

El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad

GUILLERMO BENLLOCH PETIT

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto de Derecho Penal
en la Universidad Internacional de Cataluña

SUMARIO: I. Introducción.–II. ¿Subsisten en nuestro país los delitos políticos y de opinión? La política como objeto del Derecho penal: 1. Una primera hipótesis intuitiva: la política no es objeto del Derecho penal en un Estado democrático basado en el pluralismo político. 2. Una constatación de Derecho vigente: la exteriorización de algunas ideas o formas de opinión política sí tiene relevancia punitiva. 3. La cuestión de la legitimidad de estas formas de punición o de agravación por las ideas políticas. 3.1 El delito de ultrajes a España del artículo 543 CP. 3.2 El delito de negación del genocidio del artículo 607.2 CP. 3.3 La agravante de motivos racistas, antisemitas o reconducibles a cualquier otra clase de discriminación del artículo 22.4.a) CP. 3.4 La provocación al odio y a la discriminación del artículo 510.1 CP. 3.5 La exaltación del terrorismo prevista en el nuevo artículo 578 CP.–III. La utilidad y legitimidad de la respuesta penal frente a la delincuencia con motivación política: 1. Introducción: dos cuestiones distintas. 2. La discusión sobre la utilidad y legitimidad del recurso al Derecho penal frente a la delincuencia con motivación política. 3. La especial severidad de la respuesta penal frente a los delitos cometidos por motivos políticos. 4. La legitimidad de la especial severidad de la respuesta punitiva frente a la delincuencia con motivación política. 5. La finalidad política de subversión del orden constitucional como elemento típico de los delitos de terrorismo.

I. INTRODUCCIÓN

Se oye decir a menudo que el Derecho penal no es el remedio más adecuado para un problema de tan hondas raíces sociales y políticas

como el que plantean hoy en día la violencia en el País Vasco y el terrorismo de ETA. Quienes así opinan aducen que la represión penal es un mal camino para acabar con aquellas formas de delincuencia que tienen una motivación política, máxime si ésta cuenta con el respaldo o la comprensión de un segmento significativo de la población (1). El Derecho penal –dicen– no es el mejor instrumento para solucionar conflictos de esta naturaleza; las «vías penales» o, en expresión equivalente, las «vías policiales» (pues se alude aquí a la policía como órgano encargado del descubrimiento y persecución de los delitos) acaso puedan servir para dar respuesta a problemas de seguridad o de orden público convencionales; pero fracasan como medio para atajar la violencia surgida del conflicto político. Ante un problema de esta índole el instrumento penal resulta tosco e ineficaz, cuando no contribuye a «arrojar leña al fuego», crear «mártires» y agravar el conflicto (2).

Estas opiniones, y el entero debate del que forman parte, han cobrado nueva actualidad en España en los últimos meses con motivo de la reciente reforma en materia de delitos de terrorismo, operada por la Ley Orgánica 7/2000, así como con el relanzamiento de la discusión sobre el cumplimiento íntegro de las penas por estos delitos (3).

(1) Esta opinión puede escucharse de personas tenidas por moderadas y ajenas al discurso nacionalista radical. Así, *La Vanguardia* de 13 de marzo de 2001 informaba de que el ex presidente del Parlamento de Cataluña e histórico dirigente del Partido de los Socialistas de Cataluña, Joan Reventós, defendía en una entrevista concedida a la revista del grupo Elkarri el diálogo sin límites como «única salida para la verdadera paz», en la línea expresada por su compañero de partido Ernest Lluch, asesinado por ETA. Y expresaba su convicción de que el terrorismo de ETA no puede solucionarse «exclusivamente» por métodos policiales.

Reventós añadía: «Aquí, cuando la gente habla de paz está hablando de su victoria. La paz no es la victoria de unos sobre otros, la paz es un valor mucho más importante». En parecido sentido se expresaban Enrique Gil Calvo en un artículo publicado en *El País* de 29 de junio de 1998, así como José María Martín Patino en la entrevista: «Consigue más el diálogo que la victoria» publicada en *La Vanguardia* del domingo 29 de abril de 2001 (sección Revista del Domingo).

(2) Produciéndose de este modo el fenómeno de «transferencia de la culpabilidad» certeramente descrito por TUGWELL, Maurice A. J., «Transferencia de la culpabilidad», en Rapoport, David C. (ed.), *La moral del terrorismo*, trad. esp., Barcelona 1985, pp. 73 ss.

(3) Especialmente crítico con esta reforma se mostró GIMBERNAT ORDEIG, E., «La Reforma de los delitos de terrorismo» en *Ensayos Penales*, Madrid 1999, pp. 84 ss., quien, pronunciándose cuando dicha reforma se encontraba todavía en fase de proyecto, se refirió a ella como una «expresión más –como ya lo fue el CP de 1995– de un rechazable “Derecho penal simbólico”».

En lo que sigue intentaré tomar distancia en relación a los aspectos más estrictamente *políticos* de la discusión (pues éstos pertenecen a la *política práctica* y reclaman, por tanto, un juicio prudencial sobre qué sea lo más conveniente para la sociedad en unas circunstancias concretas, lo cual escapa al propósito de estas líneas) para así centrarme, desde una perspectiva más abstracta y político-criminal, en la cuestión del papel que debe desempeñar un Derecho penal moderno frente al conflicto político.

Pero en lo que sigue no abordaré esta cuestión aisladamente sino como parte de una cuestión más amplia, a saber, la de cuál ha de ser el papel del Derecho penal frente al conflicto de raíz política o ideológica. Para ello estudiaré en las páginas siguientes dos grandes problemas: por un lado, el de si es admisible que un Derecho penal democrático sancione la exteriorización de determinadas ideas políticas, por minoritarias y antisociales que éstas parezcan; y, por otro, si frente al delito común (por lo general violento) cometido por motivos políticos, la respuesta penal resulta legítima y eficaz (4).

II. ¿SUBSISTEN EN NUESTRO PAÍS LOS DELITOS POLÍTICOS Y DE OPINIÓN? LA POLÍTICA COMO OBJETO DEL DERECHO PENAL

1. Una primera hipótesis intuitiva: la política no es objeto del Derecho penal en un Estado democrático basado en el pluralismo político

Si se preguntara a personas no expertas en Derecho penal si creen probable que en nuestro actual ordenamiento subsista algún resto de delito político o que la exteriorización de ideas políticas o posturas ideológicas conserve algún tipo de relevancia punitiva sin duda la respuesta más común sería la negativa. Presumiblemente la mayor parte de los encuestados contestaría diciendo que en democracia cada cual puede sostener y manifestar lo que quiera en materia política sin que de ello se siga responsabilidad penal alguna.

(4) Partimos, por tanto, del presupuesto metodológico de que es posible realizar reflexiones de política criminal sin por ello estar haciendo «política» en sentido estricto. Y es que, desde nuestro punto de vista, la política criminal especulativa o científica es algo verdaderamente distinto de la simple opinión o decisión política sobre lo más adecuado y conveniente en la lucha contra el delito en unas circunstancias concretas y determinadas.

Quizás quien tuviera alguna formación jurídica adicional añadiría que nuestro sistema está basado en el pluralismo político, principio que el artículo primero de la Constitución sitúa entre los *valores superiores del ordenamiento*, y que no es pensable que un sistema así atribuya consecuencias penales a la exteriorización de ideas políticas u otras formas de opinión ideológica.

¿Qué pensamiento late tras esta respuesta intuitiva que, según creo, obtendríamos del ciudadano corriente? Probablemente lo que subyace a esta presumible respuesta es la idea según la cual el Derecho penal de una sociedad democrática sólo debe ocuparse de las eventuales consecuencias delictivas de un determinado conflicto político, pero no del conflicto político como tal. Desde este punto de vista la incriminación de determinadas posturas políticas o ideológicas supondría admitir la subsistencia de «delitos políticos» en nuestro sistema, lo cual parece no casar muy bien con la idea de un Estado democrático y pluralista (5).

La motivación política —qué duda cabe— actúa a menudo como un móvil que precede o acompaña la comisión de determinados delitos, pero en ningún caso debería ser incorporada a la descripción del delito en un Estado basado en el pluralismo político. El delito político —y sigo en mi intento de explicitar los razonamientos que sustentan la previsible respuesta ciudadana— entendido como delito en cuya descripción de lo prohibido se incluye la manifestación de opiniones políticas o ideológicas se opone a los fundamentos mismos de nuestro sistema y pertenece más bien a nuestra historia predemocrática.

El único «delito político» del que hoy en día puede legítimamente ocuparse el Derecho penal democrático es aquel delito común cometido por motivaciones políticas. En este último caso, si el Derecho penal interviene no es para reprimir un determinado pensamiento político, sino porque dicha finalidad política ha sido

(5) Se diría, en efecto, que en un sistema verdaderamente democrático no puede hablarse propiamente de «disidencia política», por la sencilla razón de que no existe una línea política oficial del Estado. Tal y como señala JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «El Derecho penal liberal y el totalitario», en *El Criminalista*, 2, Serie III, pp. 185 y s., «la democracia ante todo y sobre todo, tiene que reconocer la libertad y, lo que importa tanto como ella, el derecho a la disidencia» o, en parecido sentido, Radbruch: «el Estado democrático no está construido sobre la aceptación de una verdad política demostrable e indudable sino que conoce sólo opiniones de la mayoría y la minoría. Existen solamente ideas de Estado en lucha entre sí pero ninguna ética de Estado absoluta» (ambas citas tomadas de BAUCCELLS LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, Valencia, 2000, pp. 162 y 42, respectivamente). En un sistema así la existencia de discrepancia y debate político no sólo no ha de ser vista como algo malo sino, al contrario, como algo positivo y funcional.

perseguida por vías antijurídicas. En resumidas cuentas: si todavía hoy se castigan determinados delitos comunes cometidos por motivos políticos no es tanto por lo que tienen de delitos «políticos» sino precisamente por lo que tienen de delitos comunes (6). Habría que distinguir, por tanto, *el conflicto político* –como tal irrelevante para nuestro Derecho penal– del *conflicto político con manifestación delictiva*, que sí interesa al Derecho penal en la medida en que de la simple expresión de opiniones políticas (por sí sola impune) se pasa a la comisión de delitos.

Con el desarrollo anterior no pretendo sino plasmar lo que, a mi juicio, sería la respuesta intuitiva mayoritaria de los no penalistas a la pregunta de si es imaginable que en nuestro Derecho penal se incluyan determinadas ideas políticas en la descripción de lo penalmente prohibido. Los párrafos anteriores no incluyen, por tanto, más que una hipótesis sobre cuál es la representación de la ciudadanía sobre el Derecho penal vigente en este punto. Se impone ahora consultar nuestro Derecho positivo por ver si esta intuición de los no iniciados se corresponde con la realidad.

2. Una constatación de Derecho vigente: la exteriorización de algunas ideas o formas de opinión política sí tiene relevancia punitiva

Un análisis detenido de nuestro Derecho penal vigente enseña que desmiente esta intuición inicial: nuestro ordenamiento punitivo, contra lo que pudiera pensarse, sí excluye algunas manifestaciones ideológicas del ámbito de lo tolerable y las sitúa bajo amenaza penal.

En un intento por sistematizar los distintos supuestos en que nuestro Código Penal atribuye relevancia penal a las ideas políticas u otras expresiones ideológicas cabría distinguir los siguientes grupos de figuras:

Un *primer grupo* estaría formado por los supuestos en que se atribuye a la exteriorización de la opinión política o ideológica un desvalor propio o autónomo (que basta para fundamentar el castigo o para aumentar la pena del delito cometido con esa motivación política o ideológica). Es el caso del delito de ultrajes a España del artículo 543 CP, o del llamado delito de *negacionismo* del artículo 607.2 CP; es el caso también de la circunstancia agravante consistente en cometer el

(6) A esta evolución del concepto de delito político se refiere BAUCELLS LLADÓS, J., *op. cit.*, pp. 36 y s.

delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación del artículo 22.4.^a CP.

En *segundo lugar* cabría mencionar aquellas figuras en que la manifestación de ideas u opiniones no se castiga tanto por su desvalor autónomo como por el peligro que esta manifestación introduce en relación a posibles lesiones futuras de bienes jurídicos. En este caso la incriminación supone un adelantamiento de las barreras de protección, una intervención aseguradora y profiláctica frente a aquellas ideas u opiniones cuya difusión puede generar climas propicios a la comisión de futuros delitos. Es el caso del delito de exaltación del terrorismo del artículo 578 CP y del delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia del artículo 510.1 CP.

Un *tercer grupo* vendría formado por aquellos supuestos en que la idea política actúa como finalidad típica. Se trata de delitos en los que una determinada finalidad política (la subversión del orden constitucional) es incorporada a la descripción del delito como elemento subjetivo del tipo. Aunque las más de las veces las mismas conductas descritas, aun sin la presencia de ese elemento subjetivo, ya darían lugar a algún tipo de responsabilidad penal, la presencia del elemento finalístico hace surgir un tipo autónomo y más severamente penado.

Así, dentro de este grupo de figuras, cabría mencionar las distintas modalidades típicas del delito de rebelión de los artículos 472 y siguientes del Código Penal, así como los delitos en materia de terrorismo de los artículos 571 y siguientes del mismo código.

En resumen: habría que decir que en el primer grupo la idea o la opinión política es delictiva en sí misma, por el desvalor que entraña por sí misma; en el segundo la idea manifestada o exteriorizada es delictiva o antijurídica por lo que tiene de criminógena, esto es, por su virtualidad provocadora de conductas antisociales; en el tercer caso la finalidad política constituye más bien un elemento identificador de unas figuras criminales especialmente peligrosas o desvaloradas.

Adviértase, no obstante, que en todos estos casos se requiere la exteriorización, la trascendencia externa del motivo u opinión política u ideológica al que se atribuye relevancia penal (7).

(7) Ello no sólo responde a una limitación intrínseca del Derecho penal, que sólo puede atribuir responsabilidad a hechos con trascendencia externa; sino a la misma naturaleza del derecho a la libertad ideológica pues, tal como señala BAUCCELLS LLADÓS, J., *op. cit.*, p. 99, «es precisamente en la manifestación de la libertad ideológica donde se plantean los problemas derivados de los límites inherentes a la misma, ya que en su consideración de simple libertad de pensamiento, la libertad ideológica no parece tener límites».

3. La cuestión de la legitimidad de estas formas de punición o de agravación por las ideas políticas

¿Cabe condenar penalmente una idea sin más? ¿Pueden, hoy como ayer, castigarse con penas determinadas formas de *heterodoxia* ideológica?

Para contestar estas preguntas hay que dejar sentadas algunas premisas de partida. La primera es que, en mi opinión, la exteriorización de una idea por sí sola no debería tener relevancia penal (8). Antes bien, tal como ha subrayado el Tribunal Constitucional, la libertad ideológica no se agota en su dimensión interna —el derecho a adoptar internamente una determinada posición intelectual ante la vida y a representar y enjuiciar la realidad según las personales convicciones— sino que comprende, además, una dimensión externa: el derecho a expresarse con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o injerencia de los poderes públicos (9). El Derecho penal, por tanto, no ha de poder intervenir legítimamente frente a la exteriorización de una idea u opinión si ésta no contiene un aspecto de lesión al individuo en su dignidad o derechos. Con razón se ha escrito que «la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos del Estado democrático de Derecho» (10). De ahí que, al examinar la legitimidad de las figuras punitivas indicadas en el apartado anterior lo primero que hemos de preguntarnos es si en el supuesto de hecho de las mismas se da tal afectación a intereses individuales, y si ésta tiene la suficiente entidad como para justificar la intervención del Derecho penal (11). Para ello vamos a analizar separadamente cada uno de los tres grupos antes enunciados:

(8) Tal como señala ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General*, tomo I (trad. esp. a cargo de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal), Madrid 1997, § 2, núm. marg. 11, estaría vedado proteger finalidades puramente ideológicas mediante normas jurídico-penales.

(9) Así, por ejemplo, la STC 20/1990, de 15 de febrero o el ATC núm. 19/1992 de 27 enero.

(10) Vid. ROXIN, C., *op. cit.*, § 2, núm. marg. 25.

(11) En parecido sentido MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, p. 164, quien ha indicado que el Derecho penal de un Estado social y democrático puede extender su tutela a intereses colectivos en la medida en que condicionen la vida de los ciudadanos. De este modo, para que estos bienes jurídicos colectivos merezcan protección han de poder ser puestos en relación más o menos próxima con algún derecho individual (en el mismo sentido: BAUCCELLS LLADÓS, J., *op. cit.*, p. 213).

3.1 EL DELITO DE ULTRAJES A ESPAÑA DEL ARTÍCULO 543 CP

De todas las figuras enumeradas en el apartado anterior, las *del primer grupo* son aquellas en las que resulta más difícil identificar una afectación de bienes e intereses del individuo de entidad suficiente como para fundamentar en ella la intervención del Derecho penal.

Así, empezando por los ultrajes a España del artículo 543 CP, cabe preguntarse: ¿Es legítimo castigar penalmente la denigración de determinados símbolos nacionales? ¿Puede protegerse penalmente dichos símbolos frente a ataques u ofensas efectuadas en un plano meramente simbólico o comunicativo? ¿Existe un derecho colectivo –protegible penalmente– a la indemnidad, a la intangibilidad; de algún modo, a la «sacralidad» de determinadas ideas, sentimientos y valores colectivos, extensible a los símbolos que los representan?

A mi juicio es posible responder afirmativamente a estas preguntas siempre y cuando se introduzca la cautela arriba indicada: tan sólo cabe incriminar la difusión o manifestación de una idea en la medida en que ésta pueda afectar a los derechos y a la dignidad de personas individuales; tal y como sucede cuando se ofende a una persona en su honor mediante injurias o calumnias típicas, o cuando, mediante el público escarnio de las creencias o de la increencia de un sujeto, se vulnera su derecho fundamental a la libertad religiosa (conducta tipificada en el art. 525 CP). Ahora bien, ¿se da semejante afectación de derechos individuales en el delito de *ultrajes a España*?

Sin duda un elemento identificador y constitutivo de la persona es su pertenencia a una comunidad nacional. De ahí que el escarnio dirigido contra esta comunidad o contra sus símbolos pueda redundar en una ofensa a todos aquellos que se identifican como miembros de esa comunidad histórica. Esa ofensa, aunque tenga un destinatario plural, no deja por ello de afectar a la postre a personas individuales y a su dignidad como miembros de un colectivo nacional o territorial. El ataque al símbolo colectivo supone mediatamente una injuria masiva y plural a todos aquellos que sitúan parte de su identificación personal en su pertenencia a ese colectivo. Bajo este aspecto, el tipo del 543 CP constituiría una forma de injurias colectivas (12).

(12) De otra opinión: TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.ª ed., Pamplona 1999, p. 1554, quien se muestra crítico con la existencia de este delito y propone *de lege ferenda* su abolición, al entender que supone una incorrecta aplicación del concepto de honor a entes supraindividuales como la Nación o la colectividad. A este argumento podría responderse señalando que protegiendo el honor de entes supraindividuales se está tutelando mediatamente el honor de los individuos, al igual que protegiendo en el

Pero junto a este aspecto de tutela del honor, en el tipo de ultrajes a España cabe reconocer también una cierta protección de la libertad ideológica. Así, del mismo modo que mediante el escarnio público de las creencias religiosas o de la increencia de un individuo se vulnera su derecho fundamental a la libertad religiosa –tan estrechamente vinculado a la libertad ideológica–, con lo que ello supone de atentado a su dignidad, lo cual ha llevado a su tipificación penal en el artículo 525 CP, la denigración de símbolos colectivos supone también un cierto ataque a la libertad ideológica del sujeto.

En efecto, si nuestro Derecho entiende que un modo razonable de proteger la libertad religiosa es castigar penalmente el público escarnio de las opciones personales en materia religiosa (tanto la profesión de unas determinadas creencias como la no profesión de creencia alguna); ¿por qué no va a poder dispensar la misma protección a la libertad ideológica frente a la pública denigración de algunas de las opciones personales o colectivas en que ésta se concrete (así, por ejemplo, la opción a favor de una determinada identidad nacional o territorial)? En efecto, podría decirse que el sujeto se implica de un modo especialmente estrecho con el objeto sobre el que se proyecta la libertad religiosa (las creencias o la no creencia) y, en algunos casos, también sobre los objetos sobre los que se proyecta la libertad ideológica (así, el sentimiento de pertenencia a una comunidad nacional o regional) hasta el punto que éste llega a configurar un elemento fundamental del libre desarrollo de su personalidad. De ahí que parezca razonable castigar no la simple refutación o negación de aquellas creencias o de estas opciones ideológicas relativas a la cuestión nacional, pero sí aquellas formas de negación o crítica que adopten modos tan altamente irrespetuosos que lleguen al escarnio, pues en tal caso pasan de ser una simple negación de una idea a afectar directamente al núcleo último de la dignidad de la persona, al constituir una cierta negación de la persona que la sustenta, adquiriendo así un cariz lesivo de la libertad religiosa o ideológica.

Pero esta comprensión del delito de ultrajes a España no está exenta de dificultades. En efecto, basta leer el artículo 543 CP para darse cuenta de que en él no se protege con carácter general cualquier sentimiento de pertenencia a una nación o entidad territorial como manifestación de la libertad ideológica, o como elemento de la propia identidad personal protegible dentro de la entera tutela del honor, sino únicamente aquellos sentimientos de identificación colectiva –repre-

artículo 526 CP «el respeto debido a la memoria de los muertos» se está tutelando mediatamente los sentimientos de los vivos.

sentados a través de sus símbolos y emblemas— que se corresponden con el modelo «oficial» vigente. En otras palabras: no se protege el honor y la libertad ideológica de los individuos frente a *toda* denigración de los símbolos de la comunidad nacional o regional a la que cada sujeto se autoadscribe, sino únicamente aquel ultraje que afecte a los símbolos de las realidades nacionales o territoriales reconocidas por el Derecho vigente: España y sus Comunidades Autónomas.

Así, se advierte una diferencia significativa con el delito de escarnio del artículo 525 CP, antes citado: mientras en el delito de escarnio se protege penalmente *cualquier opción personal en materia religiosa* —tanto la profesión o práctica de una religión (frente al escarnio dirigido contra sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias religiosas o contra quienes la profesan o practican) como la no profesión de credo alguno— en el artículo 543 CP sólo se protegen los sentimientos de identificación nacional o territorial de una parte de la población: aquella que se identifica con el modelo constitucional vigente. ¿Es esto admisible?

En mi opinión, sí. Podría haberse optado por un modelo distinto y, a imitación de lo que se hace en el delito de escarnio del artículo 525, castigar cualquier ultraje a símbolos representativos de *una opción personal en materia de identidad nacional o territorial*, tanto los oficiales y vigentes como los que no se corresponden con nuestro ordenamiento en vigor; pero no creo que esta opción casara bien con nuestro texto constitucional. Basta consultar nuestra Carta Magna para darse cuenta de que la postura que toma la Constitución en relación a la libertad religiosa no es la misma que la que adopta en relación a la cuestión nacional (cuestión sobre la que se proyecta la libertad ideológica), a pesar de que tanto la libertad religiosa como la ideológica se contemplan en el mismo artículo 16 CE. En efecto, mientras en materia religiosa el artículo 16.3 opta abiertamente por la neutralidad del Estado, en lo que podríamos llamar la «cuestión nacional o territorial» la Constitución —basta leer su artículo 2.º— no es neutral, sino que toma postura claramente en favor de un determinado modelo, con exclusión de otros posibles (y que siguen siendo defendibles en uso del derecho a la participación política reconocido por la misma Constitución).

De este modo, en la solución adoptada por el legislador en el artículo 543 CP puede verse una saludable manifestación del principio de fragmentariedad: En vez de incriminar cualquier ofensa a los sentimientos de identificación nacional que pase por el ultraje de sus símbolos (lo cual por sí solo no entrañaría el desvalor suficiente para alcanzar el umbral de relevancia penal) el legislador ha optado por seleccionar las conductas punibles y dotar de protección penal únicamente a los sentimientos de identificación nacional y territorial que se

corresponden con el sistema vigente en la Constitución y los Estatutos de Autonomía. No parece una selección infundada pues, por un lado, el hecho de que estos sentimientos se hayan plasmado en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía permite presumir que existe en torno a ellos un amplio consenso, por lo que la ofensa contra los mismos será susceptible de afectar a un mayor número de sujetos y, por otro, de este modo el delito cumple una doble función de protección: junto a la ya indicada de protección de la libertad ideológica y del honor, garantiza y refuerza el modelo nacional y de organización territorial vigente en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, al establecer un deber de mínimo acatamiento y respeto público de los símbolos en que este modelo se plasma, dejando a salvo el derecho a criticarlo y promover su reforma (13).

Por otro lado, la pena prevista actualmente para este delito de ultrajes a España (multa de siete a doce meses) está en consonancia con su naturaleza de delito en que fundamentalmente se protege el honor, por cuanto no se aparta ni en su duración ni en su gravedad de las penas previstas para las injurias (de hecho, se aproxima mucho a la pena de las injurias graves hechas con publicidad, para las que se prevé multa de seis a catorce meses). Esta nueva penalidad parece mucho más adecuada y respetuosa del principio de proporcionalidad que la que establecía el Código Penal de 1973 (que preveía pena de prisión mayor si los ultrajes se hacían con publicidad, y de prisión menor en los demás casos) y da mejor cuenta del conflicto de valores y derechos que se da en estas conductas (el valor del pluralismo político y la libertad ideológica del autor por un lado; y la libertad ideológica y el honor de una amplia mayoría de ciudadanos, por otro) (14).

(13) Se podría trasladar a este ámbito la doctrina del Tribunal Constitucional (cfr. SSTC 107/1988, de 8 de junio y 51/1989, de 22 de febrero) según la cual cabe proteger penalmente el prestigio y dignidad de las instituciones del Estado frente a las injurias de que sean objeto (bien es verdad que a un nivel de protección inferior al que recibe el derecho fundamental al honor). Si estas instituciones, por su carácter representativo del Estado, son susceptibles de protección penal, con igual motivo deberían poder obtener esta misma protección los símbolos del Estado.

(14) Este conflicto no puede resolverse, como propone TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.ª ed., Pamplona, 1999, p. 1555, apreciando la causa de justificación de ejercicio del derecho a la libertad de expresión en todos aquellos casos en que la acción ofensiva contra España, una Comunidad Autónoma o sus símbolos o emblemas obedezca a una intencionalidad política, pues tal interpretación conduciría prácticamente a una *interpretatio abrogans* del precepto que sería inaceptable. La ponderación entre las libertades en conflicto ya ha sido resuelta de forma específica por el legislador al tipificar la conducta del artículo 543 CP por lo que ya no cabe, invocando una eximente genérica, dejar sin efecto dicha solución ponderativa específica.

3.2 EL DELITO DE NEGACIÓN DEL GENOCIDIO DEL ARTÍCULO 607.2 CP

Más discutible es el delito de negación del genocidio del artículo 607.2 CP también llamado delito de *negacionismo* (15). De todas las figuras que otorgan relevancia penal a la exteriorización de una posición ideológica o de una finalidad política ésta es la que despierta mayores reparos. Para comprobarlo basta fijarse en algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del mismo legislador, así como en la división surgida en el Derecho comparado sobre la tipificación de esta figura y su constitucionalidad.

Tal y como destacó la Audiencia Provincial de Barcelona al plantear una cuestión de constitucionalidad sobre este precepto (16), el Tribunal Constitucional, en las ocasiones en que se ha pronunciado sobre esta cuestión (hasta ahora siempre en forma de *obiter dicta*) (17) se ha inclinado por entender que la negación –aun con trascendencia pública– de la realidad histórica del genocidio queda amparada por la libertad ideológica y de expresión (18).

(15) El término *negacionismo* es el preferido por la literatura en lengua francesa para referirse a la negación de las conductas genocidas cometidas durante la Segunda Guerra Mundial (así, por ejemplo, BIHR, A., *Négationnistes: les chiffonniers de l'histoire*, Villeurbanne 1997; IGOUNET, V., *Histoire du négationnisme en France*, París 2000; mientras la literatura en lengua alemana tiende a designar este fenómeno con las expresiones «la mentira de Auschwitz» (así en BASTIAN, T., *Auschwitz und die «Auschwitz-Lüge»*, Múnich 1994) o «la negación de Auschwitz» (así en WANDRES, T., *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*, Berlín 2000).

(16) Cfr. el Fundamento Jurídico 5.º del Auto de 14 de septiembre de 2000 de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (RAJ 2000/1547).

(17) El Tribunal Constitucional tendrá la oportunidad de manifestarse directamente sobre la constitucionalidad de este precepto cuando resuelva la cuestión de constitucionalidad planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona mediante Auto de 14 de septiembre de 2000 (RAJ 2000/1547). El Tribunal Constitucional desestimó mediante Auto de 18 de enero de 2000 (ATC 24/2000) la cuestión de constitucionalidad que anteriormente le había elevado la misma Audiencia sobre este particular, por entender que dicha cuestión se había sustanciado en un momento procesal inoportuno.

(18) Así, cuando escribe en la STC 214/1991, de 11 de noviembre de 1991 (F. J. 8.º) que «es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia– quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos» para, acto seguido, matizar que cuando esta negación se acompañe de afirmaciones que manifiestamente posean una connotación racista y antisemita, y que no puedan «interpretarse más que como una incitación antijudía» o

En parecido sentido se ha expresado recientemente nuestro legislador penal al escribir en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2000: «No se trata, con toda evidencia, [...] de prohibir [*bajo pena*] la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad» (19).

En las democracias occidentales se aprecian dos tendencias legislativas opuestas en relación a la cuestión de la incriminación del *negacionismo*:

De un lado encontramos una serie de países centroeuropeos, especialmente próximos al escenario de los hechos históricos que los revisionistas pretenden negar, que han decidido tipificar expresamente la conducta de negación del genocidio: así, Alemania, Austria, Suiza, Bélgica, Francia, Luxemburgo (20).

Del otro lado se hallan una serie de países que han optado por una línea más liberal y han preferido no introducir un tipo específico de negación del genocidio, entre los que se cuentan Holanda, Dinamarca, Chequia, Suecia, así como el Reino Unido, los Estados Unidos y Canadá (21).

Un caso especialmente revelador es el de Canadá. El Código criminal de este país contiene un precepto, el artículo 181 (que mantiene una vigencia puramente formal tras haber sido declarado inconstitucional), cuyos orígenes históricos nada tienen que ver con la negación del genocidio, pero que fue aplicado en el «caso Zündel» para castigar a un divulgador de las tesis revisionistas del genocidio nazi (22). Pues

se realicen «con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar [...] a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social [...]» no quedarán amparadas por la libertad de expresión del artículo 20 1 CE.

En igual sentido la STC 176/1995, de 11 de diciembre de 1995 (F. J. 2.º): «La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan. En consecuencia, no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos como el Holocausto. La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria».

(19) Bien es verdad que las palabras citadas no se refieren específicamente a la cuestión de la negación del genocidio, pero no deja de ser paradójico que el mismo legislador que realiza estas consideraciones, a la vez, mantenga en vigor el artículo 607.2 del Código Penal de 1995 que precisamente prohíbe bajo pena de prisión de uno a dos años «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen [...] los delitos tipificados en el apartado anterior [a saber, los delitos de genocidio]».

(20) Ampliamente al respecto: WANDRES, T., *op. cit.*, pp. 142 ss.

(21) *Ibidem*.

(22) El artículo 181 del *Criminal Code* de Canadá establecía que sería castigado con una pena de hasta dos años de prisión «el que dolosamente publique una declaración, una historia o una noticia a sabiendas de su falsedad y de que lesiona o puede lesionar algún interés público».

bien, cuando en 1992 el Tribunal Supremo de aquel país tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de este precepto, declaró que el artículo 181 del Código Criminal era inconstitucional al resultar incompatible con la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. La sección segunda de esta Carta de Derechos y Libertades establece que los derechos fundamentales sólo podrán limitarse cuando tal limitación responda a necesidades ineludibles en «una sociedad libre y democrática» (23). En opinión de este Tribunal no se advierte ninguna necesidad ineludible que permita justificar la limitación de la libertad de expresión e información que se deriva del delito previsto en el artículo 181 (24).

A mi juicio, tanto el Tribunal Supremo de Canadá, como nuestro Tribunal Constitucional en los pronunciamientos arriba citados, dan con la solución correcta. Y es que, aunque la historia es uno de los elementos que caracterizan una identidad nacional, no parece que la explicación o la interpretación de un determinado episodio histórico tenga capacidad para afectar a bienes o intereses individuales. La simple propagación de mentiras o falsedades históricas no lesiona por sí sola bien jurídico alguno, por lo que su difusión debe entenderse amparada por la libertad de expresión (25). Por lo demás, como las afirmaciones de carácter histórico constituyen principalmente juicios de hecho y no de valor, resultan fácilmente refutables acudiendo al método de la crítica histórica. La verdad histórica no necesita de refuerzo penal. Contra los errores históricos, aun los dolosamente propagados, el mejor instrumento es la libre discusión científica e historiográfica. Pretender replicar un error o una falsedad histórica con la pena criminal sería tanto como desconfiar de la capacidad de la verdad para imponerse por su propia fuerza y evidencia.

(23) Sentencia *Regina v. Zundel* [1992] 2 R.C.S. 731, que puede consultarse en la dirección <http://www.canlii.org/ca/jug/csc/>.

(24) Cfr. al respecto WANDRES, T., *op. cit.*, pp. 149 y s.

(25) En parecido sentido: el ya citado Auto de 14 de septiembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Barcelona, donde se señala que el bien jurídico protegido en el delito del 607.2 «es muy difuso», por lo que no es «digno de protección, en el ámbito del Derecho penal, cuando además supone una limitación al derecho de la libertad de expresión [...]».

Ya se expresó el Tribunal Supremo en sentido semejante en la su sentencia de 4 de julio de 1994 (pon. Bacigalupo Zapater [A. 6244/1994]) en que se discutía la aplicación del delito de apología del terrorismo del artículo 268 del CP de 1973 a los autores de un comunicado en que no se condenaba un atentado y se manifestaban coincidencias con los fines últimos de ETA: «El delito de apología no pretende *prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso sería contrario al artículo 20 CE*, sino la aprobación de comportamientos delictivos».

Quizás en alguno de los países que han decidido tipificar estas conductas pueda ello tener algún sentido, como forma de proteger el honor y la dignidad de las víctimas del Holocausto y de sus familias –muchos de los cuales todavía viven en aquellos países– y, sobre todo, como una modalidad de Derecho penal simbólico en unos países que han optado deliberadamente por no olvidar el drama histórico del genocidio, manteniendo viva la memoria de los hechos y actualizando periódicamente la condena de éstos para evitar su repetición (26). En esta opción colectiva desempeñan un gran papel las palabras, los gestos y los símbolos y, entre éstos, la incriminación penal ocupa un lugar destacado. En efecto, un modo de poner de manifiesto la importancia que se otorga a esta decisión colectiva de no olvidar es dotarla del mayor refuerzo jurídico posible, esto es, del refuerzo penal.

Dejando a un lado por ahora las reservas que me merece este uso simbólico del Derecho penal, lo que en todo caso parece evidente es que ninguna de estas circunstancias que pueden explicar y dar sentido a esta figura en los países mencionados se dan en nuestro país. Ni nuestra historia ni nuestra realidad sociológica parecen requerir la intervención del Derecho penal frente a los que niegan el genocidio (27).

Cuestión distinta es si la negación del genocidio debe incriminarse cuando se utiliza como forma de provocación al odio y a la discriminación o como medio para injuriar a todo un colectivo humano.

Adviértase que ésta es la solución por la que se inclinaba el artículo 173 bis *b*) del Código penal anterior, introducido por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo. Aquel precepto –mucho más aceptable que el actual– se redactó teniendo muy presente la doctrina contenida en la STC de 11 de noviembre de 1991 arriba citada, por lo que en él no se castigaba cualquier negación o banalización del genocidio sino únicamente aquélla que pudiera interpretarse como una forma de apología «y siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, [pudieran] constituir una incitación directa a cometer delito».

(26) Aunque, tal como hace notar LANDA GOROSTIZA, J. M., *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao 1999, pp. 147 ss., un amplio sector de la doctrina alemana se ha mostrado crítico con este precepto.

(27) Tal y como reconoce BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*, Granada 1999, p. 221 y s., en España no ha existido una tradición cultural que teorizara positivamente sobre el racismo; la cuestión de la pureza de la raza ha permanecido ajena al debate político durante todo el siglo XX, no existen formaciones políticas de extrema derecha con presencia parlamentaria, y no ha existido hasta la última década una especial problemática en relación al sentimiento racista o xenófobo de sus habitantes.

Cláusulas similares y con igual sentido restrictivo se encuentran en algunos de los países que han optado por incriminar el *negacionismo*. Así, el artículo 261 bis 4 del Código Penal suizo únicamente castiga la negación del genocidio cuando con ella se persiga discriminar o denigrar a los miembros de una determinada raza, etnia o religión; el § 130.3 del StGB alemán, por su parte, exige como elemento típico de este delito que la negación o banalización de los crímenes nazis se haga de tal modo que «sea susceptible de perturbar la paz pública».

De todas las soluciones legislativas a su alcance el legislador español de 1995 ha optado por la peor. Y así, prescindiendo tanto de la doctrina del Tribunal Constitucional como del modelo que ofrecían la Ley Orgánica 4/1995 y la legislación de los países más duros en la represión del *negacionismo*, nuestro legislador ha improvisado el artículo 607.2 CP, que no requiere la presencia de ánimo injurioso alguno ni de circunstancias que permitan interpretar la negación del genocidio como forma de provocación a la discriminación (28); sino que abarca dentro de su amplio tenor literal cualquier difusión dolosa de ideas o doctrinas negadoras de cualquier genocidio, sin mayores restricciones ni cautelas. Con ello reaparece en nuestro Derecho penal el delito de opinión en su forma más pura (29).

(28) Advierte esto el Auto de 14 de septiembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Barcelona, ya citado, cuando señala que el conflicto del 607.2 CP «con la libertad de expresión resulta claro, pues el tipo penal está sancionando la difusión de ideas y doctrinas, sin que exija ningún otro elemento, como la incitación a la realización de conductas que supongan la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, o bien que tales doctrinas lleven aparejadas expresiones o manifestaciones que atenten contra la dignidad de las personas». En mi opinión, sin embargo, aunque el tipo del artículo 607.2 CP incluyera alguno de los indicados requisitos, tampoco estaría justificado, pues en todo caso resultaría superfluo. En efecto, si la negación del genocidio se realiza como forma de injurias colectivas nada impide su punición acudiendo al delito de injurias (según se desprende de la doctrina contenida en las SSTC 214/1991 y 176/1995); si como modalidad de provocación a la discriminación racial, ésta ya se castiga en el artículo 510.1 CP. ¿Para qué entonces tipificar autónomamente la negación del genocidio?

(29) En igual sentido crítico CUERDA ARNAU, M. L., «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología» en *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1757, año XLIX, 5 oct. 1995, pp. 114 y s.; TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, artículo 607, pp. 2285 y s., quien propone una interpretación restrictiva de esta figura como forma de apología como única vía para salvar la constitucionalidad de este precepto; LANDA GOROSTIZA, J. M., «La llamada “mentira de Auschwitz” (art. 607.2 CP) y el “delito de provocación” (art. 510 CP) a la luz del “caso Varela”: una oportunidad perdida para la cuestión de inconstitucionalidad», *AP*, 1999, pp. 709 ss.

3.3 LA AGRAVANTE DE MOTIVOS RACISTAS, ANTISEMITAS O RECONDUCTIBLES A CUALQUIER OTRA CLASE DE DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 22. 4.^a CP

Cabría discutir si es correcta la inclusión de la agravante genérica de cometer el hecho «por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación» del artículo 22.4.^a del Código Penal en este primer grupo o si, más bien, debería incluirse en el tercero, dentro de la clasificación arriba propuesta (30). La cuestión no reviste demasiada importancia, tratándose de una simple clasificación académica. Lo realmente importante es analizar si es legítimo y si está justificado agravar la pena por el hecho de concurrir motivos discriminatorios en la comisión de un determinado delito.

Para contestar a esta pregunta lo primero que debemos plantearnos, con carácter general, es si resulta legítimo castigar *más* una conducta por el solo hecho de haber sido impulsada por un determinado motivo.

Esta cuestión fue abordada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su sentencia sobre el caso *Wisconsin v. Mitchell* (31). En esta resolución el Tribunal Supremo se planteó la posible inconstitucionalidad del *Wisconsin Penalty Enhancement Statute*, norma que preveía una agravación de la pena en aquellos casos en que el autor «selecciona[ra] intencionalmente la persona contra la que comete su delito a causa de su raza, religión, color, incapacidad, u orientación sexual, o de su origen nacional o el de sus ascendientes». El Alto Tribunal entendió, en contra de lo resuelto por el Tribunal Supremo de Wisconsin (32),

(30) Alguien podría, en efecto, entender más adecuada su ubicación en el tercer grupo, al considerar que esta agravante pretende dar respuesta a una forma de criminalidad especialmente peligrosa: la violencia racista. Lo cierto es que tal como el legislador ha configurado esta figura no parece que con ella se pretenda identificar y caracterizar una forma de delincuencia especialmente peligrosa. De haber sido así los móviles discriminatorios se habrían configurado como agravante específica en el marco de determinados tipos (como hizo la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo de 1995, que introdujo la agravante de motivos discriminatorios en el número 17 del artículo 10 del Código penal anterior, pero limitando su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas o el patrimonio), o como elemento subjetivo típico propio de algunos delitos en concreto. Sin embargo, nada de todo esto ha hecho el legislador, lo cual hace pensar que esta agravación responde más bien al especial desvalor que, en opinión del legislador, introducen estos motivos discriminatorios en sí mismos considerados con independencia del hecho punible al que acompañen.

(31) *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 47 (1993).

(32) El Tribunal Supremo de Wisconsin rechazó el argumento del Estado de Wisconsin según el cual «el Estatuto castiga únicamente la “conducta” de selección intencional de la víctima» indicando que «el Estatuto castiga el “porqué” de la selección realizada por el acusado, la *razón* por la que el reo seleccionó a la víctima, el *motivo* que subyace a esa selección», por lo que «viola directamente la Primera Enmienda al castigar lo que el legislador considera un pensamiento ofensivo», añan-

que esta norma no se oponía a la Primera Enmienda (que consagra la libertad de expresión).

En su sentencia el Tribunal Supremo federal empieza indicando que otorgar relevancia penal a determinados motivos es algo habitual en las leyes penales de aquel país.

Lo mismo puede decirse de nuestro ordenamiento, donde tradicionalmente se ha venido atribuyendo una eficacia agravatoria a la presencia de determinados motivos en el autor (así, en la agravante de precio, en virtud de la cual se castiga más a quien cometió el delito «mediante precio, recompensa o promesa»). Pero no basta con constatar que ya existen precedentes de agravación por los motivos para entender justificada la nueva agravante de motivos discriminatorios; falta explicar qué es lo que hace que un determinado motivo pueda ser tenido legítimamente en cuenta por el legislador para agravar la pena, y comprobar si tal fundamento se da en el caso de los motivos discriminatorios.

A esta cuestión responde el Tribunal Supremo con una cita de Blackstone: «es razonable que entre crímenes de diversa naturaleza se castiguen más severamente aquellos que resultan más destructivos para la seguridad y la felicidad colectivas». Admitiendo este principio, ¿Qué tiene de especialmente peligroso o lesivo un crimen cometido por motivos discriminatorios?

A esta pregunta podría contestarse diciendo que todo lo que haga crecer sensiblemente el número de candidatos dispuestos a cometer un determinado delito lo convierte en especialmente peligroso y, por tanto, hace surgir la necesidad de una mayor amenaza penal que contrarreste esa mayor disposición a cometer el delito.

El número de candidatos dispuestos a cometer el delito puede aumentar sensiblemente, entre otros supuestos, cuando se dan las circunstancias siguientes: *a*) cuando disminuye el riesgo personal para el autor durante la comisión (aspecto que se tiene en cuenta en la agravante de alevosía del art. 22.1.^a CP); *b*) cuando las posibilidades de descubrimiento disminuyen sensiblemente (aspecto que se tiene en cuenta para agravar la pena en la agravante de disfraz del art. 22.2.^a CP); *c*) cuando concurre algún móvil o motivo que tiene una especial capacidad para hacer nacer la resolución delictiva (así, por ejemplo, la obtención de un determinado precio o recompensa, aspecto que toma en consideración la agravante del art. 22.3.^a CP) (33).

diendo que «al Poder Legislativo de Wisconsin no le está permitido criminalizar aquellos pensamientos intolerantes con los que discrepe».

(33) En igual sentido se pronunció el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su sentencia *Tison v. Arizona*, 481 U. S. 137, 156 (1987) al señalar que «una idea

Si centramos nuestra atención en este último factor, que es el que ahora nos interesa, y nos preguntamos cuándo puede decirse de un determinado motivo que tiene una especial capacidad para hacer nacer la resolución delictiva la respuesta será que un motivo tiene esa especial fuerza cuando el número de sujetos que están dispuestos a cometer un determinado delito por ese motivo es significativo y sensiblemente superior al de los sujetos normalmente inclinados a cometer este tipo de delitos. A partir de aquí, hay que preguntarse si los motivos discriminatorios se encuentran entre aquellos motivos que, en la realidad criminológica, presentan una especial capacidad para mover a cometer delitos.

Aquí la respuesta no puede ser la misma en España que en Estados Unidos. En la sentencia *Wisconsin v. Mitchell* el Tribunal Supremo señala que dicha agravación por motivos racistas u otros motivos discriminatorios es razonable por la especial lesividad individual y social que entrañan los delitos inspirados por tales motivos. Esta especial dañosidad derivaría de que «estos crímenes cometidos por motivos discriminatorios son los que con mayor probabilidad pueden dar lugar a la comisión de delitos de represalia; a la vez que producen un acusado daño moral a las víctimas y causan inquietud en la sociedad». Pues bien, no creo que este razonamiento pueda trasladarse a la realidad de nuestro país. En España, ya sea por la tradicional homogeneidad cultural y étnica de su población, ya por el alto grado de tolerancia y convivencia de su sociedad, ni es frecuente la comisión de delitos por motivos discriminatorios, ni en los pocos casos en que éstos se han producido se han desatado olas de represalias ni, por consiguiente, puede decirse que la delincuencia de motivación discriminatoria despierte alarma social. Prueba de ello es la escasa aplicación jurisprudencial que ha encontrado esta agravante en el lustro largo que lleva vigente (34). Por ello mismo no creo que sea necesaria una agravante de este tipo en nuestro país (35).

profundamente arraigada en nuestra tradición jurídica es aquella según la cual cuanto más firme y resuelta es una conducta criminal, tanto más grave es el delito [*a que da lugar*] y, por consiguiente, tanto más severamente puede ser castigada».

(34) Así, entre la jurisprudencia publicada únicamente he logrado hallar seis sentencias (todas ellas de Audiencias Provinciales) que se pronuncien sobre la posible aplicación de la circunstancia del artículo 22.4.^a CP y, entre éstas, sólo dos en las que finalmente se aprecie la agravante (la SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2000 [RAJ 2000/75] y la SAP de Baleares de 30 de junio de 2000 [RAJ 2000/2767]).

(35) Trasladando aquí el planteamiento propuesto por Díez RIPOLLÉS, J. L., «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *AP* (1) 2001, p. 15, cabría decir que lo que convierte esta agravante en ilegítimo Derecho penal simbólico no son los efectos «expresivo-integradores» que persigue, sino el hecho de que dichos efectos

Sin embargo, aún queda por examinar uno de los fundamentos de la agravación a los que se refería el fragmento de la sentencia citado: a saber, el *plus* de lesividad individual, el especial daño moral que se produce cuando el delito ha sido cometido por motivos discriminatorios. Según este punto de vista, en todo delito cometido por motivos discriminatorios se daría un doble aspecto de desvalor: por un lado, el desvalor propio de la lesión del bien jurídico individual protegido por el tipo en cuestión; por otro, el especial daño moral que supone para la víctima saber que el móvil del delito sufrido ha sido el racismo u otra forma de discriminación. Si todo delito niega en alguna medida a la víctima como persona con una dignidad intangible, y en esa medida la *cosifica*, cuando el delito se comete por motivos discriminatorios a esta negación se le añade un nuevo aspecto: la negación de la dignidad de la víctima en cuanto miembro de un determinado grupo humano (36).

Pues bien, aun admitiendo que la motivación discriminatoria añade a la conducta un cierto desvalor adicional y autónomo, es más que discutible que éste tenga entidad suficiente para justificar la creación de una agravante diferenciada. Parece claro que en un homicidio o en unas lesiones el injusto sustancial viene constituido por el ataque a la vida y a la integridad corporal. El *plus* de desvalor que puedan añadir los eventuales motivos discriminatorios que hayan impulsado tales delitos será limitado y accidental. En efecto, la negación de la dignidad humana que supone todo homicidio (y que se refleja en la pena del artículo 138 CP) ya consume y absorbe en buena medida el injusto propio de la discriminación que haya actuado como móvil del hecho. De ahí que el lugar más adecuado para tomar adecuadamente en cuenta estos motivos parece ser la individualización judicial de la pena, ya una vez dentro del marco penal concreto. El legislador de 1995, al crear una agravante genérica de motivos discriminatorios, con los trascendentales efectos punitivos que la presencia de una agravante puede implicar, por el juego de las reglas del artículo 66 CP, ha elevado erróneamente a sustancial lo accidental.

3.4 LA PROVOCACIÓN AL ODIOS Y A LA DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 510.1 CP

Las figuras del segundo y tercer grupo no castigan la exteriorización de determinadas ideas porque la idea manifestada en sí misma

no son «necesarios para mantener el orden social básico». Utilizando la misma terminología propuesta por este autor, la mencionada agravante constituiría un ejemplo de ley *declarativa*, con la que únicamente se pretende aclarar contundentemente cuáles son los valores correctos respecto a una determinada realidad social.

(36) En este sentido cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, pp. 337 s.

resulte lesiva (como sucedía en el primer grupo), sino porque o bien se considera que dicha idea política introduce un riesgo mediano para la convivencia social (como en los casos del segundo grupo) (37) o bien porque dicha idea o finalidad caracteriza determinadas conductas o fenómenos criminales especialmente peligrosos (como sucede en el tercer grupo).

Entre estas figuras del segundo grupo se encuentra el delito de provocación al odio y a la discriminación del artículo 510.1 CP que sin duda cuenta con más argumentos a su favor que el delito de *negacionismo*. Se diría, en efecto, que en esta figura la exteriorización de determinadas ideas ya no es punible por el solo desvalor que éstas encierran en sí, sino por el riesgo de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que dicha exteriorización entraña. Ello explicaría que se haya generalizado su tipificación en los países europeos, a raíz sobre todo del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 (38), incluso entre aquellos países que han preferido no castigar específicamente el *negacionismo* (39). El mismo Tribunal Constitucional, en la ya citada STC 214/1991, indicaba que «ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión (*sic*) pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales [...]», y en la STC 176/1995 consideraba conforme a la Constitución el sancionar penalmente (en el caso concreto sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional, como delito de injurias gra-

(37) En este sentido cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, p. 342.

(38) Convenio del que España es parte y que fue publicado en el *BOE* de 17 de mayo de 1969. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1995, que introdujo por primera vez esta figura en nuestro Código Penal, presentaba de hecho esta modificación como una forma de dar cumplimiento a dicho Convenio. Asimismo el artículo 20.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York establecía que habría de prohibirse por Ley «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia». Una vez más se demuestra que, tal como ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, Madrid 1999, pp. 63 ss., los tratados internacionales de armonización legislativa en materia penal inciden de modo claro en la actual tendencia expansiva del Derecho penal.

(39) Así, no aparece tipificada la negación del genocidio pero sí la provocación a la discriminación de grupos humanos en Suecia (§ 8 del Capítulo 16 de su código penal) y en Chequia (§ 198a [1] de su Código Penal). En Dinamarca tampoco se prevé el delito de negacionismo pero sí, en cambio, un delito de amenazas o escarnio por motivos racistas u otros motivos discriminatorios en el § 266 de su código penal (cfr. al respecto WANDRES, T., *op. cit.*, pp. 143 ss.).

ves) la incitación a la violencia por la vía de la vejación del pueblo judío, ya que tal conducta no queda amparada por la libertad de expresión.

A pesar de todo, el tipo del artículo 510.1 CP no está libre de reparos. Se ha señalado que el objeto de protección en este delito es la dignidad humana, concretada en el derecho fundamental a la igualdad, por un lado; y el orden público, por otro (40). Si una de las funciones que debe cumplir la determinación del bien jurídico es la de servir para controlar la legitimidad de una figura, mal podrá hacerlo si el bien jurídico protegido se designa en términos tan amplios y de contornos tan difusos. En efecto, bien mirado, ¿qué delito no pretende proteger en forma más o menos próxima la dignidad humana o el orden público? Siendo esto así, habría que concluir que prácticamente cualquier nuevo delito estaría justificado, con sólo presentar una orientación remota a la protección de la dignidad humana, lo cual parece discutible (41).

Detengámonos en el aspecto de afectación al orden público, que es el que parece presentar rasgos más definidos y concretos. Bajo este aspecto, el injusto de las conductas de provocación al odio y a la discriminación radicaría, según se ha escrito, en que éstas crean un clima propicio a la discriminación que pone en peligro la convivencia social (42). Así, no es el hecho de tener ideas racistas, antisemitas u otras ideas discriminatorias y el así manifestarlo lo que determinaría la punición, sino el hecho de promoverlas y difundirlas, es decir, *el hacer nacer en otros esas mismas ideas mediante actos de comunicación*. Pero importa aquí hacer una observación: aun cuando ese acto de comunicación tenga éxito y el receptor acabe por abrazar tales ideas, tampoco esta adhesión ideológica será punible, pues ni el sentir odio ni el abrigar ideas discriminatorias se castiga penalmente (de

(40) Cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, pp. 336 ss.

(41) De hecho cualquier delito podría ser visto como una afectación mediata de la dignidad humana. La dignidad del individuo es el valor que late bajo todo tipo penal, a modo de supra-bien jurídico. A ella se refiere y reconduce en última instancia todo objeto de tutela penal. Pero precisamente por esto aludir a la dignidad del individuo, sin mayor concreción, no es buen modo de determinar el objeto de protección penal de un determinado delito.

(42) En este sentido: LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, Santiago de Compostela, 1996, p. 39; BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, pp. 339 ss. Se muestra crítico con la existencia de delitos «de clima», esto es, de tipos penales que castiguen la simple creación de un clima que predisponga a la futura lesión de bienes jurídicos: JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», trad. de E. Peñaranda, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, p. 322.

hacerse se vulneraría frontalmente el principio *cogitationis poena nemo patitur*). Entonces, ¿por qué castigar la difusión de ideas cuya profesión (tanto por parte del emisor como del receptor) es atípica? ¿Cómo puede ser delito la difusión de unas ideas sin que lo sea el sostenerlas privadamente ni el adherirse a ellas? La única respuesta posible es que la difusión se castiga por el riesgo existente de que el receptor de ideas discriminatorias pase, de la simple aceptación intelectual de tales ideas, a la efectiva lesión típica de bienes jurídicos individuales, movido por dichas ideas (cometiendo algún delito o falta contra las personas, la libertad sexual, la libertad, la integridad moral, el honor; o alguno de los delitos de discriminación previstos en los arts. 314, 511 y 512 CP; entre otros posibles delitos).

Así entendido, el injusto del delito del artículo 510.1 sería muy similar al propio del acto preparatorio punible de provocación definido en el artículo 18 CP. No en vano el mismo texto del precepto habla de quienes «provocaren». Pero adviértase que, a diferencia de lo que sucede en la *provocación* como acto preparatorio punible del artículo 18 CP, en la provocación del artículo 510.1 CP no se requiere que la actividad provocativa se proyecte sobre un hecho típico concreto. Ni siquiera exige el artículo 510.1 que se provoque a la realización de algún hecho típico genéricamente determinado. Se castiga la simple difusión de ideas que, de ser recibidas y aceptadas, pueden operar en los que las acogen como impulso motivacional de futuras lesiones típicas de bienes jurídicos. Se produce con ello un excepcional adelantamiento de la intervención penal. Con razón se ha dicho que estamos aquí ante un delito de peligro abstracto (43), aunque en una modalidad ciertamente peculiar, pues el peligro de que aquí se trata no es otro que el derivado de las ideas y de los sentimientos.

Ahora bien: ¿existe razón suficiente para tan excepcional adelantamiento de la intervención penal? No, según creo, y no porque el recurso a los delitos de peligro abstracto no esté nunca justificado: éstos pueden ser a menudo un instrumento útil y necesario en nuestras sociedades modernas (44). Pero el recurso a estas formas de incriminación ha de ser limitado y quedar condicionado a la constatación de una necesidad real de protección que no admita otras alternativas eficaces y menos restrictivas de libertad.

Esta necesidad no se da, según entiendo, en la España de hoy en relación a las conductas discriminatorias. No se da, en primer lugar,

(43) Cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, p. 341.

(44) Así: CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia 1999, pp. 25 ss.

porque desde el punto de vista criminológico la violencia racista o xenófoba constituye todavía un fenómeno aislado, que se presenta con mucha menor frecuencia y gravedad que en otros países de Europa (45). No basta con aludir a que en el futuro previsiblemente aumentarán las actitudes racistas y xenófobas y la difusión de tales ideas para que quede justificada la ampliación del ámbito de la intervención penal (46). No existe ninguna ley de necesidad por la que esto deba suceder, y, en todo caso, no parece que sea misión del Derecho penal anticiparse a futuras necesidades preventivas.

A ello se añade que los instrumentos penales existentes ya bastaban para prevenir y reprimir este fenómeno: en efecto, si de lo que se trata es de prevenir la violencia racista y xenófoba y otras formas de discriminación penalmente típicas, existen ya dos remedios adecuados: por un lado, para castigar los concretos actos típicos a que puedan dar lugar las actitudes discriminatorias puede acudir a los correspondientes delitos de resultado, la inducción –y, en algunos casos, incluso la provocación– a los cuales, conviene recordarlo, es también punible; y por otro, si se quiere proteger el derecho a ver respetada la dignidad y buen nombre de los colectivos humanos determinados por su raza, etnia, religión, etc., bastaba con acudir al delito de injurias ya existente [o, en su caso, tipificar, incluso en términos más

(45) En este sentido: cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, pp. 220 ss.; así como LANDA GOROSTIZA, J. M., *op. cit.*, p. 357. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1995 reconocía que este nuevo delito se introducía para dar respuesta a un problema de violencia racista que venía afectando a otros países europeos y que sólo había tenido alguna incipiente manifestación en España. El Derecho penal no está para prevenir amenazas extrafronterizas o continentales, sino para atender a las efectivas necesidades de prevención existentes en el ámbito del territorio nacional.

No obstante, es indudable que en la construcción de un espacio judicial europeo la existencia de inevitables diferencias en la descripción de lo penalmente típico (derivadas de las desiguales necesidades de prevención) plantea un serio problema al impedir la extradición de personas de un Estado a otro. Este obstáculo quizás podría salvarse si, en el ámbito europeo, se diera el paso de eliminar la doble incriminación como requisito para la extradición pasiva (al menos en relación a los no nacionales). Este requisito viene exigido hoy en día tanto por el artículo 2.º de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva como por el artículo 2.1 del Convenio Europeo de Extradición. De este modo se lograría conciliar la soberanía de los Estados –y la consiguiente autonomía en la determinación de sus necesidades de prevención– con el interés en que ningún país europeo se convierta en «santuario» de sujetos que han cometido conductas definidas como delito en algún otro país europeo, a la vez que se evitaría tener que acudir, para solucionar este problema, a la «igualación por arriba» de los distintos ordenamientos penales europeos, esto es, a su armonización por la vía expansiva y agravatoria, tal y como sucede hoy en día.

(46) Como sugiere BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, p. 234.

amplios que los utilizados en el art. 510.2 CP, las injurias colectivas a tales grupos (47)].

¿Por qué añadir a todo ello un delito de peligro abstracto de provocación al odio y a la discriminación? En esta materia debería regir el principio según el cual la intervención penal puede adelantarse legítimamente tanto más cuanto más grave sea la amenaza que se intenta prevenir. Pues bien, aplicando esta máxima, si en relación a los delitos más graves —el asesinato, el homicidio, la violación— (tanto o más graves que las infracciones típicas en que acaban concretándose los actos de violencia o de discriminación racista o xenófoba: la igual gravedad se dará únicamente en los casos excepcionales en que la violencia discriminatoria llegue hasta el homicidio o la violación; la menor gravedad será el caso normal), o de comisión mucho más frecuente que la de los actos de violencia racista o xenófoba —así, por ejemplo, los delitos patrimoniales de apoderamiento—, no se prevé el correlativo castigo de la provocación genérica e indeterminada a los mismos (ni mucho menos se castiga la simple difusión de ideas o sentimientos que puedan propiciarlos), ¿por qué debe castigarse todo ello cuando se trata de actos de discriminación, con independencia de su concreta gravedad?

A la vista de lo dicho cabe concluir que el delito del 510.1 CP no es sino una manifestación más del llamado Derecho penal simbólico, hoy tan en boga (48). A este respecto, se ha dicho que este carácter simbólico de estas nuevas figuras penales creadas para combatir el racismo y la discriminación delito no es algo necesariamente negativo ni que deba ser criticado. No es malo —se ha escrito— un cierto uso

(47) En vez de castigar en el artículo 510.2 CP únicamente la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones caracterizados por su ideología, religión, etc., el legislador podría haber tipificado, sin más, las injurias dirigidas contra estos colectivos.

Por otro lado, al fijar la pena de este delito el legislador ha incurrido, según entiendo, en un cierto exceso. No se entiende bien el enorme salto penológico que se produce entre el delito de injurias comunes (que en su modalidad más grave tiene prevista pena de multa de seis a catorce meses) y el tipo del 510.2 (que tiene prevista pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses). Podría entenderse quizás la previsión de una pena agravada, pues, ciertamente, en las injurias colectivas se afecta a un mayor número de personas (aunque no puede perderse de vista que todo cuanto se gana en extensión se pierde en intensidad de afectación individual) pero difícilmente se explica una diferencia de pena tan grande.

(48) En este sentido: Díez RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, p. 18, quien sitúa el 510.1 entre las «leyes aparentes», término con el que este autor designa aquellos preceptos penales cuya formulación técnicamente defectuosa los hace inaccesibles a las condiciones operativas del Derecho penal.

simbólico del Derecho penal en estos casos, aun cuando en la práctica estas figuras tengan «pocas posibilidades de encontrar aplicación práctica» y apenas desplieguen efectos preventivos (49). Conviene decir algo sobre este punto pues en él radica buena parte del debate de fondo sobre la legitimidad de esta nueva figura (50).

Parece claro que el Derecho penal se está convirtiendo de modo creciente en un instrumento social para proclamar y subrayar a un nivel puramente simbólico la importancia de determinados valores colectivos. Frente a esta tendencia caben dos actitudes: la complacencia o la crítica. Ésta última es, a mi juicio, la opción preferible (51). En una sociedad moderna y democrática debería ser posible poner de manifiesto el acuerdo existente en torno a un determinado valor sin tener por ello que introducir necesariamente un nuevo delito. Una sociedad que ya no sabe expresar sus consensos valorativos sin recurrir a la pena criminal está empezando a reducir peligrosamente su vocabulario colectivo.

(49) Cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, pp. 353 y s. Especialmente reveladores a este respecto son el ejemplo belga (en los cinco primeros años de aplicación de la Ley de 30 de julio de 1981, *tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie*, únicamente se habían seguido tres procesos penales por provocación a la discriminación con una única condena; cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, p. 346, nota 505) y danés (en veinticuatro años de vigencia del § 266.b) del Código Penal danés sólo se ha aplicado una vez; *vid.* WANDRES, T., *op. cit.*, p. 145, nota 252). Igual tendencia parece apreciarse en Austria (*vid.* BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, p. 349).

(50) En parecido sentido CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, pp. 25 ss., quien, sin rechazar con carácter general la función simbólica de los delitos de peligro, indica que cualquier delito (no sólo los delitos de peligro) resulta rechazable cuando tal función simbólica constituye la única función desempeñada por dicho delito. Por lo que, según esta autora, deben rechazarse tanto los delitos llamados a no ser nunca aplicados como aquellos que prevén conductas que podían incardinarse en preceptos ya existentes.

(51) Se muestran igualmente críticos con la legislación penal simbólica, con convincente argumentación: SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, pp. 304 ss.; ALBRECHT, P.-A., «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en *La insostenible situación del Derecho Penal*, trad. española, Granada 1999, pp. 478 ss.; así como DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, pp. 1 ss., si bien este último autor distingue entre un uso simbólico ilegítimo del Derecho penal y determinados efectos «expresivo-integradores» de la pena que sí pueden ser legítimos. En la doctrina alemana se ha mostrado crítico con el uso simbólico del Derecho penal como instrumento de lucha contra el racismo KUNZ, K. L., «Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung. Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 109 (1992), pp. 154 ss.

3.5 LA EXALTACIÓN DEL TERRORISMO PREVISTA EN EL NUEVO ARTÍCULO 578 CP

El nuevo delito de exaltación del terrorismo del artículo 578 CP, introducido por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, plantea las mismas dudas de constitucionalidad que ya en su día planteó a la doctrina el delito de apología del terrorismo del artículo 216 bis *a*) del Código penal anterior (52). Lo cierto es que el Tribunal Constitucional no llegó a pronunciarse directamente sobre la constitucionalidad de la apología (53). Lo que sí hizo, en la STC 199/1987, es distinguir entre la apología genérica o «pura apología», consistente en la «manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas», y la apología como forma de inducción o provocación a tales delitos (F. J. 2.º), para concluir indicando que no cabe aplicar a las conductas de pura apología el régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales que, al amparo del artículo 55.2 CE, preveía la Ley Orgánica 9/1984, de medidas contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas. El Tribunal Supremo, por su parte, también propuso una distinción semejante, esta vez entre la «apología de la ideología» cuyo castigo sería inconstitucional por contrario a la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 CE y «la apología de la realización desviada de los fines postulados por la ideología», la apología de comportamientos delictivos, que sí cabría en nuestro marco constitucional (54).

A mi juicio, para justificar el delito del artículo 578 CP la vía correcta no puede ser la invocación de una supuesta necesidad de adelantamiento de la protección penal, tal y como hace la Exposición de

(52) Dudas que han dejado de suscitarse tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, que ha optado por castigar la apología únicamente como forma de provocación. A este respecto señalan COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., Valencia 1999, p. 725, nota 59, que la apología «o incita al delito, o es una simple manifestación de discrepancia, cuya incriminación sería inconstitucional».

(53) Tal y como expresamente reconoce el Consejo de Estado en el apartado I de su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal y de la Ley Orgánica Reguladora de Responsabilidad Penal de los Menores (que daría lugar más tarde a la Ley Orgánica 7/2000) de 4 de octubre de 2000 (núm. de expediente: 3068/2000); e incluso llega el Consejo de Estado a afirmar que de las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre y 176/1995, de 11 de diciembre, se extrae la compatibilidad de la apología genérica (es decir, no como forma de provocación) con el artículo 20 de la Constitución.

(54) Cfr. STS de 4 de julio de 1944, pon. Bacigalupo Zapater, A. 6244/1994.

Motivos de la Ley Orgánica 7/2000 (55). No es ésta la justificación correcta ya que si esta supuesta necesidad se interpreta como necesidad de castigar la provocación a un delito concreto, el nuevo delito de exaltación del terrorismo es innecesario, pues dicha conducta está ya prevista en el artículo 18 CP (56). Y si a lo que se alude invocando dicha necesidad de adelantamiento de la intervención penal es a la necesidad de castigar la mera exaltación genérica, sin incitación a la comisión de un delito concreto (57), resulta rechazable como fundamento del castigo, al diluirse la necesaria conexión con un hecho punible determinado, indispensable en un Derecho penal del hecho como es el nuestro (58).

(55) La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2000 acude a dos tipos de argumentos justificativos. En un primer momento explica el nuevo artículo 578 CP como una forma de adelantamiento de la protección, por cuanto indica que en el nuevo precepto se penalizan acciones que «constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para avanzar los fines terroristas» (*sic*); con su torturada jerga el legislador parece querer indicar que este nuevo delito pretende incriminar la conducta de exaltación (una especie de auxilio moral posterior al hecho) en atención a que constituye también un refuerzo moral de eventuales acciones futuras y una contribución al clima de intimidación colectiva. A mi juicio la incriminación de acciones posteriores a la culminación del hecho y que todavía no pueden ser conectadas con ningún hecho concreto es impropia de un Derecho penal del hecho como el que tenemos en nuestro país.

Más aceptable parece la segunda parte de la justificación cuando señala que se trata de castigar «conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares» donde aparecen los que entiendo son los auténticos objetos de protección legítimos de este delito: la integridad moral y el honor de las víctimas del terrorismo y de sus familias.

(56) Así también: BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo», *La Ley*, núm. 5333, 19 de junio de 20001, p. 2.

(57) El legislador parece concebir el nuevo delito de exaltación como una forma de apología pura, desconectada de todo concreto hecho penal futuro. Así se desprende del texto de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2000 que presenta el nuevo delito del artículo 578 CP como una figura distinta y complementaria de la apología como forma de provocación, prevista en el artículo 18 CP: «las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas [...]». Pero, tal como certeramente señala el ya citado Dictamen del Consejo de Estado de 4 de octubre de 2000, si el legislador quería recuperar el delito autónomo de apología del terrorismo, «la aprobación del nuevo artículo 578 debería ir acompañada, en obsequio al buen orden del sistema y sin detrimento ninguno para éste, de la supresión y derogación de toda mención a la apología en el artículo 18 o al menos del ajuste de éste».

(58) En parecido sentido: BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 2, quien señala que el artículo 578, interpretado como delito puramente simbólico, supone un ade-

Ahora bien, que no quepa justificar esta nueva figura como forma de anticipación de la protección penal no significa que no pueda justificarse desde ningún punto de vista. A mi parecer, la tipificación de la exaltación del terrorismo resulta legítima si se entiende como forma de injurias colectivas. Basta traer a colación a este respecto las consideraciones realizadas por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 11 de diciembre de 1995 (STC 176/1995): «La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional». Si tal razonamiento permitió al Tribunal Constitucional, en la sentencia referida, concluir que era constitucionalmente conforme castigar por injurias graves por la difusión de un cómic apologético de los crímenes cometidos en los campos de concentración nazis, a la misma conclusión debería poder llegarse en relación al «enaltecimiento o la justificación» de los delitos de terrorismo o «de quienes hayan participado en su ejecución».

En la segunda modalidad típica del artículo 578 CP (consistente en «la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares») cabe también reconocer, junto al aspecto ya indicado de lesión del honor, una cierta afectación al derecho fundamental a la integridad moral.

Ahora bien, aun entendido así, el nuevo tipo del artículo 578 resulta criticable por prever una pena desproporcionada (59). En efecto, si lo que aquí se protege es el honor de las víctimas del terrorismo y de sus familiares (junto a su integridad moral en la segunda modalidad típica), la pena no debería alejarse mucho de la pena prevista para el delito de injurias y, en cualquier caso, no debería nunca rebasar la pena prevista para el delito del artículo 173 CP, tipo genérico de los delitos contra la integridad moral, ya que en este último

lanto excesivo de la intervención penal. De ahí que este autor proponga una vía intermedia entre la interpretación de la exaltación del terrorismo como simple forma de provocación y su inteligencia como modalidad de pura apología (cfr. *ibid.*, p. 3).

(59) El Dictamen del Consejo de Estado de 4 de octubre de 2000, ya citado, en cambio, valoró positivamente el nuevo artículo 578, señalando que «es pertinente por cuanto con ella se cubre un espacio de impunidad sobrevenida para conductas socialmente reprochables»; en igual sentido: MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Reformas penales en materia de terrorismo», *Actualidad Penal*, núm. 48, 2000, núm. marg. 1014.

precepto se prevén conductas indudablemente más graves que la mera exaltación de palabra del terrorismo (a saber, la efectiva causación de un trato degradante) o que la realización de actos de descrédito de las víctimas y sus familiares *genéricamente* consideradas (a saber, la causación un trato degradante a una víctima *concreta e individualizada*). Pues bien, basta una rápida comparación de penas para constatar que nada de esto sucede: el artículo 578, al prever una pena de uno a dos años de prisión, se aleja en mucho de la pena de la pena de las injurias graves e incluso rebasa la pena del delito del artículo 173 (que prevé una pena de prisión de seis meses a dos años), por lo que hay que concluir que este precepto vulnera el principio de proporcionalidad (60).

El análisis del *tercer grupo de figuras* he preferido abordarlo en el marco de la reflexión sobre si es útil y legítimo acudir al Derecho penal frente la delincuencia con motivación política, a la que dedico las páginas que siguen.

III. LA UTILIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA RESPUESTA PENAL FRENTE A LA DELINCUENCIA CON MOTIVACIÓN POLÍTICA

1. Introducción: dos cuestiones distintas

Hasta aquí he intentado poner de manifiesto que subsisten en nuestro ordenamiento una serie de figuras que atribuyen relevancia punitiva a la exteriorización de determinadas ideas políticas o posturas ideológicas y me he planteado la cuestión de su legitimidad en un sistema basado en el pluralismo político.

En lo que sigue he de ocuparme de una cuestión sin duda relacionada con la anterior pero distinta, a saber, la de si el instrumento penal resulta eficaz y legítimo en la lucha contra aquellos delitos comunes que se cometen persiguiendo una finalidad política (por lo general en forma de acciones terroristas y de violencia callejera que se concretan en asesinatos, homicidios, secuestros, amenazas, daños, estragos, etc.).

Para un correcto análisis de esta cuestión conviene distinguir dentro de la misma dos subcuestiones: por una lado, la de si en general

(60) En igual sentido, si bien referido únicamente a la segunda modalidad típica del artículo 578, BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 3.

está justificado y es útil acudir al Derecho penal frente a los delitos cometidos por motivos políticos; y, en segundo lugar, la de si tiene sentido que esta respuesta punitiva sea más intensa y severa en los delitos con móvil político que en los demás delitos.

2. La discusión sobre la utilidad y legitimidad del recurso al Derecho penal frente a la delincuencia con motivación política

¿Tiene sentido acudir al instrumento penal en la lucha contra los delitos que responden a una motivación política? A mi juicio, sí. Es más, si normalmente el Derecho responde frente a cualquier delito con la pena, son quienes propugnan una solución diferente en el caso de la delincuencia motivada políticamente quienes deberían explicar el porqué de tal tratamiento diferencial. En efecto, por lo general en nuestro ordenamiento penal se castiga todo hecho típico, antijurídico y culpable, lo mismo si se ha cometido por interés personal, que si se ha llevado a cabo como medio para conseguir fines colectivos. De ahí que cualquier solución que pasara por no castigar o por castigar menos algunos delitos en razón de su motivación política sería disfuncional e injusta (61). En efecto, ¿por qué no iba a poder usarse el Derecho penal para hacer frente a los delitos cometidos por motivaciones políticas? ¿Acaso no se sanciona cualquier delito doloso con independencia del motivo o intención que impulsó a cometerlo? ¿Por qué debería reaccionarse de modo distinto cuando el móvil del delito es político? (62) El Derecho penal en el ámbito de los delitos dolosos parte, como regla general, de que una vez constatado el dolo, se da todo lo necesario para imputar subjetivamente el hecho. Sólo por excepción otorga el ordenamiento penal relevancia a los motivos o fines que impulsaron la conducta del autor y, por cierto, cuando lo hace —así en los llamados «elementos subjetivos del tipo»— no es para castigar *menos* en presencia de esos determinados motivos o ánimos, sino, al contrario, para hacer depender el castigo de la presencia de esos elementos finalísticos: en efecto, en estos casos, sólo tras consta-

(61) Hace notar a este respecto BAUCCELLS LLADÓS, J., *op. cit.*, p. 36, que, tras unos primeros intentos por dispensar un tratamiento privilegiado a los delitos cometidos por motivaciones políticas en los años que siguieron a las revoluciones burguesas, los legisladores rectificaron ante el surgimiento de los movimientos revolucionarios anarquistas y comunistas, y optaron por mantener —cuando no intensificar— la respuesta penal frente a estas formas de delincuencia.

(62) En igual sentido: MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia 1999, p. 715.

tar que concurre la concreta finalidad requerida por el tipo cabe deducir la responsabilidad penal.

Adviértase, por lo demás, que desde la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio han desaparecido de nuestro ordenamiento punitivo aquellas circunstancias atenuantes en que se otorgaba eficacia disminutiva de pena a la concurrencia de determinados motivos en la actuación del sujeto (así, se consideraba circunstancia atenuante el actuar por «venganza, motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia») (63). De todo ello no puede sino concluirse que, en un sistema penal que ha decidido no atribuir a los motivos del delito más relevancia que la de agravar la pena en algunos casos, sería asistemático y contradictorio prescindir de la pena o atenuar la sanción penal en razón de las motivaciones o fines políticos perseguidos con el delito (64).

De lo anterior se deduce que castigando al delincuente que actúa por convicción política el Estado no hace sino aplicar reglas generales y dar cumplimiento al más estricto principio de igualdad (65). Obrar de otro modo sería privilegiar la delincuencia política frente a las otras formas de delincuencia. En efecto, si nuestro ordenamiento no reaccionara con la pena frente al delincuente por motivos políticos estaría tratando privilegiadamente a uno de los grupos delincuenciales más

(63) Adviértase, no obstante, que en otros ordenamientos sí se atribuye eficacia atenuante a la presencia de determinados motivos positivos; así, por ejemplo, el artículo 62.1 del Código Penal italiano prevé la atenuante de «haber actuado por motivos de particular valor moral»; el § 46 del Código Penal alemán incluye «los motivos y fines del autor» entre los criterios de individualización de la pena; el artículo 55.2 del muy reciente Código Penal de Colombia (de 24 de julio de 2000) sitúa entre las «circunstancias de menor punibilidad» «el obrar por motivos nobles o altruistas»; por fin, en los Estados Unidos, según indica la ya citada sentencia *Wisconsin v. Mitchell*, es práctica habitual de los jueces el tomar en cuenta como criterio de determinación de la pena el carácter positivo o negativo de los motivos del autor.

(64) Otros ordenamientos penales tienen en cuenta los motivos y fines del autor tanto para agravar la pena como para atenuarla, así el parágrafo 46 del StGB alemán, que los incluye entre los criterios de determinación de la pena. Ahora bien, interesa hacer notar que cuando en Alemania se planteó, durante el proceso de reforma penal, la posibilidad de aplicar una pena especial y más benigna al delincuente por convicción, la doctrina mayoritariamente se opuso a la aplicación de este beneficio al delincuente por motivos políticos, opinión que se fue plasmando en los sucesivos proyectos legislativos (cfr. sobre este punto la explicación de BAUCCELLS LLADÓS, J., *op. cit.*, pp. 37 ss., y p. 81).

(65) Coincidente: WILKINSON, P., «Las leyes de la guerra y del terrorismo», en Rapoport, David C. (ed.) *La moral del terrorismo*, *op. cit.*, p. 124, para quien admitir la exención de responsabilidad criminal para los terroristas supondría estar «dispuestos a que se desmorone todo el orden moral y legal y claudicar ante el terrorista».

peligrosos: el de los que emplean la violencia como medio para conseguir fines políticos (66), entre los que se cuentan señaladamente los terroristas (67).

Cualquier solución que privilegiara a los autores de delitos con motivación política chocaría además con la postura de especial severidad adoptada por nuestra Constitución frente al fenómeno terrorista. Basta fijarse en el artículo 55.2 C.E., precepto que, tal como señala la STC 89/1993, demuestra «el reconocimiento *ex Constitutione* de la razonabilidad y no arbitrariedad de la existencia de [un régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales] en ciertas situaciones cuando se trata de facilitar la investigación de unos delitos de especial gravedad en relación con la subsistencia del orden democrático constitucional». Lo mismo puede decirse del artículo 13.3 CE. Es verdad que este precepto excluye los delitos políticos de la posibilidad de extradición, pero inmediatamente aclara este mismo precepto que no deben considerarse delitos políticos los actos de terrorismo (68). De este modo queda claro que nuestra Constitución es reacia a dispensar un trato más beneficioso o una especial protección del Estado a quien comete delitos violentos, aun cuando persiga con ellos una finalidad política (69).

La misma tendencia puede apreciarse en el Derecho internacional convencional. Así, el Convenio Internacional para la represión de los

(66) En este sentido MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 715.

(67) Interesa destacar que aun los autores partidarios de la exención o disminución de pena para algunas formas de delincuencia por convicción, se inclinan por excluir de este trato privilegiado los delitos cometidos contra bienes jurídicos individuales, y singularmente, los delitos de terrorismo (cfr. en este sentido, BAUCELLS LLADÓS, J., *op. cit.*, p. 219, quien excluye toda forma de delincuencia por convicción que vulnere bienes jurídicos individuales sin respeto de la dignidad humana; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia», en *Ley y conciencia moral legalizada*, Madrid 1993, pp. 79 ss.; PÉREZ DEL VALLE, C., «La discusión actual sobre la delincuencia por convicción», *Cuadernos de Política Criminal*, 2000, núm. 71, p. 389).

(68) En la misma línea se sitúa el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997, el cual claramente distingue entre los atentados cometidos con bombas, que quedan excluidos de la consideración de delito político a los efectos del beneficio de la denegación de la extradición (ex art. 11 del Convenio), del auténtico delito político entendido como castigo por las opiniones políticas, respecto del cual los Estados Partes seguirán pudiendo denegar la extradición (ex art. 12 del Convenio).

(69) Invoca este precepto constitucional en idéntico sentido MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 863.

atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997 (BOE de 12 de junio de 2001) establece en su artículo 5 que «cada Estado Parte adoptará las medidas que resulten necesarias, incluida, cuando proceda, la adopción de legislación interna, para que los actos criminales comprendidos en el ámbito del presente Convenio, en particular los que obedezcan a la intención o el propósito de crear un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas, *no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar y sean sancionados con penas acordes a su gravedad*».

Sin embargo, desde distintos sectores se ha objetado que la vía penal no es la más adecuada para solucionar un problema cuya naturaleza es política. De este modo, la *diferencia de naturaleza* entre el conflicto que da lugar a la violencia con finalidad política (conflicto que tendría una naturaleza política) y la solución propuesta (de carácter policial y penal) se invoca como un argumento decisivo en contra del recurso al Derecho penal (70).

Salta a la vista el carácter falaz de este argumento basado en la «heterogeneidad» entre la naturaleza de un conflicto y la naturaleza de su solución. En efecto, llevado a su extremo, dicho argumento debería llevar a la práctica abolición del Derecho penal pues, si bien se examina, todo fenómeno criminal no es ni en su esencia ni en sus causas un fenómeno de naturaleza «penal». La pena no es más que la respuesta del ordenamiento frente al delito, por lo que, siendo necesariamente posterior a éste, no puede ser nunca su causa. De ahí que si, tal como parece desprenderse de este argumento, la pena criminal sólo pudiera aplicarse en aquellos delitos causados por ella, no podría imponerse nunca.

Adviértase además que, a pesar de que son muchos y diversos los factores que inciden en el nacimiento del comportamiento criminal (tanto sociales y ambientales como personales y radicados en el individuo), existe una amplia coincidencia en destacar el influjo decisivo que ejerce el entorno familiar. Ahora bien, hasta ahora nadie ha extraído de ello que las consecuencias jurídicas del delito tengan que dejar

(70) En este sentido se expresa el primero de los puntos preliminares de la *Declaración de Estella-Lizarra*: «Todos los implicados en el conflicto han aceptado el origen y la naturaleza política del mismo y, consecuentemente, que también su resolución debe ser política»; así como la primera de las pautas de comportamiento de dicha declaración: «El contencioso vasco es un conflicto histórico de origen y naturaleza política en el que se ven implicados el Estado español y el Estado francés. Su resolución debe ser necesariamente política».

de ser penales y tomar un carácter fundamentalmente familiar, para así mantener la homogeneidad de naturaleza entre la causa del fenómeno y la respuesta al mismo.

Nótese además que esta homogeneidad entre las causas del delito y la respuesta estatal al mismo –supuestamente necesaria– no ha sido invocada por nadie en relación a otro de los graves problemas penales y de seguridad a los que se enfrenta nuestro país: la violencia doméstica. En efecto, nadie niega que éste sea un gravísimo problema familiar y doméstico, y sin embargo nadie defiende hoy en día relegar su solución al ámbito familiar y doméstico. Antes bien, todas las voces parecen coincidir en reclamar en estos casos una intervención del Derecho penal más rápida y eficaz, cuando no un aumento de severidad de las penas.

También podría intentar criticarse el recurso al Derecho penal frente a la delincuencia violenta con motivación política como manifestación de un modelo de prevención secundaria que prima la represión frente a la solución del conflicto de fondo.

Se ha escrito que frente a la solución penal debe preferirse siempre la búsqueda de soluciones primarias, esto es, de estrategias dirigidas a solucionar las causas de fondo que dan lugar al fenómeno criminal (71).

Cabe contestar a esta crítica señalando que el mantenimiento de la amenaza penal no tiene por qué obstaculizar la búsqueda de soluciones primarias. Al contrario, en la concreta cuestión de la delincuencia con motivación política, el Derecho penal no sólo no empece la búsqueda de soluciones no punitivas al conflicto sino que puede incluso constituir un elemento que contribuya a esta solución (72).

(71) Señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de criminología*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 886, que «la prevención primaria es, sin duda alguna, la más eficaz –la genuina prevención– ya que opera *etiológicamente*», y se muestra crítico frente a una cierta tendencia del legislador penal moderno a la exacerbación punitiva: «de hecho, muchas políticas criminales de nuestro tiempo (*recte*: políticas penales) responden a este modelo falaz y simplificador que manipula el miedo al delito y trata de ocultar el fracaso de la política preventiva (en realidad, represiva) apelando en vano a las “iras” de la Ley»

(72) Distingue CLARK, R. P., *Negotiating with ETA*, Reno 1990, pp. 233 ss., entre negociación «política» y «técnica»: la primera abordaría cuestiones y contrapartidas políticas; la segunda se ceñiría a aspectos «no políticos» como la amnistía de los terroristas y su reinserción social. Esta distinción, aunque muy extendida, debe ser matizada, pues olvida que tanto la administración del indulto como la política penitenciaria forman parte de la entera política criminal de un gobierno. Éstas constituyen, por tanto, verdaderas cuestiones «políticas» y toda negociación que las incluya adquirirá ese mismo carácter.

En efecto, basta considerar que sólo si existe la amenaza real de una pena cobra sentido la promesa de remisión o atenuación de la pena (a través de la figura del indulto) como una baza en la eventual solución negociada al conflicto; o, en un plano más individual, sólo si está prevista una pena pueden tener algún éxito las figuras de fomento del arrepentimiento, pertenecientes al llamado «Derecho penal premial» (así, la facultad de rebajar la pena en uno o dos grados a los «terroristas arrepentidos» prevista en el art. 579.3 CP) (73).

Y es que acudir al instrumento penal no siempre es sinónimo de más castigo: también puede consistir en castigar menos o en prescindir del castigo. Así entendidas, las medidas de gracia son también instrumentos de la política criminal. El indulto u otras formas de reducción o mitigación de la pena (como la utilización flexible de las reglas del tratamiento penitenciario o de la libertad provisional) sólo serán utilizables y tendrán fuerza persuasiva en una eventual solución paccionada al conflicto si previamente el derecho prevé una pena que en principio debe ser cumplida (74).

Y, por fin, a esto hay que añadir que quienes preconizan el recurso preferente a las soluciones primarias quizás olvidan que éstas a menudo no están en las solas manos del Estado mientras que la solución penal sí lo está, tal como se detalla más adelante (75).

Ciertamente también en este ámbito de la delincuencia por motivos políticos debe regir el principio de *ultima ratio* y, por tanto, debería preferirse a la solución punitiva la utilización de cualquier otro medio menos lesivo de solución del conflicto de igual o superior eficacia. Pero está por demostrar que la vía de la negociación política

(73) Esta figura, que se introdujo en el artículo 174 bis c) del Código Penal mediante la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, fue recogida en la Ley Orgánica 9/1984 como una medida de carácter temporal, y posteriormente incorporada establemente al anterior Código penal en el artículo 57 bis b). El Código penal de 1995 ha mantenido esta figura en su artículo 579 pero reduciendo considerablemente su alcance, al suprimir la posibilidad de una remisión total de la pena. Señalaba VERCHER NOGUERA, A., *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco*, Barcelona, 1991, pp. 365 ss., a propósito de esta figura, que se trata de una figura de fomento de la *disociación* del terrorista y de la colaboración de éste con la justicia, más que de estímulo del arrepentimiento propiamente dicho; y hacía notar que esta medida ha obtenido en España un éxito muy inferior al logrado en Italia (donde una figura similar fue introducida en el año 1982) por la menor firmeza del compromiso político de los terroristas en aquel país.

(74) Un ejemplo histórico de la eficacia de estas medidas lo ofrece en nuestro país la llamada «reinserción social» de los miembros de ETA político-militar (*vid.* al respecto: SULLIVAN; CLARK, R. P., *op. cit.*, pp. 93 ss.; VERCHER NOGUERA, A., *op. cit.*, pp. 373 ss.).

(75) *Vid. supra* II. 3.

sea siempre y en todo caso un medio menos lesivo de solución del conflicto político con manifestaciones delictivas que el recurso al Derecho penal.

Es verdad que en la delincuencia de raíz política la motivación es tan concreta que hace que parezca posible acabar con ella mediante una solución política que, al dejar sin móvil a sus autores, haría desaparecer el fenómeno. En efecto, otras formas de delincuencia tienen quizás móviles y contextos motivatorios permanentes en el hombre e imposibles de satisfacer nunca completamente por vías lícitas alternativas, pero no es éste el caso de la delincuencia política, por lo que podría pensarse que una vía para acabar con ella es la realización de concesiones políticas.

Si esto fuera cierto habría que plantearse si el poder político pone el suficiente esfuerzo en la búsqueda de los remedios y soluciones extrapenales al conflicto o si, por el contrario, insiste demasiado en el instrumento preventivo-represivo, sin acompañar esa acción de otras estrategias de más presumible eficacia y menos lesivas.

Sin embargo, un análisis más detenido revela que no siempre el recurso a la «solución negociada» constituirá un medio menos lesivo de solución que el recurso a la pena, sobre todo cuando dicha solución negociada implica algún tipo de concesión política frente a los delinquentes con motivación política.

No es algo ajeno a nuestro sistema penal el intentar prevenir delitos incidiendo a nivel de los fines y motivos que mueven o pueden mover a un sujeto a cometer delitos. En efecto, existen en nuestro ordenamiento punitivo diversas figuras y preceptos que buscan desincentivar la comisión de delitos impidiendo o dificultando la obtención del beneficio o interés perseguidos con dichos delitos (así, por ej., la facultad concedida al Juez en el art. 355 CP de prohibir la recalificación del suelo por un período de hasta treinta años o de acordar la intervención administrativa de la madera en caso de condena por delito de incendios forestales; la misma figura del comiso de los efectos y ganancias provenientes del delito, la incriminación del blanqueo de capitales, o la multa proporcional prevista en determinados delitos). De este modo, frustrando la esperanza de obtener ventaja con el delito, se pretende convencer a los potenciales delinquentes de que no «merece la pena» su comisión. Ahora bien, lo que hasta ahora nunca ha hecho nuestro Derecho vigente es intentar prevenir nuevos delitos concediendo, a quien dice estar dispuesto a cometer un delito para lograr un determinado fin, ese mismo fin antes de que cometa el delito y a cambio de que no lo cometa. Por tanto, si para atajar la delincuencia terrorista se decidiera conceder total o parcialmente el objetivo

pretendido por sus autores, dicha solución tendría algo de asistemática y disfuncional y chocaría con la indicada tendencia político-criminal.

Para superar esta objeción podría alegarse que la singularidad de la delincuencia con finalidad política –la excepcional gravedad de la amenaza que entraña– justifica que en estos casos el Estado se aparte de su proceder habitual y realice alguna concesión política frente a los terroristas o sus representantes. La excepcionalidad de la amenaza (la especial virulencia y dañosidad de este tipo de criminalidad, su alto coste humano y económico, así como la solidez y permanencia de las organizaciones y estructuras en que se sustenta) justificaría una solución de excepción para evitar mayores sufrimientos. De este modo, la concesión a los autores de tales delitos de algunas de sus demandas políticas constituiría una de las vías legítimas de solución del conflicto a las que pueden acudir los responsables políticos.

A primera vista nada puede objetarse a que la comunidad decida a través de sus representantes legítimos dar prioridad al objetivo de restauración de la paz pública, aun a costa de algunos sacrificios colectivos. La opción por la pacificación y por la desaparición de la delincuencia política es una decisión legítima. Los pueblos tienen derecho a anhelar la paz y la seguridad pública, y para alcanzar una y otra deberían poder realizar las componendas o cesiones o que estimen oportunos.

Ahora bien, una opción colectiva puede estar apoyada por la mayoría de la población sin por ello ser democrática. En efecto, si la democracia no es sólo un expediente formal de toma de decisiones, si es algo más que una técnica procedimental de resolución de conflictos, si el fundamento último de la democracia es la dignidad del hombre y su libertad, entonces no serán democráticas las decisiones colectivas tomadas bajo coacción. La democracia es aquel régimen basado en la voluntad auténtica de la sociedad pero no en la voluntad viciada por el miedo ante la violencia política reiterada. La cuestión decisiva se centra, por tanto, en comprobar si una eventual opción mayoritaria en favor de realizar concesiones políticas ante el terrorismo, además de ser mayoritaria, ha sido tomado en un clima de libertad. Si los representantes políticos percibieran que una mayoría de la población estaría dispuesta a apoyar una determinada solución política, pero no tanto por la racional ponderación de sus ventajas e inconvenientes, sino como única forma de librarse de una amenaza criminal, lo auténticamente democrático sería desatender esta demanda mayoritaria de la población. En democracia los partidos políticos están llamados a cumplir una misión ilustrada, didáctica y

promocional. Racionalizan el discurso político, proponen y devuelven a la sociedad el ideal de sí misma, descubren y protegen la voluntad auténtica de la población. Frente a una sociedad temerosa y cansada de violencia, que estuviera dispuesta a traicionar sus verdaderas preferencias políticas para recuperar la paz y deshacerse de la delincuencia política, sería misión de los partidos democráticos el hacerse portavoces de la voluntad popular, pero no de aquella viciada por el miedo sino de aquella otra auténtica, elícita y profunda, impidiendo que la ciudadanía traicione por miedo su voluntad colectiva más íntima. En suma: es legítimo desear la paz, como comprensible y legítimo es tener miedo, pero es más que dudoso que una decisión colectiva nacida del miedo o de un ambiente de terror pueda ser calificada de verdaderamente democrática.

A ello se añade que toda solución de la delincuencia con móvil político que pase por la componenda política puede ser criminógena, al fomentar el empleo del delito como medio para lograr objetivos políticos. Frente a este argumento podría alegarse que las especiales circunstancias y características del fenómeno terrorista lo hacen difícilmente repetible. Pero tampoco esta réplica convence. En primer lugar, nada hay más criminógeno que lanzar a la sociedad el mensaje de que el Estado está dispuesto a ceder frente a exigencias apoyadas en la amenaza de un mal, siempre que el mal con que se amenaza sea suficiente grave. Pero es que, además, aun cuando fuera totalmente descartable que en el futuro vuelva a surgir en un determinado país un colectivo organizado que exigiera contrapartidas políticas a cambio de dejar de cometer delitos, en todo caso subsistiría un efecto criminógeno hacia el exterior. En efecto, en un mundo globalizado en que cada vez más la prevención y represión de determinados delitos (así, los delitos contra la humanidad y de terrorismo) tiene una dimensión planetaria; y en una época en que la lucha contra la criminalidad organizada se ha convertido en una empresa supranacional, basada en la cooperación entre los distintos Estados, nada habría más discordante que el hecho de que un país adoptara una solución unilateral a la delincuencia de motivación política que no tuviera en cuenta los posibles efectos de imitación que esta solución puede producir en otros países.

Desde una vertiente más práctica la vía penal de solución frente a la delincuencia motivada políticamente ha sido criticada en nuestro país por su *ineficacia* (76): ¿Cómo puede seguir sosteniéndose un

(76) A esta ineficacia de las «vías policiales» para solucionar la violencia motivada políticamente se refiere el punto preliminar segundo de la *Declaración de Estrella-Lizarrá* cuando señala, en su diagnóstico del conflicto irlandés (que dicha

remedio que, durante largo tiempo –en España, durante treinta años–, ha demostrado su incapacidad para erradicar el problema de la violencia política? ¿La constatación del fracaso histórico de las vías penales acaso no constituye una razón poderosa para renunciar a esta vía de solución en pro de vías más eficaces?

Por sí sola esta crítica no resulta concluyente: el Derecho penal no viene a solucionar de raíz unos determinados problemas sociales. Ni siquiera pretende erradicar plenamente el delito como problema social. Se contenta con contener el delito dentro de límites razonables (77). Así, en relación con la criminalidad política, el Derecho penal no aspira a solucionar el conflicto político que la subyace sino que su misión se contrae a mantener las manifestaciones delictivas de este conflicto dentro de los límites de lo tolerable. En esto no hay que ver tanto un fracaso del Derecho penal o una renuncia de éste a acabar radicalmente con el delito, como el resultado de una opción deliberada del Estado por autolimitarse en la utilización de los instrumentos preventivos y represivos a su alcance.

Los modernos avances científicos y técnicos han puesto en manos del Estado nuevos medios para la prevención, el descubrimiento y la persecución de los delitos, algunos de ellos de una eficacia espectacular (78). Las posibilidades técnicas que ofrecen estos avances son tan

declaración entiende trasladable al conflicto vasco), que «El Gobierno británico y el IRA fueron conscientes de que ni el uno ni el otro iban a ser el vencedor militar y, en consecuencia, aceptaron que el conflicto –en caso de dejarlo tal como estaba– podía prolongarse durante mucho tiempo».

(77) En este sentido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *op. cit.*, p. 930, cuando escribe: «El objetivo último, final, de una eficaz política de prevención no es erradicar el crimen, sino *controlarlo razonablemente*. El total exterminio de la criminalidad y las cruzadas contra el delito son objetivos utópicos y poco realistas que pugnan con la “normalidad” del fenómeno criminal y de su protagonista». En parecido sentido: SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, p. 211: «lo único que puede legitimar la intervención punitiva del Estado es la evitación o, mejor dicho, el mantenimiento en unos niveles razonables, de los delitos [...]».

(78) En este sentido ha escrito Romeo Casabona, refiriéndose a los análisis de ADN, que éstos, por sus «características técnicas así como [por] su extraordinaria precisión, se han convertido en un instrumento muy valioso [...] para una respuesta más eficaz a las exigencias de la sociedad respecto a la persecución de los responsables de los delitos» (*vid.* ROMEO CASABONA, C. M., prólogo a ÉTXEBARRÍA GURIDI, J. F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada 2000, p. XVII). Advierte también este fenómeno el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando indica que «es indispensable que las normas que regulan [las escuchas y demás procedimientos de interceptación de las conversaciones telefónicas] sean claras y detalladas, tanto más cuanto que *los procedimientos técnicos utilizables se perfeccionan constantemente*» (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Kruslin*, parágrafo 33; la cursiva no figura en el original).

amplias, que si el Estado decidiera agotarlas hasta sus últimas consecuencias, haciendo de ellas un uso intensivo y exhaustivo, probablemente se lograría reducir la delincuencia dolosa en general (y, dentro de ésta, también la delincuencia por móviles políticos) a niveles mínimos cercanos a cero.

Pero si en algo se distingue un régimen democrático y de libertades de un régimen policial y autoritario es en que, en la lucha contra el delito, aquél renuncia deliberadamente a agotar todos los posibles recursos a su alcance, prefiriendo emplearlos parcial y limitadamente. En todo tiempo ha sido posible reducir el número de delitos acudiendo a métodos drásticos como el establecimiento de un régimen policial o la declaración del estado de excepción, pero nunca ha sido ésta la opción característica de los Estados democráticos y de Derecho. Éstos han preferido siempre la autocontención y el no agotamiento de las posibilidades teóricas de prevención y represión y ello no por razones financieras y de ahorro –al menos no principalmente– sino porque un sistema social y democrático no quiere combatir el delito *a toda costa* y, desde luego, no quiere combatirlo al precio de un sacrificio desproporcionado de los derechos fundamentales y de las libertades públicas del conjunto de sus ciudadanos (79).

De este modo, nuestros estados democráticos optan por *tolerar un mal*, a saber, la subsistencia de delitos (no agotando todos los recursos a su alcance para combatirlo), para evitar un mal mayor: la limitación desproporcionada de derechos fundamentales y libertades públicas que se requeriría para garantizar un mundo sin delitos. Y es que la misión de un Derecho penal democrático no consiste en erradicar el delito a costa de las libertades públicas sino en mantener una adecuada ponderación y un equilibrio prudente entre libertades públicas y seguridad (80).

(79) Esta preocupación se manifiesta en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, donde, tras reconocerse que «mediante el uso de sistemas de grabación de imágenes y sonidos y su posterior tratamiento, se incrementa sustancialmente el nivel de protección de los bienes y libertades de las personas», se añade que «ahora es oportuno proceder a la regulación del uso de los medios de grabación de imágenes y sonidos que vienen siendo utilizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, introduciendo las garantías que son precisas para que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución sea máximo y no pueda verse perturbado con un exceso de celo en la defensa de la seguridad pública».

(80) De «tarea en extremo delicada» califica ETXEBARRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, p. 7, la búsqueda del adecuado equilibrio entre «la eficacia de la justicia penal» y «otras consideraciones ligadas al respeto hacia el individuo».

A ello se añade que para que una intervención del Estado sea útil y legítima no se requiere que sea plenamente eficaz en el sentido de que resuelva *completamente* el problema al que se enfrenta. La labor del Estado en la prevención de los incendios forestales seguiría siendo útil y legítima aun cuando pudiera demostrarse que nunca se logrará reducir a cero el riesgo de incendios. El hecho de que un problema presente síntomas de cronificación puede ser un indicio de que el remedio empleado para solucionarlo no es el adecuado, pero puede serlo también de que el problema tiene un substrato permanente o de solución lenta, o incluso de que el problema es, en alguna medida, irresoluble.

De este modo, la intervención punitiva del Estado puede ser útil y legítima aunque no logre solucionar en breve plazo el fenómeno criminal al que se enfrenta. Así, por ejemplo, el homicidio como fenómeno criminal es un mal *endémico* de la humanidad (81), sin que ello haya llevado a nadie a proponer su despenalización o a negar la conveniencia de sancionarlo penalmente.

3. La especial severidad de la respuesta penal frente a los delitos cometidos por motivos políticos

Bien, pero se nos podría decir: lo dicho hasta aquí sirve quizás para justificar que el delito con motivación política sea sancionado penalmente y no sea objeto de ningún trato privilegiado, pero no explica la especial severidad que presenta nuestro ordenamiento penal frente a este tipo de delincuencia. A la cuestión de si es legítimo este tratamiento especialmente severo se dedican los párrafos que siguen.

La historia demuestra que intentar combatir la delincuencia política creando nuevos tipos penales o aumentando la pena de los ya existentes no siempre resulta eficaz: así se comprobó en Francia, en la lucha contra la criminalidad anarquista (82).

Pero lo cierto es que se ha generalizado en el Derecho comparado la tendencia a responder a la amenaza terrorista mediante la introducción de reglas excepcionalmente severas tanto en el derecho procesal penal como en el Derecho penal sustantivo.

Aun cuando alguna de estas reglas se hallan insertado en los códigos penales y procesales penales «comunes» y no se encuentren ya en

(81) En este sentido cfr. SESSAR, K., «Tötungskriminalität», en *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, Kaiser y otros (eds.), 3.^a ed., Heidelberg, 1997, pp. 549 y s.

(82) Cfr. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3.^a ed., tomo IV, núm. 1430; GARÇON, *Code Pénal annoté*, Livre III, núms. 8 ss.

leyes especiales, no por ello pierden su carácter excepcional. Es esta especial severidad punitiva la que ha permitido calificar la actual tendencia político-criminal en relación a la delincuencia organizada o terrorista como verdadero «Derecho penal del enemigo», pues en ella se excepcionan las reglas comunes y se responde con especial dureza frente a quien aparece como una amenaza social igualmente excepcional (83).

Pero antes de valorar la legitimidad de esta tendencia político-criminal interesa reflexionar sobre sus causas, que según creo, no son muy distintas de aquellas que explican, más en general, la tendencia actual a la expansión del Derecho penal (84).

Basta considerar que el déficit principal que da lugar a la comisión de delitos violentos y, en particular, a los delitos con motivación política, esto es, a que surjan sujetos dispuestos a lesionar bienes jurídicos personales como la vida o la integridad corporal de otras personas como medio para lograr objetivos políticos es un déficit ético, una carencia axiológica. Pues bien, éste es precisamente el tipo de déficits cuya cobertura no corresponde al Estado ni exclusiva ni principalmente.

Las crisis y conflictos sociales con manifestaciones delictivas hunden sus raíces en problemas profundos y responden a procesos largamente larvados. Un ejemplo de esto lo tenemos en el creciente fenómeno de la violencia en la escuela, que en Francia ha llegado a convertirse en un problema de orden público: Parece obvio que los motivos últimos de este fenómeno deben buscarse en un deficiente proceso educativo y socializador así como en una inexistente o ineficaz transmisión de determinados valores (cuyas causas son muchas y complejas: una cierta crisis de la familia y de la idea de autoridad, la excesiva presencia de violencia en los medios de comunicación, una cultura hedonista que educa en la intolerancia a la frustración de los propios deseos, etc.)

Nuestro sistema social y de convivencia sobrevive por las aportaciones y contribuciones de muchas y muy diversas instancias sociali-

(83) Cfr. JAKOBS, G., «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», Escuela de Verano del Poder Judicial, Galicia 1999, en *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid 2000, pp. 121 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, 2.^a ed., Madrid, 2001, pp. 165 ss. Advierte sin embargo VERCHER NOGUERA, A., *op. cit.*, pp. 220 y 346, del peligro de que preceptos excepcionales pensados para luchar contra la delincuencia terrorista «contaminen» con su excepcionalidad el derecho común.

(84) Una descripción detallada de este fenómeno en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, *op. cit.*, *passim*.

zadoras: el Estado en sus muy diversas formas, pero también muchas otras instancias moralizadoras y transmisoras de valores de carácter no estatal, como la familia, la escuela (que sólo si es pública puede ser vista como parte del aparato estatal), los medios de comunicación de masas, las diversas iglesias o confesiones (en España, singularmente, la Iglesia católica), la sociedad civil en su conjunto, etc.

De ahí que si hubiera que atribuir responsabilidades por los déficits éticos que han permitido la aparición del fenómeno de la violencia como instrumento político éstas no corresponderían en solitario al Estado sino que deberían repartirse entre las múltiples instancias competentes en la tarea socializadora y de transmisión de valores.

Es más, desde una perspectiva realista, habría que reconocer que, probablemente, las aportaciones más decisivas al proceso de socialización y, por lo mismo, a la subsistencia y viabilidad de nuestro modelo de convivencia social no proceden del Estado, sino de las mencionadas instancias intermedias no estatales.

Si esto es así, como lo creo, habrá que concluir que de los déficits axiológicos que están en la raíz de la violencia política el Estado no es el único «responsable» y probablemente ni siquiera el principal. De donde se sigue que, aunque los responsables políticos quisieran otorgar primacía a los instrumentos de prevención primaria en la lucha contra la criminalidad terrorista, pronto chocarían con la realidad de que muchas de esas formas de prevención primaria escapan a su ámbito de control.

Así las cosas, el Estado podría plantearse diversas estrategias:

Si descartamos de entrada, por excesivamente intervencionista y probablemente ineficaz, cualquier solución que pase por atribuir al Estado una posición de mayor protagonismo en el proceso de socialización y de transmisión de valores, suplantando a las demás instancias intermedias, ¿cómo puede luchar el Poder público contra la delincuencia con motivación política?

Comprobado que la delincuencia de móvil político es el fruto de un fracaso socializador y de transmisión de valores y que en ese proceso el Estado sólo tiene una función limitada y secundaria, el Poder estatal podría optar por confiar en que los dinamismos sociales acaben por cubrir por sí mismos los déficits indicados, limitándose el Estado a contribuir desde el lugar que ocupa en el proceso formativo y socializador, tanto de forma directa (a través de la escuela pública, de sus competencias de control y ordenación del sistema educativo, de los medios de comunicación de titularidad pública, etc.) como mediante el fomento y el complemento de la acción de las demás instancias sociales que intervienen en el proceso (así, mediante las políti-

cas de fomento, colaboración e inspección). Mientras tanto, el Estado podría perseguir y prevenir las concretas manifestaciones delictivas del fenómeno terrorista con los instrumentos penales ordinarios a su alcance.

Quizás aplicando esta estrategia podría lograrse poco a poco reducir y a la larga cubrir los déficits éticos que han llevado al nacimiento de la delincuencia con finalidad política. Pero parece evidente que esta vía requiere el mantenimiento de estrategias durante largo tiempo, (algo no siempre fácil de lograr en sistemas que propician la alternancia en el poder) y la intervención coordinada de distintas Administraciones (a cuyo frente pueden encontrarse partidos políticos de signo diverso). En todo caso, se trata de una estrategia que precisa de mucho tiempo, razón por la cual difícilmente puede ser adoptada hoy en día como vía principal de solución por los responsables políticos sin pagar un altísimo coste político, tal como en lo que sigue intentaré razonar.

Nuestra sociedad actual tiende a esperar del Poder público estatal no sólo que gestione los grandes problemas que la aquejan, sino que ofrezca prontas soluciones a los mismos. Una de las características de las democracias actuales y, en particular, de nuestras modernas democracias *mediáticas* es que el Poder público es visto como el responsable último de todos los grandes problemas colectivos: el Estado es el eternamente interpelado y señalado cuando algo funciona mal. Ello lleva a una paradoja notable en la cuestión de la delincuencia por motivos políticos que aquí nos ocupa: a pesar de que el Estado no es el único y quizás ni siquiera el principal culpable de los déficits morales y de socialización que han llevado al surgimiento de esta forma de criminalidad violenta, y aunque se trate, por tanto, de un fenómeno en cuya génesis el Estado sólo tiene una responsabilidad limitada y compartida, del Estado se espera que surja una pronta solución al conflicto.

Hoy en día, cuando surge un problema colectivo, –y con independencia de quien sea su causante– es el Poder político el destinatario último de las demandas sociales de solución, y el que finalmente acaba pagando el correspondiente coste político si no logra ofrecer oportunamente una solución. De este modo el Poder público ya no responde sólo por aquello de lo que es competente o que le es imputable, sino que en el imaginario colectivo se ha ido instalando la idea de una especie de «responsabilidad objetiva» del Estado en relación a todos los macroproblemas sociales y, muy en particular, en relación a aquellos que afectan al orden público o la seguridad.

Así las cosas, de nada le serviría al Poder público estatal invocar en su descargo la parte de responsabilidad que corresponde a las

demás instancias sociales que comparten competencias y responsabilidad en la formación de los jóvenes y la transmisión de valores. De nada le serviría porque estas instancias sociales intermedias no están sometidas a la rendición pública y periódica de cuentas ante las urnas. No son sujetos de responsabilidad política.

En efecto, contra el Poder ejecutivo se dirige la actividad de control parlamentario, contra él las críticas de los medios de comunicación, a él se le imputan a la postre los éxitos y los fracasos en la solución de los grandes problemas macrosociales, y en particular, el del terrorismo y la violencia política. Las demás instancias sociales, aunque hayan contribuido a la génesis del conflicto y aunque puedan desempeñar un importante papel en su solución, no tienen que responder ante nadie, ni nadie las fiscaliza ni interpela sobre su contribución a la solución de dicho conflicto. No existen vías para la exigencia de responsabilidades políticas a los medios de comunicación, a las escuelas, a las familias o a las iglesias por su contribución activa u omisiva al nacimiento y la solución de los grandes problemas sociales. El mayor o menor esfuerzo que estos actores pongan en la búsqueda de una solución será fruto de su propia iniciativa más que de un control y exigencia formal desde el exterior.

Si esto es así, como lo creo, se entiende algo más la indudable tendencia expansiva del Derecho penal en su respuesta a la delincuencia de origen político. En efecto, un Estado al que se le escapan los principales resortes de moralización del individuo, las causas más hondas del surgimiento de esta delincuencia, pero al que sin embargo se le exige una respuesta eficaz frente al terrorismo, tiende a sobreemplear los medios a su alcance y los resortes que le son propios, a hacer de ellos un uso excepcional (85).

(85) Advierte esto GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, p. 87, cuando escribe que el legislador «para tranquilizar a la opinión pública frente a fenómenos que le causan alarma, como el del terrorismo o el del tráfico de drogas, reacciona aparentando, por una parte, que protege bienes jurídicos *que excede de sus posibilidades tutelar*, y prescindiendo, por otra, de principios punitivos básicos del Estado de Derecho como lo son la proporcionalidad de las penas, la responsabilidad estrictamente personal o las garantías procesales elementales [...]» (la cursiva no figura en el original). Cita este mismo autor las certeras reflexiones que, en igual sentido, ha realizado HASSEMER, W., *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2.ª ed., Heidelberg 1996, pp. 14 y s.: «la mezcla explosiva de una gran necesidad social de que el Estado actúe, de una extendida creencia en la eficacia de los instrumentos jurídicopenales y de la considerable impotencia de éstos para alcanzar tales objetivos, ha hecho surgir el peligro de que el Derecho penal se construya sobre el engaño de que puede resolver realmente esos problemas».

Si la población, que constituye el cuerpo electoral ante el que responden y con el que dialogan los distintos partidos políticos, siente alarma ante un problema de seguridad y reclama más protección, es inevitable que en los distintos programas electorales, que no pueden dejar de mostrarse sensibles a estas demandas, ello se plasme en forma de incremento de los instrumentos procesales y sustantivos de represión (86) –un cierto populismo en las propuestas electorales es algo inherente al actual sistema– (87).

Esto explica buena parte de la tendencia actual a la expansión del Derecho penal y, por tanto, quizás también la tendencia *punitivista* en la reacción frente a la delincuencia con motivación política. En efecto, para compensar los déficits, el fracaso y la ineficacia de las instancias no estatales transmisoras de valores y aseguradoras de la convivencia (las llamadas instancias informales de control) el Estado, llamado a pesar de todo a dar una respuesta al problema, tiende a exorbitar la propia respuesta, a exacerbar el empleo de los instrumentos a su alcance (88).

4. La legitimidad de la especial severidad de la respuesta punitiva frente a la delincuencia con motivación política

Hemos visto en los párrafos anteriores cómo la exacerbación punitiva frente a la delincuencia política y singularmente frente al terrorismo responde en buena medida a la necesidad de «hacer algo» frente a un fenómeno criminal que causa gran alarma social y que presenta una especial virulencia (89). A menudo se habla de que el Derecho

(86) Subraya esta conexión entre el proceso de expansión del Derecho penal en la respuesta a la delincuencia política y el populismo electoralista el Prólogo a la edición alemana de *La Insostenible situación del Derecho Penal*, Granada 2000, p. XVII. De este modo, tal y como anota ALBRECHT, P.-A., *op. cit.*, p. 479, las propuestas de criminalización se van así multiplicando y extendiendo a todo el arco político.

(87) Advierte esto DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, p. 3, cuando escribe que «la opinión pública, activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al Derecho, y al Derecho penal en particular, reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en esos debates públicos sobre problemas sociales relevantes».

(88) Así lo destaca VERCHER NOGUERA, A., *op. cit.*, p. 115.

(89) Éste parece ser el punto de vista del Consejo de Estado expresado en su dictamen de 4 de octubre de 2000 al Anteproyecto que más tarde se convertiría en la Ley Orgánica 7/2000. En él se señala que el «Estado de Derecho, que asume constitucionalmente la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos así como garantizar el ejercicio de la soberanía popular por las instituciones, debe saber

penal cumple una función preventiva y de pacificación social. Esta función de pacificación se proyecta en dos sentidos:

Por un lado, en relación con el potencial delincuente y, en este sentido, la exasperación de la respuesta punitiva debería producir un cierto incremento del efecto disuasorio de la pena. Por otro, el Derecho penal cumple una función de pacificación en relación al conjunto de la sociedad, a esa mayoría de la población que forman los no delincuentes. Esta población no delincuente es la que forma el círculo de posibles víctimas de la delincuencia violenta. Pues bien, para que esta mayoría social siga absteniéndose de formas de autotutela *represiva* (ya que la autotutela *preventiva* o autoprotección de carácter privado ha existido siempre y hoy en día se encuentra en plena expansión, también frente a la delincuencia terrorista) y acepte sin protesta que el Estado siga ejerciendo el monopolio legítimo de la fuerza y del aseguramiento de la seguridad pública, a pesar de las amenazas o de los ataques de que es objeto, el incremento de las penas en estos delitos cumple una evidente función comunicativa: con él el Estado envía a la población el mensaje de que no es ajeno ni permanece pasivo ante esta amenaza criminal, y de que hay motivos para seguir confiando en un Estado que no duda en responder con especial contundencia frente a las amenazas especialmente intensas a la paz pública.

Claro está que algunos podrían objetar que utilizar el Derecho penal con estos fines no es más que una manifestación de lo que podríamos llamar la *falacia punitivista*. Ésta consistiría en el mito o idea errónea según la cual incrementando las penas necesariamente ha de descender la tendencia a cometer un determinado delito.

Pero también esta crítica tiene su réplica. En primer lugar, hay que indicar que la prueba empírica que permitiera descalificar por ineficaz un concreto incremento de pena se presenta como prácticamente imposible (90).

Pero sobre todo, en favor de la legitimidad de una especial intensidad de la respuesta penal frente a la delincuencia con motivación política debe argumentarse partiendo de la ecuación entre libertad y seguridad a la que arriba me refería. En efecto, la correlación entre estos

ofrecer instrumentos punitivos, eficaces además de legítimos, contra aquellos que los amenazan» para acabar concluyendo que «las reformas proyectadas suponen una adecuada identificación de los problemas planteados por la realidad cotidiana del terrorismo, así como una reacción congruente a ellos y respetuosa del marco constitucional».

(90) En efecto, aun cuando pudieran hacerse mediciones sobre la evolución del fenómeno criminal tras la modificación de la pena, siempre faltaría un contraste imprescindible para poder concluir y de imposible obtención empírica, a saber: ¿qué habría sucedido de no haberse producido la modificación punitiva?

dos principios no es estática sino dinámica. Cuanto mayor es la amenaza contra la seguridad tanto mayor es el sacrificio de libertad admisible en la lucha contra aquella. De ahí que en aquellos países en los que la violencia política constituye un gravísimo problema de seguridad pueda ser razonable una respuesta excepcionalmente intensa (91). Hay que subrayar, frente a los que critican toda exacerbación punitiva como si detrás de ella se escondiera un afán reaccionario, autoritario y represor, que ante la amenaza especialmente intensa que supone la delincuencia con fines políticos, el legislador podría reaccionar sacrificando mayores cotas de libertades públicas del conjunto de la ciudadanía para así garantizar una mayor eficacia en la represión de los delitos. En vez de esto opta por la solución más liberal y que respeta más los derechos y libertades del conjunto de la población: centrar la intensificación de la respuesta en el grupo de sujetos de quien procede la amenaza en vez de proyectarla sobre el conjunto de la población.

5. La finalidad política de subversión del orden constitucional como elemento típico de los delitos de terrorismo

Hasta aquí me he planteado, en primer lugar, si tenía sentido intervenir penalmente frente a la delincuencia con fines políticos y, en segundo lugar, si es legítimo que esta intervención presente una especial intensidad y severidad. En lo que sigue conviene preguntarse si es adecuado y razonable incluir la finalidad política de subversión del orden constitucional entre los elementos típicos de los delitos de terrorismo, tal y como hace nuestro Código Penal vigente.

Nuestro ordenamiento no es el único en responder con una especial severidad punitiva frente al fenómeno terrorista, pero tras la reforma operada en esta materia por el Código Penal de 1995 nuestro ordenamiento presenta la singularidad de que mientras en otros ordenamientos las conductas de terrorismo aparecen caracterizadas por los aspectos de organización, por el uso de determinados medios comisivos, o por el recurso al terror como medio para lograr sus fines (92), en nuestro derecho, junto a éstos elementos, se incluye la

(91) Esto explica que ante la amenaza que suponía la delincuencia política en Irlanda del Norte durante todo el siglo XX el legislador británico previera reglas procesal-penales excepcionales y con menores garantías que las previstas en el régimen común aplicable en el resto del Reino Unido (cfr. al respecto: VERCHER NOGUERA, A., *op. cit.*, capítulos II a V; ETXEBARRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, p. 116).

(92) Así, en la definición de organización terrorista del § 129 a) del Código Penal alemán, o del artículo 421-1 del Código Penal francés. En el Reino Unido el

persecución de una determinada finalidad política como elemento caracterizador principal los distintos delitos de terrorismo (93).

El artículo 571 CP se refiere, en efecto, a las «bandas armadas, organizaciones o grupos *cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*». A este precepto se remiten el resto de preceptos del capítulo dedicado a los delitos de terrorismo, con lo que puede decirse que en él se contiene una suerte de caracterización legal del concepto de banda armada o de organización terrorista.

Puede decirse, por consiguiente, que para el Código vigente el elemento de organización y el elemento finalístico de alteración del orden constitucional o de la paz pública constituyen los dos elementos definidores básicos de las conductas de terrorismo. Y de entre estos dos elementos, para el legislador de 1995, el más esencial y característico parece ser el elemento finalístico. Ello al menos es lo que parece extraerse del artículo 577 CP, precepto que eleva a la categoría de actos de terrorismo determinados delitos comunes cometidos fuera de cualquier banda armada, organización o grupo terrorista, siempre y cuando hayan sido realizados con el fin de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Esta inclusión de una determinada finalidad política en la descripción típica de las conductas de terrorismo es una novedad en nuestro Derecho penal. El Código Penal anterior, en los preceptos dedicados a los delitos de terrorismo, no incluía referencia alguna a la persecución de finalidades políticas. Es más, deliberadamente renunciaba a dar una definición legal de terrorismo, limitándose, en los artículos 174 bis *a*) y 174 bis *b*) a mencionar los conceptos de «banda armada» y de «elementos terroristas», sin definirlos (94).

llamado «informe Diplock» cuyas propuestas se recogieron en la Northern Ireland Emergency Provisions Act de 1973, ley que introdujo todo un conjunto de medidas y reglas procesal-penales de excepción para luchar contra el terrorismo en Irlanda del Norte, se mostró partidario de «incluir dentro de la categoría de terroristas tanto los actos políticamente motivados como los que no lo son» (cita tomada de VERCHER NOGUERA, A., *op. cit.*, p. 242).

(93) Aplauda esta opción legislativa MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 863.

(94) El Tribunal Constitucional en su sentencia 89/1993 de 12 de marzo de 1993, entendió que la introducción de los conceptos «elementos terroristas» y «organización terrorista» en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, aunque no fuera acompañada de una definición legal, no infringía el mandato de determinación inherente al principio de legalidad penal, pues el mismo ordenamiento, la jurisprudencia constitucional y ordinaria, así como los convenios internacionales ratificados por España ofrecían base suficiente para precisar su contorno. De ahí que surja la pregunta: si para respetar el principio de legalidad bastaba,

Tampoco en el Derecho comparado parece muy extendida la referencia a una finalidad política subversiva como elemento caracterizador de este tipo de delitos. Así, por ejemplo, el parágrafo 129 a) del Código Penal alemán, al definir los delitos de terrorismo, prescinde de cualquier alusión a finalidades políticas y se fija en el elemento de organización y en la modalidad de los delitos cometidos o planeados. El Código Penal francés, por su parte, al describir en su artículo 421.1 las conductas de terrorismo, prescinde de toda alusión a finalidades subversivas o a cualquier otra finalidad política (si bien incluye, como el nuestro, la finalidad de alteración del orden público) (95).

A ello se añade que el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977, ratificado por España (BOE de 8 de octubre de 1980) al proponer una serie de criterios para la determinación del concepto de terrorismo, no incluye entre éstos el elemento de persecución de finalidades políticas. Antes bien, en su artículo primero señala que «a los efectos de la extradición entre Estados contratantes, ninguno de los delitos mencionados a continuación se considerarán como delito político, como delito conexo con un delito político o como *delito inspirado por móviles políticos*» y enumera seguidamente algunos delitos a que suelen dar lugar los actos de terrorismo (así, por ejemplo, «los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas», etc.) y, en el número 2.º, establece que los Estados contratantes podrán negar igualmente la consideración de «delito político [...] o *delito inspirado por móviles políticos*», a otros delitos no incluidos en el núm. 1.º, como los ataques violentos contra la vida, la integridad corporal, la libertad, etc.

Lo mismo hace el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea (BOE de 24 de febrero de 1998) cuando, en su artículo 5.2, menciona los delitos de terrorismo (96) entre el grupo de delitos que no podrán en ningún

en opinión del TC, con la simple alusión a la noción de organización terrorista, entonces ¿por qué tuvo que añadir el legislador de 1995 en la descripción de las conductas de terrorismo la referencia a la finalidad de subversión del orden constitucional o de la paz pública?

(95) El artículo 421.1 del Código Penal francés establece lo siguiente: «Constituyen actos de terrorismo, cuando se cometan en relación intencional con una empresa individual o colectiva que persiga la alteración grave del orden público mediante la intimidación o el terror, las infracciones siguientes: [...]» y enumera a continuación una larga lista de delitos contra la vida, la integridad corporal, la libertad, el patrimonio y la seguridad pública.

(96) Por remisión a los referidos artículos 1 y 2 del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo.

caso ser considerados por los Estados miembros como «delitos políticos, delitos relacionados con un delito político o *delitos inspirados por móviles políticos*»; así como el artículo 11 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997.

A primera vista parece contradictorio que el mismo legislador que ratifica instrumentos internacionales donde se excluyen expresamente las conductas de terrorismo de los conceptos de delito político y de delito cometido por móviles políticos, incluya la finalidad política subversiva como elemento subjetivo de los delitos de terrorismo.

Hasta aquí las objeciones a la inclusión de la finalidad de subversión del orden constitucional como elemento típico finalístico de los delitos de terrorismo. Veamos ahora los argumentos que permiten superarlas:

En primer lugar, hay que empezar señalando que la caracterización del terrorismo que se realiza el artículo 571 CP se corresponde a la que dio el Tribunal Constitucional en su sentencia 199/1987 de 16 de diciembre. En dicha resolución ya se menciona, junto al elemento de organización estable, la capacidad de alterar la paz pública, unida al propósito de alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho como elementos definidores de la delincuencia terrorista (97).

En cuanto a la distinción entre delitos de terrorismo y delitos cometidos con finalidad política que aparece en los instrumentos internacionales antes mencionados hay que aclarar que se trata de una distinción introducida únicamente para excluir los delitos de terrorismo de la aplicación de la regla de no extradición de los delincuentes políticos prevista en el artículo 3.º del Convenio Europeo de Extradición así como en el ordenamiento interno de muchos países. Dichos convenios, al introducir esta distinción, no pretenden negar la evidencia de que la mayoría de actos terroristas se cometen con fines políticos, sino evitar que la presencia de esos fines políticos impida la extradición judicial de los terroristas (98). La presencia de dicha dis-

(97) Advierte con acierto la STC 199/1987 que la persecución de un determinado objetivo político no es una nota esencial e imprescindible de la actividad terrorista, razón por la cual nuestro legislador, junto a la finalidad de subversión del orden constitucional ha añadido una finalidad menos política como es la alteración de la paz pública para abarcar estos casos de terrorismo no político.

(98) Así se advierte con especial claridad en el artículo 11 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, el cual señala expresamente que «a los fines de la extradición o de la asistencia judicial recíproca» no se considerará delito político, delito conexo a un delito político ni delito

tinción en los referidos convenios internacionales no constituye, por tanto, ningún argumento decisivo en contra de la inclusión de un elemento de motivación política en la definición de las conductas típicas de terrorismo.

Es cierto que otros países han optado por no incluir dicho elemento finalístico en la descripción de las conductas típicas de terrorismo, pero también lo es que si atendemos a la realidad criminológica de nuestro país la inclusión de ese elemento parece justificada, pues si algún rasgo ha caracterizado el terrorismo en España es su marcada orientación política.

Cuando el ordenamiento incluye en la descripción de los delitos de terrorismo la finalidad de subversión del orden constitucional no está pretendiendo con ello castigar más a determinados sujetos por abrigar en su interior determinados fines o ideas. Tal como ha quedado demostrado más arriba, no es ajeno a la lógica de nuestro ordenamiento el castigar más en atención a la presencia de una determinada finalidad. Así sucede, según veíamos, en la agravante de precio y en la agravante de motivos discriminatorios. Ahora bien, para que esta agravación por los motivos o la finalidad esté justificada esta finalidad o aquellos motivos deben mostrar una especial capacidad para mover a la comisión de delitos.

Pues bien, si algo demuestra la historia reciente de nuestro país y de su fenómeno terrorista es la especial fuerza motivadora que tiene la finalidad de subversión del orden constitucional. Es legítimo, por tanto, que en la descripción típica de los delitos de terrorismo —que, no lo olvidemos, se construyen como formas de agravación de determinados delitos comunes— se incluya explícitamente ese elemento finalístico político, pues constituye uno de los fundamentos básicos de dicha agravación.

inspirado en motivos políticos cualquier atentado con bombas. Y expresamente añade, de modo semejante a como lo hace el artículo 13.3 de nuestra Constitución, que «no podrá rechazarse una solicitud de extradición o de asistencia judicial recíproca formulada en relación con un delito de este carácter por la única razón de que se refiere a un delito político [...]».

