrestar *de facto* la prohibición constitucional de censura previa, y poder controlar así el ejercicio de la libertad de expresión por parte de la muy activa prensa política; figura

(37) Véase VIVES ANTÓN, TOMÁS, S.: *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid 1977, págs. 73 ss., en donde este autor realiza un estudio en profundidad de los diferentes autores que han visto en el artículo 15 del CP un supuesto de autoría ficticia, y de las críticas que los mismos han efectuado por esta razón.

que por ésta razón fue prohibida expresamente por el artículo 22 de la Constitución de 1869, junto con la censura y el depósito.

Esto no quiere decir que los artículos 13 y 15 del CP sean inconstitucionales, sino tan sólo que la interpretación tradicional de los mismos, segunda por la AN y el TS en el enjuiciamiento del «caso *Egin*», vulnera alguno de los derechos recogidos en los artículos 20 y 25.1 de la CE. Frente a semejantes planteamientos, VIVES ANTON ha propuesto una interpretación diferente de la problemática que aquí nos ocupa, «procurando entender los artículos 13 y 15 en un sentido que los armonice con el resto de la regulación del Código; es decir, tratando de llevar a cabo una interpretación sistemática de los mismos» (38); interpretación que el autor trata de fundamentar no sólo en la voluntad que animó al legislador, sino sobre todo en el sentido objetivo de la regulación legal (39). La solución propuesta por VIVES ANTON para los artículos 13 y 15 del CP supera, a mi modo de ver, las críticas tradicionales realizadas a estos preceptos (responsabilidad objetiva, presunciones, etc.), y supone, además un equilibrio entre las exigencias derivadas de la libertad de expresión y la diferente contribución a la realización del injusto de las distintas personas que intervienen en un delito cometido a través de la imprenta.

La aplicación de las tesis de VIVES ANTON al «caso *Egin*» es algo que excede de las pretensiones del presente trabajo, limitado como ya se dijo a comentar la Sentencia de 12 de diciembre de 1986 del Tribunal Constitucional y alguno de los problemas que ésta plantea.

(38) VIVES ANTON: *Libertad de prensa...*, cit. pág. 82.

(39) VIVES ANTON: *Libertad de prensa...*, cit., págs. 85 ss, en donde se desarrolla la interpretación que realiza este autor de los artículos 13 y 15 del CP; veáanse sobre todo las págs. 90 y 91.