

preceptos así controvertidos de la reglamentación autonómica son, según quedó dicho, los recogidos en los arts. 4. 3.º (periodo mínimo durante el cual los barcos dedicados a la pesca con arte claro y mosca habrán de estar despachados), 5 (fondos en los que podrá practicarse esta modalidad pesquera), 7 (tipo de mallas a emplear) y 3.1.º (periodos de veda para este arte). El contenido de estas disposiciones difiere, efectivamente, del presente en los preceptos correlativos (arts. 14, 8, 7 y 4) de la Orden ministerial de 30 de julio de 1983, aunque esta diferencia, por todo lo expuesto con anterioridad, y sea cual sea su identidad en cada caso, no podría deparar la invalidez por incompetencia de los preceptos en conflicto sino en el supuesto de que las disposiciones de que ellos se apartan tengan el carácter de legislación básica ordenadora del sector pesquero (arts. 149.1.19 de la Constitución y 10.1 del EAC).

Para resolver esta última cuestión son ahora pertinentes dos consideraciones. La primera, relativa al sentido constitucional y estatutario de la reserva en favor de la Comunidad Autónoma de facultades de «desarrollo legislativo» en el sector, es la de que dicha reserva no persigue otra cosa sino permitir a la Generalidad de Cataluña disponer de un régimen jurídico propio que, respetuoso con la ordenación pesquera básica en toda la Nación, atienda a las peculiaridades específicas de los caladeros del litoral de su ámbito territorial, de tal modo que desconocerá, de principio, dicha competencia la pretensión adversa que sostenga, en este campo de la reglamentación singular de las artes de pesca, la exigencia de una plena uniformidad de régimen jurídico en todo el caladero nacional y por lo tanto, también en el ámbito territorial de Cataluña. Como segunda consideración ha de tenerse en cuenta que la Orden ministerial de 30 de julio de 1983 aplica, para el arte «claro» que es objeto de su regulación, las directrices y pautas establecidas en el Real Decreto 681/1980, de 28 de marzo, sobre ordenación de la actividad de pesca marítima nacional, texto que, también sin referencia a su ámbito de aplicabilidad, establece (arts. 2 a 7) la regulación de la actividad extractiva pesquera marítima nacional en cualquiera de sus modalidades (art. 1). Si la Orden ministerial de 30 de julio de 1983 viene a dar cumplimiento, para el arte que regula, a estas disposiciones del Real Decreto 681/1980—disposiciones que, por lo demás, no se han señalado como conculcadas por la norma de la Generalidad en este conflicto— no puede ahora pretenderse que reconozcamos el carácter de legislación básica ordenadora del sector pesquero a unas normas, como las de dicha Orden, en las que se detallan, para determinada modalidad pesquera, unas exigencias técnicas y un régimen de explotación claramente incardinados en el concepto «desarrollo legislativo» que sirve para delimitar la reserva competencial en favor de la Generalidad de Cataluña. Respecto de Cataluña, al Estado le corresponde, sin duda, como competencia exclusiva, la legislación básica ordenadora del sector pesquero la posibilidad también de dictar, en su caso, los preceptos que regulen los términos en que el desarrollo de aquellas normas básicas haya de realizarse por la Comunidad Autónoma (art. 10.1 del EAC), pero estas competencias no pueden entenderse tan ilimitadamente que lleven al desconocimiento de las que sobre la materia ostenta también la Comunidad Autónoma, lo que ciertamente ocurriría si se acogiera ahora lo alegado por la representación del Estado, a juicio de la cual la sola diferencia entre la reglamentación de la pesca con arte claro y mosca dictada por la Generalidad y la establecida por el Estado permite concluir en la invalidez de la primera. Este planteamiento, en la medida en que parece acantonar la potestad normadora de la Generalidad a una mera reiteración de las disposiciones estatales en la materia, entraña, en definitiva, un desconocimiento de la

competencia autonómica para disponer, en atención a las peculiaridades de los caladeros del ámbito territorial catalán, una normativa propia y específica.

5. La conclusión así obtenida se refuerza, por lo demás, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el Real Decreto 665/1984, de 8 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de ordenación del sector pesquero a la Generalidad de Cataluña. Los decretos de transferencia de servicios, de acuerdo con reiterada doctrina constitucional, no son, ciertamente, disposiciones atributivas ni ordenadoras, de modo directo, de competencias, tarea ésta que corresponde a la Constitución, a los Estatutos y, en su caso, a las normas estatales reclamadas por una y otros, como ocurre en lo relativo a la ordenación pesquera que ahora consideramos. Con todo, y como se observó en el fundamento jurídico 5.º de la Sentencia 48/1985, de 28 de marzo, no ha de olvidarse el valor interpretativo de dichos Decretos, en los que suele contenerse, con mayor o menor detalle, una especificación de las funciones que recibe la Comunidad Autónoma y de las que el Estado retiene. Para el supuesto actual, la interpretación que del orden de competencias en la materia fijó la correspondiente Comisión Mixta y que quedó plasmada en el Real Decreto 665/1984 conduce a un resultado no diferente del obtenido en los fundamentos jurídicos que preceden a partir del examen de las disposiciones constitucionales y estatutarias aplicables. Así, en el apartado B) del anexo a dicho Real Decreto —y tras de advertirse que las funciones a ejercer por la Comunidad Autónoma habrán de conformarse a la legislación básica del Estado y a los términos que, en su caso, la misma establezca— se dispone, por lo que afecta al objeto de la controversia competencial suscitada en este proceso, que corresponde a la Generalidad (punto «d») el «establecimiento de zonas de vedas», la «dijación de fondos» y la «reglamentación de artes, aparejos e instrumentos de pesca, respetando en todo caso los Acuerdos y Convenios Internacionales en los que el Estado sea parte». Los preceptos cuestionados de la Orden de la Consejería de la Generalidad, de 29 de diciembre de 1983, tienen un claro encaje en estas rúbricas, como han sostenido en sus alegaciones la representación de la Comunidad Autónoma, de modo tal que también a la luz de lo dispuesto, en obediencia a la Constitución y al Estatuto de Autonomía, por esta norma de transferencias las disposiciones en conflicto se muestran conformes al orden de competencias establecido en dichos preceptos constitucionales y estatutarios.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Declarar que la titularidad de la competencia controvertida corresponde a la Generalidad de Cataluña.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 11 de diciembre de 1986.—Francisco Tomás y Valiente.—Gloria Begué Cantón.—Angel Latorre Segura.—Francisco Rubio Llorente.—Luis Díez-Picazo y Ponce de León.—Antonio Truyol Serra.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.—Firmados y rubricados.

33941. Sala Segunda. Recurso de amparo número 57/1984. Sentencia número 159/1986, de 12 de diciembre, y voto particular de 16 de diciembre.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Gloria Begué Cantón, Presidenta; don Angel Latorre Segura, don Fernando García-Mon y González Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa y don Luis López Guerra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 57/1984, promovido por el Procurador de los Tribunales don José Manuel Dorremocha Aramburo, en nombre y representación de don José Félix Azurmendi Badiola, bajo la dirección de los Letrados don Ignacio Esnaola Etcheverry y don Ignacio Iruin Sanz, contra la Sentencia

de 13 de diciembre de 1982 de la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional, así como contra la dictada el 31 de diciembre de 1983 por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra la anterior. Ha comparecido el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente la Magistrada doña Gloria Begué Cantón, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 13 de diciembre de 1982 la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó Sentencia por la que condenó al hoy demandante de amparo, don José Félix Azurmendi Badiola, Director del diario «Egin», por la publicación de dos comunicados de la organización ETA-militar, a dos penas de un año de prisión menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de las condenas y al pago de las costas del proceso, como autor de dos delitos de apología del terrorismo, previstos y penados en el art. 1.º del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero.

Dicha Sentencia condenatoria se basa en las siguientes consideraciones: a) La apología del terrorismo sólo es delictiva si concurre el requisito de publicidad; b) en el caso de autos esta publicidad ha tenido lugar por el medio difusorio de la imprenta y, al resultar probado que los autores de los comunicados no son conocidos, la responsabilidad penal por autoría, de conformidad con el art. 15 del Código Penal, corresponde al procesado por su mera condición de Director del periódico «y ello con abstracción de que asuma o no comparta la actividad delictiva de ETA-militar»; c) a la misma conclusión se llegaría si se partiese de la Ley Orgánica 2/1981, que da nueva redacción al art. 216 bis del Código Penal, pues, a tenor del art. 14 del mismo, esta Sala reputaría al procesado autor por cooperación necesaria.

La Sala estima que tal conclusión es compatible con el derecho constitucional a la información, aduciendo al respecto la siguiente argumentación: a) Las libertades y derechos fundamentales consagrados en los arts. 20 y concordantes de la Constitución no son absolutos ni ilimitados y corresponde al Poder Judicial realizar el control necesario para hacer compatible la libertad informativa con la salvaguarda de los derechos fundamentales que corresponden a los demás ciudadanos frente a posibles vulneraciones o extralimitaciones de los informadores en el ejercicio abusivo de sus derechos; b) la libertad de información debe «quedar supeditada a unos principios mínimos exigibles y, desde luego, uno de ellos proclamado en los Códigos Penales de todos los países es el de no violar la Ley penal, o sea, no cometer ningún delito, y por lo tanto, en virtud del tal incontrovertible postulado, los informadores en el ejercicio de su función no pueden cometer infracciones tipificadas en el Código Penal y, si lo hacen, incurren en responsabilidad criminal como cualquier otro ciudadano»; c) como corolario de todo lo anterior, la postura deontológica de un periodista frente a un comunicado de un grupo terrorista o golpista, que pretende tener acceso y ampararse en el medio de difusión que dirige y controla, no debe ser otra que la de publicar todo aquello que estime noticiable y de interés informativo dentro del contenido de tales «comunicados», debiendo abstenerse, por el contrario, de difundir cuanto suponga alabanza y panegírico, pues esto último es materia delictiva y, por consiguiente, su divulgación rebasa y desborda los límites de aquellos derechos constitucionales que amparan el libre ejercicio de su profesión.

2. Frente a la mencionada Sentencia de la Audiencia Nacional, interpuso el señor Azurmendi Badiola recurso de casación por infracción de Ley ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Habiéndose suscitado por el Letrado recurrente en el acto de la vista la inconstitucionalidad del referido art. 1.º del Real Decreto-ley 3/1979, y cumplido el trámite de audiencia a que se refiere el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT), la Sala, mediante Auto de 26 de diciembre de 1983, declaró no haber lugar a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. La misma Sala, en Sentencia dictada el 31 de diciembre del mismo año, declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto, sosteniendo, en cuanto a la cuestión de fondo —la presunta vulneración del art. 20 de la Constitución—, una línea argumental análoga a la de la Sentencia recurrida.

En la mencionada Sentencia de 31 de diciembre de 1983 aduce que «la libertad de expresión no es absoluta, sino limitada, pues bajo el pretexto de una libertad podrían desconocerse las demás»; por ello el art. 10.1 postula con carácter interpretativo, entre otros principios, el respeto a la Ley. La falta de respeto a la Ley penal puede constituir infracciones delictivas y como se deduce del mismo art. 20, apartados a) y b), «a través del derecho de información se pueden cometer delitos...», aunque la noticia que produzca la infracción sea verídica y sin que valga la exculpación de que la noticia no hace otra cosa que transcribir lo que otros han dicho o hecho». «La apología del terrorismo —añade— es un delito para el que se exige como requisito necesario la publicidad, por lo que la prensa es el medio más adecuado para su comisión. Una vez afirmado que los dos comunicados de ETA tienen el carácter de apología del terrorismo, con su inserción en el periódico «Egin» se consuma el delito, del que efectivamente, siguiendo la normativa sobre autoría, sería autor o autores quienes los redactaron, pero por aplicación de los arts. 13 y 15 del Código Penal, al ser desconocidos aquéllos, la responsabilidad recae en el Director de tal publicación y, por tanto, en el procesado».

3. La presente demanda de amparo se dirige frente a las referidas Sentencias de la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y se fundamenta en la presunta violación de los derechos reconocidos en los arts. 25.1 y 20.1, apartado d), de la Constitución. El primero de estos derechos se habría vulnerado, según se alega en el escrito de demanda, por los siguientes motivos: a) En cuanto las Sentencias impugnadas aplican las previsiones penales contenidas en un Real Decreto-ley, lo cual supone una vulneración de la reserva absoluta de Ley Orgánica que deriva del mencionado precepto constitucional, en relación a los arts. 81.1 y 17.1, asimismo de la

norma fundamental; b) en cuanto tales Sentencias interpretan el concepto de apología del terrorismo del art. 1.º de dicho Real Decreto-ley de tal modo que abarca el hecho de reproducir comunicados de bandas terroristas, siendo así que la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva ha de considerarse implícita en el principio de legalidad penal; c) en cuanto la norma aplicada incumple la exigencia derivada del principio de tipicidad al no delimitar de forma precisa la conducta punible, como lo pone de manifiesto el hecho de que prácticas similares realizadas por otros medios de prensa no hayan sido anteriormente consideradas como delictivas.

Por otra parte, según se alega en el mismo escrito de demanda, el derecho a comunicar información veraz, reconocido por el segundo de los preceptos constitucionales invocados, habría resultado lesionado al condenar las Sentencias en cuestión la mera reproducción de dos comunicados de la organización ETA-militar, cuando es evidente que su contenido no es fruto de opiniones expresadas por el solicitante de amparo ni por cualquier otro periodista del diario «Egin», y que por parte de éstos no existió alabanza o panegírico de la conducta de dicha organización, autora en exclusiva de los textos considerados delictivos, sino tan solo registro de noticias cuya veracidad quedó acreditada en el proceso penal.

En consecuencia, la representación del recurrente solicita de este Tribunal que declare la nulidad de las mencionadas Sentencias de la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, determinando los demás efectos que puedan ser procedentes.

4. Por providencia de 15 de febrero de 1984, la Sección Primera de la Sala Primera de este Tribunal acuerda con carácter previo a resolver sobre la admisión o inadmisión de recurso, conceder un plazo de diez días al solicitante del amparo, a fin de que aporte las correspondientes copias de las Sentencias recurridas, trámite al que aquél da cumplimiento en escrito de 21 del mismo mes.

5. Mediante escrito que tiene entrada en este Tribunal el día 23 de marzo de 1984, el recurrente aporta solicitando su incorporación a los autos, copia de la Sentencia dictada el 5 del mismo mes por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional y en la que fue absuelto de otro delito de apología del terrorismo, por entender que existe conexión, tanto objetiva como subjetiva, con el presente recurso de amparo y en atención a su interés jurídico en cuanto a la interpretación del contenido y límites del derecho reconocido en el art. 20.1, d) de la Constitución.

6. Por providencia de 25 de abril siguiente, la Sección acuerda admitir a trámite la demanda y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 de la LOT, requerir al Tribunal Supremo, a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y al Juzgado Central de Instrucción núm. 1, a fin de que remitan testimonio de las actuaciones relativas al recurso núm. 786/1983, al rollo de Sala núm. 55/1982 y al sumario núm. 55/1982, y emplacen a quienes fueron parte en los mencionados procedimientos, con excepción del recurrente que aparece ya personado.

7. Por providencia de 18 de mayo de 1984 la Sección acuerda, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 de la LOT, dar vista de las actuaciones por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y al solicitante del amparo, para que dentro de dicho término puedan presentar las alegaciones que a su derecho convengan.

8. En su escrito de alegaciones, la representación del recurrente reitera los fundamentos de derecho invocados en el escrito de demanda.

En relación con la aducida vulneración del art. 25 de la norma fundamental, insiste, en primer término, en que la tipificación del delito de apología del terrorismo requería Ley Orgánica y así lo ha entendido el legislador al redactar la nueva normativa sobre «medidas contra las actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas» en desarrollo del art. 55.2 de la Constitución. Asimismo señala que la vulneración del principio de legalidad reconocido en el mencionado artículo se habría producido al condenar a su representado por un delito doloso, como es el definido en el art. 1 del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, cuando no resulta suficientemente demostrado que actuara con dolo ni culpa habiéndose limitado a autorizar la inserción de dos comunicados de ETA-militar en ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, sin que tales comunicados fueran utilizados como instrumentos o medios intencionados de dar publicidad a ideas o conceptos laudatorios y enaltecedores de las acciones armadas de la mencionada organización o de sus integrantes, rebasando con ello los límites legales tolerables en el ejercicio de los mencionados derechos fundamentales. Cualquiera que sea la reprobación que pueda merecer su contenido —añade—, su publicación no supone que su representado tuviera el dolo ni la culpa suficientes exigidos por el tipo penal y, de manera genérica, por el art. 1 del Código Penal, pilar del principio de culpabilidad.

9. Por su parte, el Ministerio Fiscal examina, en su escrito de alegaciones, los motivos de amparo invocados por el recurrente: La vulneración del derecho a la legalidad (art. 25 C.E.) y del derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1 d) C.E.].

A) Por lo que al primer motivo se refiere, analiza las tres razones en que el recurrente lo funda: Falta de una legislación formalmente adecuada; interpretación de la norma aplicada de forma analógica y extensiva y desconocimiento del principio de tipicidad.

a) Existen serias objeciones -señala- para aceptar la primera. En un recurso de amparo sólo puede alegarse la lesión de un derecho fundamental, lesión que, de conformidad con el art. 44.1 c) de la LOTC, ha de ponerse de manifiesto tan pronto como sea conocida, por lo que el interesado debió aludir a ella al formalizar el recurso de casación; no lo hizo, sin embargo, así, limitándose a pedir de viva voz en la vista ante el Tribunal Supremo que se planteara la cuestión de inconstitucionalidad del Real Decreto-ley que sirvió de base para su procesamiento. Por otra parte, se ha aplicado al recurrente la Ley más benigna de las que fueron sucediéndose en el tiempo y, aun cuando la solución de la Audiencia sea harto discutible, lo cierto es que su conducta en el momento de producirse estaba tipificada en la Ley Orgánica de 4 de mayo de 1981; carece, pues, de sentido en el presente caso el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Finalmente, dicho planteamiento está subordinado a la apreciación de la vulneración de un derecho fundamental y aquí la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley es previa a la vulneración, con lo que se invierten los términos, y, de aceptarse esta tesis, se abriría al particular la posibilidad de recurrir contra las Leyes inobservando los criterios de legitimación establecidos en la Constitución.

b) Es cierto que el art. 4.2 del Código Civil no permite una interpretación analógica y extensiva de las Leyes penales, pero tal calificativo no puede atribuirse a la interpretación de la norma aplicada llevada a cabo por la Audiencia Nacional, pues ello equivaldría a dar por supuesto algo que está en la misma base del asunto controvertido: Si los hechos juzgados constituyen o no delito. En definitiva, siempre que una Sentencia tipifique penalmente unos hechos podría alegarse por quien haya sostenido la pretensión absolutoria que el fallo ha sido consecuencia de una interpretación extensiva.

c) Las observaciones anteriores son también aplicables a la tercera razón aducida para fundamentar la presunta vulneración del principio de legalidad. Existe una tipificación específica de conductas delictivas en materia de terrorismo y de su apología, y su apreciación es misión de los intérpretes de la Ley (art. 117.3 C.E.) efectuada motivadamente con arreglo a criterios racionales y de Derecho, sin que pueda pretenderse que resulta infringido el principio de legalidad porque en la definición del tipo se incorporen conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos que responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en que se inserta nuestra Constitución.

B) En cuanto al segundo motivo invocado por el recurrente en amparo, esto es, la presunta vulneración de otro derecho fundamental: El de comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d) C.E.], el Ministerio Fiscal reconoce que es cierto que el recurrente sostuvo desde un primer momento que su conducta era simple ejercicio del mencionado derecho constitucional y que, en su opinión, no podía reputarse delictivo el hecho de publicar en un diario las notas remitidas por un grupo de terroristas explicando y justificando sus acciones. Pero -añade- tanto la Sentencia de instancia como la de casación dieron puntual respuesta a estas objeciones y dedicaron amplias consideraciones al derecho fundamental a informar públicamente, declarando que la indiscutible y trascendental importancia de la información profesional, lejos de liberarla de un control jurídico, supone una mayor responsabilidad moral y jurídica en razón al indestructible binomio libertad-responsabilidad. Todo derecho -precisa- tiene sus límites, que se derivan de la sujeción a la Constitución y al ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.), de los derechos de los demás (art. 20.4), de un orden superior de valores, como puede ser la moralidad, o, más específicamente, de la propia naturaleza del derecho de que se trate o del fin a que está estatuido. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, y el ejercicio de la actividad periodística no escapa a un control jurídico como ninguna otra actividad social.

Partiendo de las anteriores consideraciones concluye el Ministerio Fiscal que las Sentencias impugnadas, dictadas por los correspondientes órganos judiciales dentro de su ámbito de competencias, no han vulnerado el mencionado derecho constitucional, con independencia, como es natural, de lo razonablemente discutible de cualquier interpretación judicial. A este respecto señala que, aun cuando se trate de la publicación de un comunicado y no de un artículo periodístico, en el hecho de difundir una fiel reproducción

de la nota remitida al periódico -apologética de una banda organizada y armada, que es lo que exige el tipo penal- está la apología del terrorismo, por lo que resulta irrelevante la alegación del recurrente sobre la veracidad de la comunicación. Es evidente que han de ser sancionados tanto los actos favorecedores de la paz ciudadana como las conductas que puedan favorecer dicha perturbación, y entre éstas ha de incluirse la publicación y difusión de una noticia panegírica y enaltecedora de unos hechos criminales, a lo que habría que añadir el sentido de la responsabilidad exigible a todo ciudadano y más a un profesional.

Entiende el Ministerio Fiscal que las conclusiones precedentes no están reñidas con el contenido de las Declaraciones Universales y de los Pactos y Convenios suscritos por España sobre derechos humanos, pues, como recoge el art. 10.2 del Convenio de Roma, el ejercicio de la libertad de expresión y de comunicar información podría ser sometido a restricciones o sanciones impuestas por la Ley cuando éstas constituyan medidas necesarias para, entre otras finalidades, la defensa del orden y la prevención del delito. Y la sanción impuesta en el presente caso constituye una medida necesaria determinada por el legislador democrático, que se ha efectuado con la finalidad para la que fue prevista.

Finalmente -añade-, los órganos judiciales han actuado de acuerdo con su cometido constitucional, analizando si la conducta enjuiciada es penalmente tipificable, y han llegado a una conclusión positiva, razonada y jurídicamente motivada, teniendo presente el derecho fundamental a la comunicación de información veraz y las garantías fijadas en la Constitución y en los Pactos y Convenios internacionales; por otra parte, el fallo inicial condenatorio ha sido sometido a la consideración de un Tribunal superior, tal como exige el art. 14.5 del Pacto de Nueva York de 1966. La decisión es, pues, inobjetable, aun cuando pueda discreparse de ella, discrepancia que en esta ocasión se extendió hasta a un miembro del Tribunal Supremo, que razonó asimismo su voto disidente, pero ello no puede constituir base sólida para impetrar un amparo constitucional.

10. Por providencia de 15 de octubre de 1986, la Sala acuerda señalar el día 26 de noviembre siguiente para la deliberación y votación de la presente Sentencia.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. En la presente demanda de amparo el recurrente impugna las Sentencias de la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que le condenaron a dos penas de prisión menor, alegando que, a su entender, vulneran los derechos reconocidos en los arts. 25.1 y 20.1 d) de la Constitución.

Por lo que se refiere al primer precepto, fundamenta la presunta vulneración del principio de legalidad en los tres siguientes motivos: a) La insuficiencia de rango de la norma aplicada, esto es, del art. 1 del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana; b) la falta de determinación legal suficientemente precisa de los presupuestos de hecho del delito; y c) la aplicación analógica y extensiva que de la norma en cuestión hicieron las Sentencias impugnadas.

Alega el recurrente, en primer término, que la configuración de ciertas conductas como delitos, y la imposición de las penas correspondientes, puede calificarse como «desarrollo» del derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 de la Constitución, por lo que, de conformidad con el art. 81.1 de la misma, la materia penal ha de regularse por Ley Orgánica y en este sentido ha de interpretarse el principio de legalidad reconocido en el art. 25.1 de la Norma fundamental. En consecuencia, a su juicio, el art. 1 del mencionado Real Decreto-ley, que tipifica ciertas conductas como apología del terrorismo, carece del rango adecuado para llevar a cabo dicha regulación.

2. Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente, en la Sentencia de Pleno de 11 de noviembre del presente año que resolvió el recurso de amparo 338/1985, sobre la exigencia derivada del art. 25.1 de la Constitución, en relación con los arts. 17.1 y 81.1 de la misma.

La doctrina mantenida en dicha Sentencia puede sintetizarse de la siguiente forma:

a) El derecho a la libertad contenido en el art. 17.1 del texto constitucional no se refiere únicamente a las situaciones de privación de libertad anteriores a la imposición de una condena penal -detención preventiva y prisión provisional-, sino que se extiende también a aquellos casos en que, como ocurre en el presente, la privación de libertad viene determinada, con carácter definitivo y no provisional o cautelar, por una condena penal en Sentencia firme. Por ello, el mandato contenido en dicho precepto constitucional, de acuerdo con el cual nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la Ley, se refiere los mismo a supuestos de privación anteriores a la condena penal que a aquellos derivados de ésta.

b) Tanto el art. 53.1 de la Constitución, al disponer que el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales sólo podrá regularse por Ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, como la propia literalidad del art. 17.1, llevan a concluir que en materia penal y punitiva existente una reserva absoluta de Ley. En este sentido, el principio de legalidad reconocido en el art. 25 de la norma fundamental garantiza que una condena o sanción de privación de libertad sólo será procedente en los casos tipificados en leyes preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión previstas en ellas.

c) De la Constitución no sólo deriva la exigencia de rango de Ley formal para las normas sancionadoras penales, es preciso también, a la luz de lo dispuesto en el art. 81.1 del texto constitucional en relación con el art. 17.1 del mismo, que dichas normas estén contenidas en Leyes Orgánicas en cuanto, al fijar y precisar los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad, constituyen un desarrollo del derecho reconocido en el art. 17.1 de la Constitución.

d) El rango de la norma aplicable y, en su caso, el tipo de Ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos -Ley Orgánica o Ley ordinaria- constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. La exigencia de que la norma penal que impone sanciones de privación de libertad esté contenida en una Ley Orgánica, lo que supone un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añade una garantía -frente al mismo legislador- a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad. Por ello, si bien no puede hablarse de un «derecho al rango» de Ley Orgánica, como contenido del art. 17.1, sí puede afirmarse que el derecho a la libertad y seguridad reconocido en este artículo incluye todas las garantías previstas en diversos preceptos constitucionales y, entre ellas, las derivadas de los arts. 25.1, 53.1 y 81.1. La imposición, pues, de una pena de privación de libertad contenida en una norma que no posea el carácter de Ley Orgánica constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 de la Constitución y, por lo tanto, una violación protegible en la vía de amparo.

Por ello, la condena por delitos previstos y penados en el art. 1 del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, supondría una vulneración del mencionado precepto constitucional por cuanto dicha norma no reúne las condiciones constitucionalmente exigidas, esto es, el carácter de Ley Orgánica.

3. En el presente caso, sin embargo, no cabe afirmar que el interesado haya sido condenado incumpliendo el requisito de la Ley Orgánica, pues de las actuaciones obrantes en autos se deduce que la invocación del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, realizada por las resoluciones judiciales impugnadas ha sido meramente formal y con la finalidad de colocar al procesado en una situación más favorable, habiéndose pronunciado los órganos judiciales afirmativamente sobre la subsunción de los hechos enjuiciados en el delito de apología del terrorismo tipificado en el art. 268 del Código Penal, redactado conforme a la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, y el art. 216 bis, a), uno, del mismo Código, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo.

En efecto, la Audiencia Nacional en el considerando segundo de la Sentencia impugnada se plantea, a la vista de las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal, el problema de la correcta tipificación jurídico-penal de los hechos y, tras examinar las normas que, a su juicio, cabría aplicar: el Real Decreto-ley 3/1979 y las Leyes Orgánicas 4/1980 y 2/1981, concluye que la apología de autos es incardinable en estas tres normas penales y que, en atención a los principios jurídico-penales, acusatorio de congruencia e interpretación más favorable al reo, tipifica los hechos en el art. 1 del Real Decreto-ley 3/1979, que es el que establece una pena menor.

Posteriormente, durante la tramitación del recurso de casación, el hoy recurrente en amparo suscita la cuestión «de que la Sala debía acudir al Tribunal Constitucional para pedir la inconstitucionalidad del art. 1 del Real Decreto-ley 26 de enero de 1979 como contrario al art. 81.1, de la Constitución». Tramitado el incidente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Auto de 26 de diciembre de 1983, estima no pertinente el planteamiento de la cuestión, dada la falta de uno de los requisitos exigidos en el art. 35.2 de la LOTC que la decisión del proceso dependa de la validez de la norma controvertida. La Sala considera que los hechos se produjeron en el año 1982, que en esa fecha ya estaban vigentes las Leyes Orgánicas 4/1980 y 2/1981, por las que se dio nueva redacción a los arts. 268 y 216 bis, a) del Código Penal, y que esta nueva normativa debió ser la aplicada por la Audiencia Nacional si no fuera porque la acusación pública alegó el Decreto-ley 3/1979 y a tal petición tuvo que atenderse, ya que las penas que a la apología del terrorismo señalaban las Leyes posteriores eran mucho más elevadas. Declarada en hipótesis -afirma- la inconstitucionalidad del Decreto-ley, debería aplicarse la Ley Orgánica 3/1980, última

que regula la citada apología, con el perjuicio que ello supondría para el condenado. En definitiva -concluye-, la inconstitucionalidad pretendida no sólo sería inoperante, sino que perjudicaría manifiestamente al reo.

En este contexto, y con independencia de la apreciación que pueda merecer la técnica utilizada por el juzgador, no cabe aducir, como fundamento de la demanda de amparo, la vulneración del art. 25.1 de la Constitución por falta de rango de la norma penal tipificadora del delito de apología del terrorismo.

4. Como segundo motivo de vulneración del art. 25.1 de la Constitución, el recurrente aduce que la caracterización legal del delito de apología del terrorismo por el que ha sido condenado no satisface la exigencia de estricta delimitación del comportamiento punible y consecuente certeza en cuanto al propio ámbito de libertad, derivada del mencionado precepto constitucional.

Este Tribunal ha reconocido en anteriores Sentencias que el principio de legalidad penal impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de sanciones, sobre todo cuando se trata de sanciones criminales, de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada, por lo que procede examinar si este motivo de amparo resulta fundamentado.

El recurrente estima que no es posible deducir de la norma penal aplicada si la publicación de un comunicado de una organización terrorista, a la que el director del periódico es ajeno, constituye o no la realización del comportamiento prohibido por el delito de apología del terrorismo. Así alude, en la demanda de amparo, a la circunstancia de que comunicados semejantes a los que ocasionaron la condena que hoy impugna han venido reproduciéndose tanto por el mismo diario del que es director como por otras publicaciones periódicas, sin que ello haya dado lugar a procedimiento criminal, ya que se ha interpretado que tal conducta no entraña delito y sí el ejercicio del derecho a emitir libremente información veraz, por lo que no resulta incardinable en el delito de apología del terrorismo. Y, asimismo, ha aportado después de la interposición del presente recurso de amparo, por su «evidente interés jurídico», una copia de una Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, por la que se le absolvió de una conducta, a su juicio, sustancialmente idéntica a la que está en la base de su recurso.

El fundamento con el que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han decidido la adecuación típica de la mera publicación de los comunicados se encuentra en la aplicación del art. 15 del Código Penal, que de esta manera ha sido considerado como un complemento de la definición de los delitos cometidos por medio de la prensa y, por lo tanto, también del de apología del terrorismo. Pero lo cierto es que disposiciones de esta naturaleza forman parte de una larga tradición legislativa para establecer los principios de la autoría en forma general y, en ciertos casos, para grupos específicos de delitos, y tienen como finalidad precisar de una manera general el concepto de autor con el fin de delimitar en grado máximo la interpretación del mismo. Por ello no cabe afirmar que el art. 15 del Código Penal introduzca una indeterminación en el comportamiento punible al establecer los únicos supuestos en los que los directores de una publicación puedan ser responsabilizados por un delito o falta cometida por medio de la imprenta.

La unidad normativa configurada por el art. 15 y el tipo penal de la apología del terrorismo del art. 1 del Real Decreto-ley 3/1979 no vulnera, pues, la exigencia de la Ley penal previa y estricta que se deduce del art. 25.1 de la Constitución.

Estas mismas consideraciones pueden formularse en relación con la eventual aplicación del art. 14 del Código Penal al delito de apología del terrorismo prevista en las Leyes Orgánicas 4/1980 y 2/1981, a la que hacen referencia las Sentencias impugnadas.

Cuestión distinta suscita la forma en que la legalidad ordinaria ha sido aplicada o interpretada por los Tribunales a la luz de los mandatos materiales contenidos en la Constitución y singularmente de los que establecen derechos fundamentales y libertades públicas. Pues, según tiene declarado este Tribunal, si de la interpretación y aplicación de la legalidad, o en ella misma, resultasen vulnerados derechos fundamentales susceptibles de amparo, la cuestión tendría significación constitucional y habría de ser examinada, en consecuencia, por este Tribunal. En tal caso, sin embargo, el juicio constitucional tendría como punto de referencia el derecho fundamental presuntamente vulnerado y no el principio de legalidad.

Ello nos lleva a considerar la presunta vulneración del art. 20.1 d) de la Constitución, aducido también como fundamento de la presente demanda de amparo, consideración que también resulta previa al análisis del tercer motivo invocado en relación con el art. 25.1 de la norma fundamental: la aplicación analógica y extensiva que de la norma penal hicieron las Sentencias impugnadas.

5. El recurrente precisa que el objeto del proceso en el que ha sido condenado no versa sobre la publicación de trabajos periodísticos sino sobre la mera reproducción de comunicados cuya autoría, no cuestionada por el Ministerio Fiscal ni por los órganos judiciales, corresponde a la organización denominada ETA-militar, por lo que, en todo caso, «la autolox y el autopanegírico» contenidos en dichos comunicados no pueden atribuirse al director del periódico. Este —arguye— se ha limitado a ejercer el derecho de información constitucionalmente garantizado, que ha de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales, por lo que su ejercicio sólo podrá verse sometido a restricciones o sanciones cuando éstas estén previstas legalmente y constituyan medidas necesarias y proporcionadas para conseguir el fin perseguido.

A su juicio, la simple reproducción de los comunicados de una organización terrorista no supera los límites de la libertad de información y, en consecuencia, no constituye delito, pues ni dicho supuesto figura expresamente en la descripción típica de la apología del terrorismo, tal y como aparece dibujada en el art. 1 del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, ni aún en el caso de que estuviera previsto, la sanción acordada podría considerarse necesaria o proporcionada en una sociedad democrática para la protección de los bienes comprendidos en el art. 10.2 del Convenio de Roma.

Sin embargo, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo entienden que el hoy recurrente en amparo es responsable de un delito de apología del terrorismo por el hecho de haber reproducido unos textos cuyo significado apologetico no es controvertido. Aún reconociendo la indiscutible y trascendental importancia de la información, consideran que el derecho reconocido en el art. 20.1 d) de la norma fundamental no es absoluto ni ilimitado, y que es necesaria la existencia de un control jurídico, realizado por el Poder Judicial, que haga compatible la libertad informativa con la salvaguardia de los derechos fundamentales que corresponden a los demás ciudadanos frente a posibles vulneraciones o extralimitaciones de los informadores en el ejercicio abusivo de sus derechos. Así, el Tribunal Supremo declara en la Sentencia recurrida que «el derecho a la información no es el único, ni se caracteriza por ninguna preferencia respecto de los otros derechos fundamentales». Y, partiendo de la misma premisa, la Audiencia Nacional basa su fallo condenatorio en que «la libertad de información, que debe ser y es la regla general, por ineludibles imperativos de los derechos de los demás y del bien común de todos tiene que quedar supeditada a unos principios mínimos exigibles, como todas las demás actividades de otros profesionales; y desde luego, uno de ellos, proclamado en los Códigos Penales de todos los países, no afectando sólo a los informadores sino a todos los ciudadanos, es el de no violar la Ley Penal, o sea no cometer ningún delito, y, por tanto, en virtud de tal incontrovertible postulado los informadores en el ejercicio de su función no pueden cometer infracciones tipificadas en el Código Penal y si lo hacen, como cualquier otro ciudadano, incurrir en responsabilidad criminal».

6. La cuestión así planteada obliga a analizar la relación entre el principio constitucional de libertad y las limitaciones que mediante Ley pueden introducir los poderes públicos y, en concreto, entre la libertad de información y el límite derivado del interés público que subyace a las normas penales.

Es cierto, como señalan las Sentencias impugnadas, que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social». Así este Tribunal pudo declarar en su Sentencia 25/1981, de 14 de julio, que los derechos fundamentales resultan ser «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional», reiterando posteriormente el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales.

Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpreta-

dos con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.

Por otra parte, es preciso destacar, por lo que se refiere al precepto constitucional en que se apoya el presente recurso, que el art. 20 de la norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. En este sentido se ha manifestado este Tribunal desde su Sentencia 6/1981, de 16 de marzo, hasta la más reciente 104/1986, de 17 de julio, al poner reiteradamente de manifiesto que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político».

Esta posición preferencial del derecho fundamental reconocido en el art. 20.1, d) de la Constitución, si de una parte implica, como señalan las Sentencias impugnadas, una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la información, de otra exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio. Por ello, cuando la libertad de información entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados, como ocurre en el presente caso, por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado.

7. En el caso que nos ocupa, el conflicto se produce entre la apología del terrorismo, tipificada como delito, y el derecho del director de un periódico a publicar unos comunicados emitidos por una organización terrorista cuyo contenido apologetico no se cuestiona. Este conflicto no puede resolverse otorgando a priori un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley Penal frente a la libertad de información. No cabe duda de que la erradicación de la violencia terrorista encierra un interés político y social de la máxima importancia, pero ello no autoriza, sin embargo, a alterar la esencia de un Estado democrático, el cual, para su existencia y desarrollo, presupone el sometimiento de las cuestiones relevantes para la vida colectiva a la crítica o aprobación de una opinión pública libremente constituida. En este sentido cabe afirmar que la lucha antiterrorista y la libertad de información no responden a intereses contrapuestos sino complementarios, orientados al aseguramiento del Estado democrático de Derecho.

8. De acuerdo con las consideraciones anteriores, se impone distinguir dos acciones deslindables: una, la constituida por los comunicados, en sí, de la organización ETA-militar, cuya autoría y carácter apologetico no se ha puesto en duda en el proceso que dio origen el presente recurso de amparo; y de otra, su reproducción de un periódico como noticia relativa a su existencia.

Por lo que a esta última concierne, la responsabilidad penal imputada al director de la publicación que reprodujo los referidos comunicados deriva en las Sentencias impugnadas, por una parte, de la interpretación del alcance del art. 20.1, d) de la Constitución en el sentido de que el derecho en él reconocido se halla subordinado en todo caso a la legislación penal y, por otra parte, de la aplicación automática de las normas sobre autoría contenidas en el Código Penal, haciendo abstracción de la mediación de tal derecho.

Se desconocen así en las resoluciones judiciales impugnadas las implicaciones derivadas de dos aspectos esenciales de la cuestión planteada: a) Que la información controvertida consiste en la mera reproducción de los comunicados, no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido apologetico de los mismos. b) Que la libertad de información juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira nuestra Constitución, el cual presupone, como antes señaláramos, el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto a los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos. Es este aspecto el que puede explicar que este tipo de comunicados haya aparecido en otros periódicos sin que ello haya motivado la intervención de la justicia penal, como se desprende de la documentación acompañada en autos.

Ahora bien, al no haber sido objeto de la debida consideración ambos aspectos de las Sentencias recurridas ante esta sede, ha de estimarse que en ellas han resultado vulnerados los arts. 20.1, d) y

25.1 de la Constitución. El primero porque, al interpretar los órganos judiciales la Ley Penal como un límite absoluto del derecho a informar, «con abstracción de que (el informador) asuma o no comparta la actividad delictiva» y supeditando dicho derecho fundamental a cualquier interés que pueda inspirar al legislador penal, se ha producido, en el caso que nos ocupa, una limitación del mismo incompatible con su contenido constitucional; y el segundo porque, al aplicar automáticamente las normas sobre autoría del Código Penal, sin tener en cuenta la específica naturaleza constitucional del hecho informativo, se ha producido una extensión de la Ley Penal mediante una interpretación analógica en contra del acusado, que el mencionado precepto de la Constitución impide.

A los órganos judiciales correspondía asumir la interpretación más favorable al derecho fundamental y a sus efectos sobre las normas penales limitadoras del mismo, que, en definitiva, se concreta en el criterio de que el derecho de un profesional del periodismo a informar, así como el de sus lectores a recibir información íntegra y veraz, constituye, en último término, una garantía institucional de carácter objetivo, cuya efectividad exige en principio excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta por su contenido pueda revestir significado penal.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Otorgar el amparo al demandante don José Félix Azurmendi Badiola y, en consecuencia, declarar la nulidad de las Sentencias de la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 13 de diciembre de 1982 y 31 de diciembre de 1983, respectivamente.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 12 de diciembre de 1986.—Gloria Begué Cantón.—Ángel Latorre Segura.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.—Firmados y rubricados

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral en el recurso de amparo número 57/1984.

Disiento de la Sentencia dictada por la mayoría de los Magistrados componentes de la Sala, en el recurso de amparo núm. 57/1984 interpuesto por don José Félix Azurmendi Badiola, director del diario «Egna», contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1983 y la por ella confirmada de la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 1982.

Las razones de mi discrepancia son las siguientes:

1.º La Sentencia de la Audiencia Nacional confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su primer considerando afirma «que los hechos declarados probados merecen a este Tribunal la conceptualización jurídico penal de constituir dos delitos de apología del terrorismo previstos y penados en el art. 1 del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, que la acusación pública imputa al procesado». En el apartado segundo del mismo considerando y para justificar la subsunción de los hechos en el art. 1 del citado Decreto-ley, que no tiene rango de Ley Orgánica, la «Sala interpreta que la apología de autos es perfectamente incardinable» en tres normas penales que, con olvido del art. 2.2 del Código Civil, estima simultáneamente vigentes: El Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo y la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, en las tres —dice la Sentencia— se tipifica el delito de apología del terrorismo, pero como es más favorable al reo la primera de estas normas hace aplicación de la misma a los hechos enjuiciados. La Sala Segunda del Tribunal Supremo ante la que el Letrado del recurrente alegó «sin voces» en el acto de la vista, la inconstitucionalidad del Decreto-ley 3/1979, por Auto de 26 de diciembre de 1983 declaró no haber lugar a proponer al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad del citado Decreto-ley, porque la decisión del proceso no dependía de la validez de la norma controvertida, toda vez que, aunque considera aplicable la normativa posterior, la Audiencia Nacional tenía que atenerse a la acusación pública que calificó los hechos con arreglo al Decreto-ley cuyas penas eran más favorables al reo, por ello y por los demás razonamientos que se contienen en la Sentencia del Tribunal Supremo, se desestimó el recurso de casación y se confirmó la Sentencia de la Audiencia Nacional.

En el recurso de amparo vuelve el recurrente a plantear el mismo tema de la inconstitucionalidad de condenarle a una pena privativa de libertad en virtud de una norma que no tiene carácter de Ley Orgánica. La Sentencia objeto de este voto particular, afronta el tema de la insuficiencia de rango de la norma aplicada y con cita de la doctrina del Pleno del Tribunal Constitucional contenida en la reciente Sentencia de 11 de noviembre de 1986, dictada en el recurso de amparo 338/1985, que en lo sustancial reproduce y conforma a la cual, «la imposición de una pena de privación de libertad contenida en una norma que no posea el carácter de Ley Orgánica constituye vulneración de las garantías del derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 de la Constitución y, por tanto, una violación protegible en la vía de amparo»; no estima aplicable al caso dicha doctrina por entender que, como razonan las Sentencias recurridas en amparo, en la fecha en que se cometieron los hechos —año 1982— ya estaban vigentes las Leyes Orgánicas 4/1980 y 2/1981 que, con el rango constitucionalmente exigido, tipificaban y sancionaban la apología del terrorismo. Salvada, pues, la cuestión del rango legal, la aplicación del Decreto-ley obedecía a la finalidad de colocar al procesado en una situación más favorable y «en este contexto —dice la Sentencia de la que disiento— no cabe aducir como fundamento de la demanda de amparo, la vulneración del art. 25.1 de la Constitución por falta de rango de la norma penal tipificadora del delito de apología del terrorismo».

Nada tendría que objetar esta doctrina, si las Sentencias recurridas en amparo hubieran aplicado una norma orgánica vigente al tiempo de cometerse los hechos, pero ni el principio «pro reo» ni una calificación defectuosa de los hechos por la acusación pública, permiten aplicar una Ley derogada y, por tanto, inexistente. La Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 733 brinda a los Tribunales, si los estiman necesario, la fórmula a utilizar si «el hecho justificable ha sido calificado con manifiesto error», pero no puede el Tribunal Constitucional admitir, por contrario a la Constitución y a la Ley, fundar en una calificación errónea de los hechos la aplicación de una norma expulsada del ordenamiento jurídico por su derogación. Lo impide el art. 9.1 de la Constitución, conforme al cual «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»; lo impide también el principio de legalidad consagrado en el art. 25 de la norma fundamental; y lo impide, en fin, el sometimiento al imperio de la Ley que impone a los Jueces y Magistrados, como único límite de su independencia, el art. 117.1 de la Constitución.

Procedía, por tanto, a juicio del Magistrado que emite este voto particular, que sin entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso como manda el art. 44.1, b) de nuestra Ley Orgánica, estimar el primer motivo de amparo formulado por el recurrente y anular las Sentencias recurridas para que, retrotrayendo las actuaciones al trámite de calificación, se dictara por la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional la Sentencia que estimara procedente con arreglo a normas vigentes de nuestro ordenamiento jurídico.

2.º La discrepancia sobre la cuestión de fondo que mantuve también en la deliberación de esta Sentencia, la expongo muy sucintamente dado que el motivo principal ha quedado ya reflejado. Se trata de que, enjuiciados los hechos por los Tribunales competentes en la instancia y en casación y razonadas ambas Sentencias en los términos correspondientes a los respectivos fallos, el Tribunal Constitucional en virtud de lo dispuesto en el art. 117.3 de la Constitución y el art. 44.1 de su Ley Orgánica, no puede entrar a revisar la calificación penal de los hechos realizada por los órganos judiciales, toda vez que las leyes penales actúan como límite de la libertad de expresión consagrada en el art. 20.1, b) de la Constitución y determinar si los hechos motivadores del proceso, en los que no puede entrar el Tribunal Constitucional (art. 44.1 de la LOTC), son o no constitutivos de delito, es un presupuesto que a este Tribunal le viene dado por lo resuelto por los tribunales competentes. Sólo cuando no razonen sobre la existencia del límite que se oponga al derecho constitucional o el razonamiento resulte contrario a la Constitución, podrá este Tribunal, a través del recurso de amparo, reestablecer el derecho o libertad vulnerados. Mas entiendo que éste no es el caso porque, admitido que el texto hace apología del terrorismo —y esto no se discute—, estimar autor del delito conforme al art. 15 del Código Penal a quien realiza su publicación, sin la cual no existiría el delito, no es más que aplicar las Leyes penales vigentes cuya función corresponde al Poder Judicial.

En conclusión mi parecer es que, de no estimarse el amparo en los términos expresados en el apartado 1.º —posición principal— el fallo debería ser desestimatorio del recurso.

Madrid, a 16 de diciembre de 1986.—Fernando García-Mon y González Regueral.—Firmado y rubricado