

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO:

ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL



APOLOGÍA DEL TERRORISMO

Tesis doctoral presentada por:

Carlos Andrés Guzmán Díaz

Directora

Prof. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez

Salamanca

2018

A mi madre, a mi esposa y a mi abuela

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo ha sido posible gracias al apoyo de varias personas que me han acompañado en esta labor. En especial, quiero agradecer a la Profesora Laura Zúñiga Rodríguez, quien con generosidad ha dirigido esta investigación y me ha ayudado en cada una de las diferentes etapas de este proceso, así también, me ha brindado la confianza necesaria para plasmar con sosiego las diferentes preocupaciones que un tema de la naturaleza y complejidad que ocupa la atención merece.

También aprovecho para agradecer a todas las personas que durante mis diferentes momentos en España han mostrado que la hospitalidad es una herencia que Latinoamérica recibió de la Madre Patria: en cada lugar donde he estado me han hecho sentir como en casa. De la misma forma, a las diferentes universidades que me han permitido escudriñar en sus bibliotecas y a los profesores que con su consejo me han orientado en este trabajo, que por ser tantos, sería injusto mencionar los que ahora se vienen a mi mente, con el riesgo de dejar alguno por fuera.

En Colombia, agradezco a mis profesores Álvaro Díaz y Orlando de Jesús Pérez, de la Universidad de San Buenaventura Cali; así como a Alberto Hernández Esquivel (QEPD) y Carlos Gómez Pavajeau, de la Universidad Externado de Colombia; por mostrarme el camino y creer en mí. También han sido muy valiosos los consejos de Luis Vélez Rodríguez (Universidad de Caldas) y Ricardo Posada Maya (Universidad de Los Andes).

Sea el momento de dar las gracias a los señores Relatores para la Libertad Expresión de la OEA, Catalina Botero y Edison Lanza, quienes amablemente me permitieron intercambiar opiniones.

Además, debo expresar mi gratitud hacia las personas e instituciones para las que he trabajado, que me han autorizado las excedencias necesarias para realizar la labor investigativa en diversos lugares de Europa y América.

Finalmente, a mi familia y amigos. Sin ellos, nada de esto sería posible. A todos, de corazón, gracias. Muchas gracias.

Hay un problema serio: el que cree tener una verdad muy acabada suele tener la terrible tentación de imponérsela a todo el mundo por su bien, de conseguirle a todo el mundo sus soluciones y obligarlo a hacer todo lo que convenga, quiéralo o no; se puede pasar de la razón exactamente al punto inverso: aquellos que han creído tener en la mano una verdad total han resultado supremamente peligrosos, sea la razón de la Revolución francesa o sea la verdad de la historia de Rusia.

Estanislao Zuleta¹

¹ ZULETA, Estanislao, (1991), “Ética, terror y revolución”, en: *Colombia. violencia, democracia y Derechos Humanos*, Bogotá, Altamir, pp. 138y ss.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO 1. FUNDAMENTACIÓN.....	17
1.1. Sobre el delito de apología del terrorismo	17
1.2. Delimitación conceptual.....	19
1.2.1. Apología.....	20
1.2.2. Incitación.....	20
1.2.3. Terrorismo.....	21
1.2.3.1. ¿Es posible determinar un concepto de terrorismo?.....	21
1.2.3.2. ¿Es posible hacer una distinción del terrorismo frente al crimen organizado?	35
1.2.3.3. Recapitulación	41
1.3. Problema base: la posible restricción de la libertad de expresión al penalizar la apología del terrorismo	43
1.3.1. Descubrimiento de la verdad	46
1.3.2. La libertad de expresarse como forma de desarrollo libre de la personalidad	51
1.3.3. La expresión como fundamento de la democracia	53
1.3.4. Tesis integradora de la libertad de expresión.....	58
1.3.5. Recapitulación	59
CAPÍTULO 2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y APOLOGÍA DEL TERRORISMO: ANÁLISIS CONTEXTUAL	61
2.1. Sistemas regionales de protección de derechos humanos	61
2.1.1 Sistema Europeo de Derechos Humanos.....	61
2.1.1.1. Contexto normativo	61
2.1.1.2. Organismos relevantes	64
2.1.1.3. Decisiones de interés.....	65
2.1.1.4. Recapitulación	76
2.1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	79
2.1.2.1. Contexto normativo	79
2.1.2.2. Organismos de protección	79
2.1.2.3. Decisiones relevantes.....	81
2.1.2.4. Recapitulación	84
2.2. Sistemas nacionales.....	85
2.2.1. La libertad de expresión en EE. UU.....	87
2.2.1.1. Contexto normativo	87

2.2.1.2. Desarrollo jurisprudencial	90
2.1.2.3. Recapitulación	96
2.2.2. La libertad de expresión en el marco constitucional español.....	96
2.2.2.1. Contexto normativo	96
2.2.2.2. Desarrollo jurisprudencial	99
2.2.2.4. Recapitulación	106
2.2.3. Libertad de expresión en Colombia	107
2.2.3.1. Contexto normativo	107
2.2.3.2. Desarrollo jurisprudencial	109
2.2.3.3. Recapitulación	121
2.2.4. ¿Existe un tratamiento diferenciado?	122
2.2.5. ¿Son válidos estándares diferentes para valorar la libertad de expresarse?	125

CAPÍTULO 3. ANÁLISIS DEL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO EN ESPAÑA 131

3.1. Marco normativo internacional relevante a la apología del terrorismo 131

3.2. Breve panorama histórico de la normatividad 136

3.3. La legislación vigente 142

3.4. Apología propia..... 145

3.4.1. Bien jurídico protegido	145
3.4.2. Sujeto pasivo	147
3.4.3. La acción y la omisión en la apología propia	148
3.4.4. Tipo objetivo de la apología propia	149
3.4.4.1. En cuanto a la estructura típica.....	149
3.4.4.2. En cuanto al resultado.....	150
3.4.4.3. Sujeto activo.....	150
3.4.4.4. Comportamiento incriminado: enaltecer o justificar.....	152
3.4.4.5. Apología de conductas.....	154
3.4.4.6. Apología de personas.....	164
3.4.4.7. El medio comisivo	169
3.4.4.8. ¿Debe concurrir la provocación o incitación?	171
3.4.5. Tipo subjetivo.....	176
3.4.6. Apunte sobre la culpabilidad y su conexión con la necesidad de la pena.....	177

3.5. Apología impropia 180

3.5.1. Bien jurídico.....	181
3.5.2. Sujeto pasivo	184
3.5.3. Acción y omisión en la apología impropia	189
3.5.4. Tipo objetivo de la apología impropia	189
3.5.4.1. En cuanto a la estructura típica.....	189
3.5.4.2. Sujeto activo.....	190

3.5.4.3. Comportamiento incriminado.....	190
3.5.4.4. Sobre los actos victimizantes.....	190
3.5.4.5. Sobre la difusión del mensaje.....	191
3.5.5. Tipo subjetivo.....	192
3.5.5.1. Dolo.....	192
3.5.5.2. ¿Elemento subjetivo?.....	192
3.5.6. Antijuridicidad.....	195
3.5.7. Punibilidad.....	196
3.5.8. Unidad y pluralidad de delitos.....	197
3.5.9. Penalidad.....	198
3.5.10. Condición de procedibilidad.....	199
3.6. Sobre la reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2015.....	199
3.7. Recapitulación.....	203

CAPÍTULO 4. ¿UNA POSIBLE TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO EN COLOMBIA?..... 207

4.1. ¿Es actualmente punible el delito de apología del terrorismo en Colombia?	207
4.1.1. Consideraciones previas.....	207
4.1.2. La instigación a delinquir.....	209
4.1.3. Financiación de actividades terroristas.....	212
4.1.3.1. Exégesis lingüística.....	214
4.1.3.2. Exégesis completa.....	214
4.1.3.3. Exégesis histórica.....	215
4.1.3.4. Exégesis de autoridad.....	215
4.1.3.5. Exégesis estricta de la norma penal.....	216
4.1.4. Concierto para delinquir con fines terroristas.....	217
4.1.5. Terrorismo.....	219
4.1.6. Amenazas.....	222
4.1.7. Injuria.....	223
4.1.8. Recapitulación.....	225
4.2. Posibilidad latente.....	227
4.3. Análisis de la racionalidad legislativa de una iniciativa en tal sentido.....	229
4.3.1. Modelo del que se parte para evaluar su conveniencia.....	230
4.3.2. Racionalidad de la norma.....	232
4.3.2.1. Racionalidad ética.....	233
<u>4.3.2.1.1. Principio de lesividad.....</u>	<u>233</u>
<u>4.3.2.1.2. Principio de certeza o seguridad jurídica.....</u>	<u>243</u>
4.3.2.2. Racionalidad teleológica.....	248
4.3.2.3. Racionalidad pragmática.....	252
4.3.2.4. Racionalidad jurídico-formal.....	259

4.3.2.5. Racionalidad lingüística.....	265
4.4. Recapitulación.....	267
CAPÍTULO 5. LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS PALABRAS	275
CONCLUSIONES.....	291
ANEXOS.....	303
BIBLIOGRAFÍA.....	309
JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTES	331

INTRODUCCIÓN

La entropía es un concepto utilizado en termodinámica, mecánica estadística y en teoría de la información en dos sentidos. Por una parte, como la medida de la cantidad de “ruido” y “desorden” que un determinado elemento es capaz de producir al contacto con otros. Por otra parte, se entiende como “el grado de irreversibilidad alcanzada después de un proceso que implique transformación de energía”². En otras palabras: caos.

Analizar el concepto de terrorismo no es una tarea fácil, aun cuando sus efectos sean descarnadamente evidentes. Estos se manifiestan en atentados como el de Kabul, donde un coche bomba estalló frente a la embajada de Rusia, el 20 de enero de 2016; o en París, donde fallecieron alrededor de ciento treinta personas en una serie de ataques coordinados el 13 de noviembre de 2015; o en Bogotá, donde, de acuerdo con el gobierno, el Ejército de Liberación Nacional (ELN), detonó dos artefactos explosivos el 2 de julio de 2015; o en Burgos, donde ETA realizó un atentado el 29 de julio de 2009 en contra de la sede de la Guardia Civil, que destruyó por completo el edificio. El terrorismo causa entropía.

De esta manera, cuanto más impactante sea el acto terrorista, mayor será el nivel de entropía causado. Pero esto también dependerá del entorno, el contexto y el momento histórico en que el acto se produzca. Con seguridad, los reprochables hechos ocurridos en París el 7 de enero de 2015 en las instalaciones del semanario Charlie Hebdo causaron más consternación en el mundo que el asesinato de ciento cuarenta personas el 2 de abril de 2015 en Kenia, por parte de la organización yihadista Al Shabbaab.

² BRONOWSKI sostiene que “cuando la energía es degradada (...) se debe a que los átomos asumen un estado más desordenado. Y la entropía es un parámetro del desorden: esa es la concepción profunda que se desprende de la nueva interpretación de BOLTZMANN. Por extraño que parezca, se puede crear una medida para el desorden; es la probabilidad de un estado particular, definido aquí como el número de formas en que se puede armar a partir de sus átomos”. Cfr. BRONOWSKI, Jacob, (1979), *El Ascenso del hombre*, Bogotá, Fondo Educativo Interamericano, p. 347.

Así, la medición del terror o caos causado no está ligada necesariamente al tamaño de las bombas utilizadas, ni al número de personas que perderían la vida. Esto lo sabe muy bien el terrorista. El acto terrorista es un mensaje, por eso la destrucción siempre vendrá acompañada de una simbología muy clara, cuando no lo esté de una determinada proclama, bien de liberación, de nacionalismos o de un credo específico. El acto de terror es comunicativamente relevante.

En 1539 FRANCISCO DE VITORIA leyó, en esta misma casa de estudios, la *Relectio de Indis*, que estaba fundamentada en la creencia de una comunidad de todos los hombres y los pueblos de la Tierra, para lo cual deberían existir necesariamente vínculos de solidaridad, que solo se generan a partir de la comunicación. Sin comunicación no puede haber cooperación, sociabilidad o transmisión de conocimiento entre los hombres. En otras palabras, sin diálogo no hay sociedad.

MONTESQUIEU afirmó, doscientos años más tarde, que “la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permitan”³, con lo cual quiere decir que, son las normas las que determinan, sin más, hasta dónde van las libertades individuales. Sin embargo, en este punto, surge la duda sobre si la libertad de expresión podría estar limitada por normas, por ejemplo, de naturaleza penal o, por el contrario, las normas deberían atender el contenido de la garantía mencionada.

Al parafrasear a POPPER, la labor del científico consiste principalmente en criticar leyes y principios de la naturaleza para reducir así el número de las teorías compatibles con las observaciones experimentales de las que se dispone. De esta manera, al revisar la legislación española, se encuentra un artículo que reviste de gran interés: *la apología del terrorismo*. Por su ubicación, parece que se le asocia estrechamente con los actos que causan terror en la población, pero los posibles alcances que aquella disposición establece permiten hacer varias reflexiones que serán desarrolladas más adelante. Se anticipa que estas podrían entrar en inevitable conflicto con otras garantías, en particular, con la de

³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barón de, (1980), *El Espíritu de las Leyes*, Libro XI, Cap. III, México, Editorial Porrúa, p. 102.

expresarse libremente; sin perder de vista que, una cosa es el acto terrorista, y otra, diferenciable ontológicamente, es su justificación o la humillación de sus víctimas.

Pero, si una posible confrontación de derechos fundamentales se puede dar a primera vista con la actualización del tipo penal, la situación se hace un tanto más compleja cuando se intenta, como ha ocurrido con otras iniciativas, tipificar ese comportamiento en otros contextos normativos. ¿Es posible punir el comportamiento de apología del terrorismo, como está redactado en España, en otras latitudes?

Este trabajo estudia la viabilidad de tipificar el delito de apología del terrorismo en la legislación de un país—deliberadamente escogido—al otro lado del Atlántico: Colombia. De aquí, surge el presente interrogante: ¿en el país suramericano es racionalmente adecuado restringir el derecho a expresarse libremente cuando las manifestaciones se asocian con actos o actores terroristas?

Con este fin, el primer capítulo tiene como propósito identificar las características del delito de apología del terrorismo, para lo cual, es necesario hacer una aproximación conceptual de expresiones como apología, incitación y terrorismo.

Dado que apología e incitación están estrechamente ligados con la palabra, en el segundo capítulo se hace necesario dotar de contenido y finalidad la garantía de la libertad de expresión, con un detenido análisis de lo que justifica su protección constitucional y cuál ha sido el tratamiento otorgado en los diferentes contextos normativos. En el capítulo tercero, se centra la atención en el delito propiamente dicho de apología del terrorismo, para lo cual, se buscará determinar su verdadero alcance, se propondrá, con apoyo en doctrina y jurisprudencia española, su adecuada hermenéutica y se expondrán sus dificultades interpretativas. Luego, ya que conoceremos a qué conducta punible nos estamos refiriendo, es necesario examinar si resulta válido sancionar un comportamiento de esa naturaleza en el sistema jurídico colombiano. Finalmente, se observará cuál es la teoría, si la hay, que subyace al permitir la criminalización de las palabras que expresan algún mensaje en casos asociados con el terrorismo.

Así las cosas, no otra pretensión tiene el presente trabajo, sino la de revisar la posible aplicabilidad de la conducta de apología del terrorismo en un contexto legal que, aunque con arraigadas tradiciones heredadas de la “madre patria”, podría tener un desenlace tal vez diferente al del referido país. Dicho desenlace es, a propósito del método científico, la transformación de un tejido⁴ —denominado apología del terrorismo del “organismo” español— en otro, con características similares. De esta forma, se hace posible la observación de su comportamiento e interacción con el sistema normativo elegido, proceso para el cual, se debe utilizar una metodología específica.

⁴ Símil tomado de las ciencias naturales, que, por cierto, no resulta exótico, gracias a trabajos como el de Niklas LUHMANN.

CAPÍTULO 1. FUNDAMENTACIÓN

1.1. Sobre el delito de apología del terrorismo

Las representaciones pictóricas de las cuevas de Nerja en Andalucía se han estimado en una antigüedad aproximada de 42 000 años. Las impresionantes líneas y las figuras de Nazca en el Perú se suponen hechas entre los años 200 a. C. y 600 d. C. Por su parte, las esculturas de la extinta comunidad prehispánica San Agustín en Colombia oscilan entre los años 300 y 800 d. C. Todas ellas constituyen formas básicas pero ilustrativas de la natural necesidad humana de comunicarse, de representar ideas, de expresar sentimientos. Lo que aquellos hombres querían transmitir, a quiénes y por qué, aún resulta un misterio. Por lo pronto, podríamos afirmar que el lenguaje es tan antiguo como la humanidad misma.

El lenguaje suele utilizar diferentes códigos o símbolos y, además, ha de tener un mensaje que transmitir en un referido contexto. Existen ocasiones en las que ese lenguaje puede tener un signo que resulte ofensivo, bien para un individuo, bien para toda una colectividad. En esos casos, afirmarán algunos, es necesario que el Derecho Penal intervenga.

Por otro lado, se dice también que el terrorismo es, en esencia, comunicación⁵. Cualquier código utilizado para transmitir algún mensaje por esta vía es reprochable sin lugar a dudas. Es por eso que la legislación española ha decidido que el Derecho Penal debe ocuparse de quienes enaltecen o justifican los actos terroristas, o de aquellos que humillan a

⁵ SCHREIBER, Jan, (1978), *The Ultimate Weapon. Terrorists and World Order*, Nueva York, W. Norrow Ed. Señala concretamente, en la página 107, que: “The more one considers terrorism as a phenomenon, the less it resembles other forms of violence and the more it looks like a form of communication. There is a ‘speaker’ (the terrorist), an ‘audience’ (the primary victim and all the other onlookers in the world), and a ‘language’ (the threat of violence against an innocent party)”.

las víctimas de dichos sucesos. A este comportamiento se le ha denominado apología del terrorismo.

El referido delito, que aparece en el artículo 578 del Código Penal español, luego de las reformas introducidas por la Ley Orgánica 5 de 2000 y 2 de 2015, señala:

1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el periodo de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información necesaria para evitar su difusión.

b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores.

5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa.

1.2. Delimitación conceptual

Hasta este momento hemos hecho una simple mención del delito de apología del terrorismo en los términos del Código Penal español; sin embargo, si partimos de las palabras de Wittgenstein, para quien “los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo”⁶, es de suma relevancia, para los fines de este trabajo, aproximarse a una definición concreta a la expresión *apología*, como también a otros conceptos que serán de importancia en el presente trabajo.

⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig, (2009), *Tractatus logico-philosophicus*, Madrid, Editorial Gredos, p. 107. En el párrafo previo había sostenido que “si no puedo especificar *a priori* las proposiciones elementales, querer especificarlas tendrá que llevar a un manifiesto absurdo”.

1.2.1. Apología

JENOFONTE, historiador griego, decidió recrear la acusación, juicio y muerte de SÓCRATES, según afirma, por la siguiente razón:

“Pero yo no me he esforzado en contar todo lo que se dijo en el proceso, sino que me ha bastado con mostrar que SÓCRATES estimaba por encima de todo dejar claro que, con relación a los dioses no había sido impío ni, con relación a los hombres, injusto”.

Estas palabras hacen parte de la obra *Apología de Sócrates al jurado*, que no es más que una defensa que hizo JENOFONTE respecto de los actos atribuidos al filósofo ateniense⁷. Un texto análogo fue rescrito por Platón, denominado también *Apología de Sócrates*⁸. No es casualidad que ambos textos utilicen la expresión *apología*, pues esa palabra proviene precisamente del griego *ἀπολογία*, cuyo significado en castellano es “discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo”⁹.

1.2.2. Incitación

“Toda oposición contra el supremo poder legislativo, toda incitación que haga pasar a la acción el descontento de los súbditos, todo levantamiento que estalle en rebelión, es el delito supremo y más punible en una comunidad, porque destruye sus fundamentos”¹⁰. Esta

⁷ Cfr. JENOFONTE, (1994), *Apología de Sócrates, seguida de la Defensa de Sócrates ante los jueces de Jenofonte*, traducción y prólogo de J. A. MORENO JURADO, Sevilla, Padilla Libros.

⁸ PLATÓN, (2003), *Diálogos. Obra completa en 9 volúmenes*, vol. I: Apología. Critón. Eutifrón. Ion. Lisis. Cármides. Hippias menor. Hippias mayor. Laques. Protágoras, Madrid, Editorial Gredos.

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (2001), *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª edición, Tomo I, Bogotá, Espasa Editores.

¹⁰ KANT, Immanuel, (1986), *En torno al tópico “Tal vez eso sea correcto en la teoría pero no sirve para la práctica”*, Madrid, Tecnos, p. 26.

frase de KANT nos permite anticipar que el concepto de incitación no es más que inducir con fuerza a alguien a una acción, según su definición más natural.

En palabras del DRAE, no es más que inducir por fuerza a alguien a realizar una acción, lo que, según parece, coincide con FISS, quien explica que, para hablar válidamente de incitación, es necesario que los individuos sean animados a realizar una conducta prohibida y el asunto haya ido “más allá de la esfera deliberativa”¹¹.

Es decir, el asunto debe superar el terreno del diálogo.

1.2.3. Terrorismo

Aparentemente, los conceptos previos no generan mayor discusión; sin embargo, no ocurre así en lo que respecta al *terrorismo*, idea que merece unas líneas adicionales, con especial énfasis en el plano internacional; pues, dentro de cada país, conforme más adelante se anotará, puede tener matices diferentes. Por lo pronto, es necesario hacer un análisis de ese fenómeno, para lo cual, es imprescindible delimitarlo y lograr una aproximación a la idea de terrorismo.

1.2.3.1. ¿Es posible determinar un concepto de terrorismo?

Suele decirse que el término apareció durante la Revolución francesa para designar el “reinado del terror” implementado por los jacobinos una vez alcanzaron el poder, cuando ROBESPIERRE¹² ejecutaba o encarcelaba a sus opositores de forma indiscriminada. Es curioso que una palabra de tan reciente aparición (tan solo algo más de dos siglos) genere tanto impacto en nuestro medio. Esto se observa en varios planos, uno de los cuales es, como ha sido señalado, la invariabilidad, por lo menos fonética, de la expresión en buena

¹¹ FISS, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, Editorial Fontamar, México, 1997, p. 139.

¹² RIVAS NIETO, Pedro, (2012), “Terrorismo y antiterrorismo en el mundo contemporáneo”, *Debate*, Bogotá, p. 35. Sin embargo, advierte que los contornos otorgados al terrorismo parisino de aquel entonces difieren notablemente de los de ahora.

parte de los idiomas sobre el planeta, a pesar de que otras expresiones, también relacionadas con actos delictivos, puedan tener diferente raíz¹³. Igualmente, otro de aquellos planos, que va por la misma vía, es la atención que la literatura ha prestado al fenómeno, también en comparación con otros injustos, tanto en lengua castellana (cuadro n.º 1, anexo), como en lengua inglesa (cuadro n.º 2, anexo)¹⁴. Cabe mencionar que, asimismo, el término es utilizado como etiqueta de manera frecuente, dado el impacto que la palabra terrorista¹⁵ tiene en cualquier oración¹⁶.

Así lo ha hecho el expresidente URIBE al aludir a los desmovilizados de un grupo guerrillero, que ahora hacen parte de un partido político¹⁷; un congresista colombiano para describir a un movimiento de derecha¹⁸; la senadora Keyko FUJIMORI para referirse a unos

¹³ FLETCHER, George, (2016), *El indefinible concepto de terrorismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 10.

¹⁴ Para tal fin, se ha utilizado la herramienta *Ngram Viewer* de Google, que explora los libros publicados en las lenguas más representativas, y el número porcentual de veces que aparece una expresión en esos textos. Para el caso, se ha tomado, como hito, el fin de la Segunda Guerra Mundial y se ha comparado con otros conceptos como feminicidio, lavado de activos y crimen organizado, tanto en castellano, como en inglés. Los resultados son sorprendentes y muestran la descomunal atención que ha recibido el terrorismo en la literatura.

¹⁵ Posiblemente conectada con su raíz “terror” que, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa “miedo intenso”, aspecto que debería ser tenido en cuenta, a pesar de las normativas internacionales, en cualquier intento por definir al terrorismo.

¹⁶ LLOBET ANGLÍ lo ejemplifica de manera muy gráfica: “un ‘ciberterrorista’ es peor que un *hacker* informático, un ‘terrorista forestal’ es un más reprochable que un pirómano, o un ‘terrorista doméstico’ es más execrable que un maltratador”. LLOBET ANGLÍ, Mariona, “¿Terrorismo o terrorismos?: sujetos peligrosos, malvados y enemigos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid RJUAM*. n.º 21, 2015-I, p. 229.

¹⁷ Recuperado de: <https://goo.gl/zdpcxr>. Consultado en noviembre de 2015

¹⁸ Recuperado de: <https://goo.gl/NPdTpb>. Consultado en noviembre de 2015

manifestantes¹⁹; la expresidenta Cristina KIRCHNER²⁰ en relación con los fondos económicos; un político dominicano al aludir a los sindicalistas²¹; el rey de Arabia Saudita lo hace, a través de una ley recientemente aprobada, frente a los ateos²²; y, finalmente, Madonna, quien sin duda califica de terroristas a los piratas informáticos que se inmiscuieron en sus archivos digitales²³.

De esta seguidilla, se advierte una polisemia comúnmente otorgada al terrorismo que recuerda las palabras del escritor estadounidense Chuck PALAHNIUK: “cuando no entiendes algo puedes hacer que signifique cualquier cosa”²⁴. Eso es tal vez lo que tenía en mente cierto representante del Reino Unido ante la ONU al decir, en un vano intento de definición que acude a la tautología, que “lo que se ve, huele y mata como el terrorismo, es terrorismo”²⁵. Como diría FLETCHER, la etiqueta del terrorismo tiene “un encanto casi irresistible”²⁷.

De la dificultad para encontrar un correcto concepto de terrorismo da cuenta el interesante trabajo de Joseph EASSON y Alex SCHMID, quienes recopilaron más de

¹⁹ Recuperado de: <https://goo.gl/hR6kPS>. Consultado en noviembre de 2015

²⁰ Recuperado de: <https://goo.gl/9g3Cxb>. Consultado en marzo de 2017

²¹ Recuperado de: <https://goo.gl/LdmmmF>. Consultado en julio de 2017

²² Recuperado de: <https://goo.gl/FnukUR>. Consultado en julio de 2017.

²³ Recuperado de: <https://goo.gl/5CJbHB>. Consultado en noviembre de 2017

²⁴ PALAHNIUK, Chuck, (2003), *Diary (Novel)*, Nueva York, Editorial Doubleday.

²⁵ Sir Jeremy GREENSTOCK, Representante del Reino Unido ante la Asamblea General de la ONU (DOC. A/56/PV.12, p. 18).

²⁶ El profesor WALKER, trae al recuerdo una cita de David Tucker, quien dijo: “above the gates of hell is the warning that all that enter should abandon hope. Less dire but the same effect is the warning given to those who try to define terrorism”. WALKER Clive, (2006), “Cyber-Terrorism. Legal Principle and Law in the United Kingdom”, *Penn State Law Review*, vol. 110:3, Penn, p. 628.

²⁷ FLETCHER, Op. cit., p. 17.

doscientos cincuenta definiciones “académicas, gubernamentales e intergubernamentales de terrorismo”²⁸. Algunas de ellas se fundamentan en dos ideas centrales: causación de un gran daño y una finalidad específica del autor, que va más allá de la voluntad de agredir a una persona o a un bien.

Por otra parte, FLETCHER no se aventura a dar un concepto, sino que prefiere utilizar algunos criterios, a la manera de indicadores, para establecer si estamos ante un acto terrorista²⁹, a saber: i. la violencia (a la vida y seguridad de los seres humanos); ii. la intención requerida (políticos o ideológicos); iii. la naturaleza de las víctimas (civiles); iv. la (posible) conexión del ofensor con el Estado; v. la justificación y motivo de su causa (causación de terror); vi. el nivel de organización (a mayor organización, mayor temor); vii. el elemento teatral (acto inesperado que captura titulares); y viii. la ausencia de culpa (convicciones religiosas o políticas). De los anteriores, advierte que no necesariamente deben ser concurrentes y que algunos de ellos resultan discutibles.

Algunos como REINARES acentúan, como rasgo característico del terrorismo, el efecto “psíquico desproporcionado” que causa un acto de esa naturaleza, por lo que lo relevante es la “intención de suscitar reacciones emocionales tales como ansiedad, incertidumbre o amedrentamiento”³⁰, en un determinado sector de la población. En cambio, LLOBET ANGLÍ explica que por terrorismo debe entenderse aquel tipo de conducta delictiva violenta, reiterada e indiscriminada; dirigida contra bienes jurídicos personalísimos “capaces de instrumentalizar a las personas para conseguir fines políticos”³¹. De este

²⁸ EASSON, Joseph y SCHMID, Alex,(2011), *The Routledge Handbook of Terrorism Research*, Nueva York, Routledge, p. 99.

²⁹ FLETCHER, Op. cit. p. 37.

³⁰ REINARES, Fernando, (1998), *Terrorismo y antiterrorismo*, Barcelona, Editorial Paidós, Estado y Sociedad, p. 15. Es tan importante este elemento para el mencionado autor, que sostiene que “mientras la acción guerrillera procura ocupar el espacio, el terrorismo se esfuerza por ocupar la mente”, p. 27.

³¹ LLOBET ANGLÍ, “¿Terrorismo o terrorismos?...”. Op. cit., p. 232.

concepto, resalta la condición de ser delito medio que utiliza diferentes tipos de instrumentalización como métodos de “coacción dirigida al gobierno para conseguir una finalidad”³² especialmente dirigida al plano político.

A su vez, para PÉREZ CEPEDA se ha de entender como delito terrorista aquel que, al utilizar la plataforma de una organización, emplea medios violentos graves e indeterminados contra las personas y persigue destruir o alterar gravemente el sistema político, en el entendido de destruir un modelo de Estado justo, en el que se respeten los derechos humanos³³.

Autores como WALTER proponen que la magnitud del crimen constituye el aspecto objetivo, mientras que una determinada intención o motivación por parte de los perpetradores conforma el elemento subjetivo³⁴. Algunas definiciones, especialmente aquellas arraigadas en la normatividad nacional o internacional, hacen énfasis en uno u otro criterio, como se verá a continuación.

En el ámbito internacional se han propuesto un buen número de definiciones y, de hecho, no son pocos los tratados que se han aprobado en relación con el tema, en los que se menciona o se busca una aproximación al fenómeno. Un primer intento ocurrió en el contexto de la Sociedad de las Naciones —organismo previo a las Naciones Unidas— cuando se propuso la convención de Ginebra de 1937, cuyo propósito era prevenir y

³² *Ibidem*, p. 235.

³³ PÉREZ CEPEDA, Ana, (2017), *El Pacto antiyihadista. La criminalización de la radicalización*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 308.

³⁴ WALTER, Christian, (2003), “Defining Terrorism in National and International Law”, en: WALTER, VÖNEKY, RÖBEN, SCHORKOPF (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and international Law: Security vs Liberty?*, Berlin/Heidelberg, Springer.

sancionar el terrorismo³⁵. Posteriormente, se han adoptado varios instrumentos que, de alguna forma, se refieren al fenómeno terrorista.

En orden cronológico, podrían relacionarse los siguientes:

1) el Convenio sobre las Infracciones y Otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves, de 14 de septiembre de 1963;

2) la Convención para la Represión de la Captura Ilícita de Aeronaves, de 16 de diciembre de 1970;

3) el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 23 de septiembre de 1971;

4) el Convenio sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, de 14 de diciembre de 1973;

5) el Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes, de 17 de diciembre de 1979;

6) la Convención para la Protección Física de los Materiales Nucleares, de 3 de marzo de 1980;

7) el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicios a la Aviación Civil Internacional, de 24 de febrero de 1998;

8) la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de 10 de marzo de 1988;

³⁵ Este documento definía al terrorismo como “criminal acts directed against a State and intended or calculated to create to a state of terror in the minds of particular persons, or group of persons or the general public”. Sin embargo, este instrumento nunca entró en vigencia, dado el número de salvedades hechas por los Estados, principalmente en relación con la extradición. El documento original puede verse en: <https://dl.wdl.org/11579/service/11579.pdf>. Consultado en marzo de 2016.

9) el Protocolo para la Represión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, de 10 de marzo de 1988;

10) el Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos, de 1 de marzo de 1991;

11) Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas con Bombas, de 15 de diciembre de 1997;

12) el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 9 de diciembre de 1999 y

13) el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, de 14 de septiembre de 2005³⁶.

Concretamente, en 1994 la Asamblea General de las Naciones Unidas se ocupó del tema y describió al terrorismo de la siguiente forma: “actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas”³⁷. Esta definición aparece también en otro pronunciamiento de 1997³⁸.

Posteriormente, en la Resolución 1566 de 2004, el Consejo de Seguridad de ese organismo³⁹ agregó al anterior concepto que el terrorismo también podría tratarse de actos criminales que pongan en peligro la vida o la propiedad, orientados a intimidar una población, u obligar a un gobierno o un organismo internacional a hacer, o abstenerse de hacer, algún acto. Asimismo, limitó los actos terroristas que constituyan ofensas conforme

³⁶ El texto íntegro de los instrumentos puede encontrarse en: <https://goo.gl/hzZ5K7>. Consultado en noviembre de 2016.

³⁷ Resolución 49/60 del 17 de febrero de 1995.

³⁸ Resolución 51/210 del 16 de enero de 1997.

³⁹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://goo.gl/TtXC4Y>. Consultado en septiembre de 2016.

a los tratados contra este fenómeno. De esta manera, el acento para el Consejo de Seguridad no está en las razones políticas, de modo que, tal como reflexiona SAUL, estarían reprochados los actos privados que busquen simplemente aterrorizar, intimidar o coaccionar. Por este motivo, para ese autor, algo de lo que ha distinguido al terrorismo se perdió⁴⁰.

En tiempos más recientes, se ha conformado una comisión de expertos⁴¹ con el fin de redactar una convención general sobre terrorismo internacional, cuyo texto aún no ha sido aprobado. En ella se propone lo siguiente:

Comete actos de terrorismo en el sentido de esta Convención aquel que ilícita e intencionalmente por cualquier medio causa:

- a) la muerte o lesiones graves a otra persona o personas;
- b) daños graves a bienes públicos o privados, incluyendo lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, infraestructura o el medio ambiente; o
- c) daños a los bienes, lugares instalaciones o redes a los que hace referencia en el apartado anterior cuando produzcan o sean susceptibles de producir gran perjuicio económico;

Siempre y cuando el propósito de tal acto sea, ateniendo a su naturaleza y contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo⁴².

⁴⁰ SAUL, Ben, “Defining ‘terrorism’ to Protect Human Rights”, *FRIDE, Working Paper* n.º 20, febrero de 2006, p. 15.

⁴¹ Comité Especial de las Naciones Unidas. “Comprehensive Convention on International Terrorism”. Disponible en: <https://goo.gl/iYRaqr>. Consultado en octubre de 2016. Traducción libre.

Múltiples aspectos podrían ser analizados en relación con la definición propuesta pero, por ahora, conviene detener la mirada en el numeral 1. Allí, en el literal a), se sostiene que los actos se pueden cometer contra cualquier persona, lo que —en principio y como se verá más adelante— deja por fuera aspectos relacionados con los conflictos armados o los movimientos de resistencia civil. A su vez, el literal b) incluye el daño grave a bienes públicos o privados, lo cual podría encajar perfectamente en actos de vandalismo, que no necesariamente coinciden con el fenómeno analizado.

Como se anotaba anteriormente, al analizar las definiciones de terrorismo, se suele distinguir el aspecto objetivo —reseñado en el párrafo que precede— del elemento subjetivo. En la definición propuesta, se aprecia que se habla de “propósito”, mas no de motivación⁴³. Por tanto, no interesa, a efectos del borrador de la Convención, cuán valioso

⁴² De alguna forma se parece mucho al documento “Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo”, que en el 2010, el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin SCHEININ, formuló como “práctica óptima en la lucha contra el terrorismo”. En ese sentido, indicó que “[s]e entenderá por terrorismo todo acto o tentativa de acto que: 1. El acto: a) Esté constituido por toma de rehenes intencionada; o b) Se proponga causar la muerte o lesiones corporales graves a una o más personas o a partes de la población; o c) Entrañe el recurso a la violencia física con efecto mortal o contra una o más personas o partes de la población; y 2. El acto o la tentativa deben ejecutarse con la intención de: a) Provocar un estado de terror entre la población en general o partes de ella; u b) Obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer algo o abstenerse de hacerlo; 3. El acto: a) Debe corresponder a la definición de delito grave contenida en la legislación nacional promulgada con el propósito de ajustarse a los convenios y protocolos internacionales relativos al terrorismo o a las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas al terrorismo; o b) Debe contener todos los elementos de delito grave definido por la legislación nacional.

⁴³ En términos generales aparece en la Decisión Marco de 2002 sobre terrorismo de la Unión Europea, al afirmar en el artículo 1:

1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i), tipificados como delitos según los respectivos derechos nacionales que, por su naturaleza o su

pueda ser, en términos políticos, religiosos, raciales, culturales o ideológicos, el acto realizado. Solo interesa que el propósito sea intimidar a la población o compeler a un gobierno o a una organización internacional a hacer o abstenerse de hacer algún acto.

Es importante revisar las excepciones que trae la propuesta de convención a la definición de terrorismo. Esta señala:

1. Nada en esta convención afectará otros derechos, obligaciones y responsabilidades de Estados, pueblos o individuos bajo la ley internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario.

2. Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, entendidas en virtud del Derecho Internacional Humanitario, que se rigen por esa ley, no se rigen por esta Convención.

3. Las actividades emprendidas por las fuerzas militares de un Estado en ejercicio de sus deberes oficiales, en la medida que se rigen por otras normas del derecho internacional, no se rigen por el presente convenio.

4. Nada en este artículo tolera o hace lícitos los actos que de otra manera son ilegales, ni impide el procesamiento por otras leyes.

contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

—intimidar gravemente a una población,

—obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,

—o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

Recuperado de: <https://goo.gl/3T2AGT>. Consultado en abril de 2017.

Entre los temas que han impedido el consenso necesario para lograr la aprobación del Convenio, se encuentran aquellos que fueron resaltados en la transcripción previa. En efecto, los pueblos de la Organización de Cooperación Islámica han propuesto un párrafo según el cual:

La lucha de los pueblos, incluida la lucha armada contra la ocupación extranjera, la agresión, el colonialismo y la hegemonía, dirigida a la liberación y la autodeterminación de conformidad con los principios del derecho internacional, no se considerará un crimen terrorista⁴⁴.

El principal fundamento por el que formalmente se defiende esta postura tiene origen en la afirmación, según la cual, el derecho a la autodeterminación de los pueblos hace parte del *ius cogens*. Sin embargo, se intuye que los países árabes aspiran a que los actos que procuran la lucha por la liberación o autodeterminación de los pueblos no sean considerados terroristas, lo que tiene mucho que ver con el conflicto palestino-israelí, en el que, por razones históricas y religiosas, los países del norte de África han buscado una posible reivindicación de los derechos de los discípulos de Mahoma.

Por análogos motivos, también se ha mostrado cierta preocupación frente al hecho de que las fuerzas militares sean excluidas de un Estado de actos terroristas, pues podría legitimarse, por esta vía, lo que se ha denominado como terrorismo de Estado.

Las reflexiones precedentes coinciden con las ideas de WALTER, quien distingue dos clases de terrorismo, acorde a su tipología. Por una parte, el tipo de terrorismo que busca la reivindicación o la libertad de parte de la población de un país, como en el caso de ETA (en España), IRA (en Irlanda) o el PKK (en Turquía); incluso, el autor adjunta los grupos Palestinos en Israel. En el otro lado, estarían los grupos armados organizados que intentan imponer una visión política a todo el país y no a un solo sector de este, como las Brigadas Rojas en Italia y la RAF en Alemania⁴⁵.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ WALTER, Op. cit.

Hasta tanto no se logren zanjar las discrepancias en relación con las excepciones al concepto de terrorismo, según la propuesta de convención, la distinción precedente no tiene mayor repercusión legal⁴⁶ y, de hecho, deja por fuera aquel terrorismo que no busca imponer criterios políticos, sino deslegitimar a quienes tienen otra fe, como en el caso del terrorismo con base en raíces religiosas. Sin embargo, el desconocimiento de estas dos categorías ha incidido precisamente en la dificultad de lograr un consenso en la definición de lo que es terrorismo.

El hecho de que no exista un acuerdo internacional sobre lo que es o no terrorismo no es de menor importancia. Especialmente, si se tiene en cuenta que la lucha contra este fenómeno depende necesariamente de qué entendemos por tal. No se hace referencia solo a la lucha militar o a la cooperación internacional, sino también a la atribución de responsabilidad penal en el marco de un proceso judicial. Etiquetar a alguien o a un grupo de personas como terroristas puede conducir, por ejemplo, en el hecho de que, cualquier negociación económica que se haga con ellos pueda ser catalogada, sin más, como financiación del terrorismo. También debe recordarse que, en las legislaciones de diversos países existen medidas diferenciadas como la naturaleza de los jueces, las restricciones de derechos e, incluso, los actos de investigación que se consideran legítimos para investigar a las personas señaladas de cometer algún acto terrorista o delito conexo⁴⁷.

⁴⁶ Sin embargo, para AMBOS y TIMMERMAN, el proyecto de instrumento al que nos hemos referido, constituye una *opinio iuris* común, útil, por ejemplo, para establecer que no hay interés en hacerlo universalmente perseguible. AMBOS, Kai y TIMMERMAN, Anina, (2016), “Terrorismo y Derecho Internacional Consuetudinario”, en: AMBOS, Kai *et al.* (eds), *Terrorismo y Derecho Penal*, Berlín, Cedpal/Konrad Adenauer Stiftung, p. 41.

⁴⁷ Debe decirse que, en el ámbito regional la situación no difiere mucho. La Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada el 3 de junio de 2002 por la Asamblea General de la OEA, ni siquiera se toma la molestia de tratar de definir el concepto que busca repeler. Se limita a decir que “el terrorismo constituye un grave fenómeno delictivo que preocupa profundamente a todos los Estados miembros, atenta contra la democracia, impide el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, amenaza la seguridad de los Estados, desestabilizando y socavando las

En el plano político, la situación no difiere mucho. Los ejemplos con los que se dio inicio a este apartado permiten ilustrar la situación: sugerir que un oponente es un terrorista es una forma de deslegitimar su discurso y, como advierte MOORE, esto se convierte en una herramienta para justificar muchas acciones estatales. Así lo puntualizó el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre el Terrorismo:

“La rúbrica de la lucha contra el terrorismo puede utilizarse para justificar actos de apoyo a agendas políticas, como la consolidación del poder político, la eliminación de opositores políticos, la inhibición de la disidencia legítima y/o la supresión de la resistencia a la ocupación militar”⁴⁸.

Por lo pronto, al tratar de encontrar un punto de referencia objetivo para el fenómeno analizado, es importante considerar la magnitud de la violencia causada como signo característico del terrorismo, sin perder de vista que este criterio no es suficiente. Se suele acompañar, como ya se ha mencionado, del propósito de intimidar a la población o de la compulsión de un gobierno. Sin embargo, no se trata de cualquier tipo de coacción o intimidación, pues, como bien razona SAUL, la violencia privada también puede traer como consecuencia la intimidación, a partir de la extorsión o disputas entre organizaciones criminales. El terrorismo tiene siempre un objetivo o propósito en sentido amplio, que puede ser político, ideológico, religioso, étnico o filosófico.

En palabras del autor mencionado, este genera una “violencia orientada al público” (*publicity-oriented violence*), por cuanto “la presencia de un motivo político distingue el terrorismo de la violencia privada, que también intimida a una población u obliga a los

bases de toda la sociedad, y afecta seriamente el desarrollo económico y social de los Estados de la región”. Es decir, no define los actos ejecutados y menos el propósito o la intención del autor. Se conforma con referir genéricamente sus efectos. Más adelante abordaremos los instrumentos relevantes del viejo continente, con el propósito de entender el tipo penal de apología del terrorismo, en el contexto normativo europeo y, especialmente, el español.

⁴⁸ Informe del Grupo de Trabajo de Políticas sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo, UN Doc. A/57/273/ Anexo (2002).

gobiernos”⁴⁹. Estas mismas dos características son también enunciadas por HOFFMAN⁵⁰ dentro de las varias que considera. Por tanto, se ha indicado que “in general terms, terrorism can thus be conceived as a means of social communication”⁵¹. De lo anterior, se desprende, además, que lo importante no es el acto terrorista como tal, sino el mensaje que con él se pretende llevar⁵². De allí que estemos ante un delito que no es un fin en sí mismo⁵³.

Aunque no es el propósito de este trabajo encontrar una unívoca definición de terrorismo, sí es un aspecto muy relevante el hecho de que no exista claridad sobre qué es terrorismo y quiénes son los que ejecutan dicho comportamiento, pues, como se verá más

⁴⁹ SAUL, Op. cit., p. 24.

⁵⁰ Específicamente incluye las siguientes: i) indudablemente está motivado por objetivos políticos; violento, o con amenaza de ser violento; iii) diseñado para lograr repercusiones psicológicas de amplio alcance, más allá de la víctima o el objetivo inmediato; dirigido por una organización con una cadena de mando identificable o por una pequeña estructura conspirativa, cuyos miembros no utilizan uniforme o insignias, y; iv) perpetrado por un grupo subnacional o por una entidad no estatal. HOFFMAN Rodin, (2006), *Instead Terrorism*, Nueva York, Columbia University Press, p. 43.

⁵¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Terrorism and Criminal Law: The dream of prevention, the nightmare of the rule of law”, *New Criminal Law Review*, vol. 14, n.º 1, Los Ángeles, Universidad de California, invierno de 2011, p. 117. En el mismo sentido, PAWLIK, Michael, (2010), *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, p. 142; así como, DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, (2006), *La lógica del terrorismo*, Madrid, Alianza Editorial, p. 42.

⁵² La publicidad es un elemento tan importante para identificar el terrorismo, que a la primer ministra británica, Margaret Thatcher, se le atribuye la siguiente frase: “we are try to find ways to starve the terrorist and hijacker of the oxygen of publicity on which they depend”, en: WALTER Clive. *Cyber-terrorism...* Op. cit. p. 664.

⁵³ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Op. cit., p. 43.

adelante, este elemento es de suma relevancia en la constatación de lo que quiere comunicar el tipo penal.

1.2.3.2. ¿Es posible hacer una distinción del terrorismo frente al crimen organizado?

A diferencia de lo ocurrido con el terrorismo, podría pensarse que la comunidad internacional ha logrado un consenso en relación con la definición de crimen organizado, la cual quedó plasmada en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, conocida como la Convención de Palermo, adoptada en el año 2000. En el artículo 2 se precisa:

Para los fines de la presente Convención:

- a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;
- b) Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;
- c) Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;
- d) Por “bienes” se entenderán los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos

o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

La anterior definición puede merecer un análisis tan detenido como el que se realizó con el concepto de terrorismo; sin embargo, los elementos contenidos en el instrumento internacional permiten su fácil comprensión. Tal vez algunas observaciones pueden hacerse al respecto, por ejemplo, que calificar al grupo delictivo de “estructurado” no tiene una utilidad práctica. ¿Existe algún caso de crimen organizado que no obedezca a una estructura? ¿Qué debe entenderse por estructura? Por otra parte, señalar que la delincuencia organizada busca obtener “otros beneficios de orden material” es tal vez una imprecisa idea que pretende abarcar cualquier cosa y que puede ser interpretada de varias formas, incluso, de manera conveniente por los Estados para reprimir legítimas luchas o aspiraciones sociales.

Finalmente, catalogar como delito grave aquel que sea sancionable con penas de cuatro años o más, es bastante cuestionable. Cada Estado define la sanción a imponer por un determinado comportamiento, posiblemente con base en una política criminal racional, en cierta escala de valores, en los fenómenos delictivos más reprochables o recurrentes, e incluso en los mandatos constitucionales y los compromisos internacionales que determinado país tenga. Pero también, la sanción de cuatro años puede responder a meros intereses sectoriales en aquellos lugares donde existan modelos autoritarios de gobierno. No son pocos los pueblos en los que la libertad de expresión, los delitos contra la patria, o las conductas realizadas por las mujeres son castigados más drásticamente. En otro sentido, un país puede decidir subir las penas a más de cuatro años para que determinados comportamientos queden comprendidos dentro de la convención de Palermo, sin que medie una valoración acerca de su objetiva gravedad, sin perjuicio de los criterios que en los ámbitos regionales o nacionales existen para definir al crimen organizado que, sin inconveniente alguno, difieren del instrumento internacional⁵⁴.

⁵⁴ Con claridad así lo expone ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, (2009), “Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal”,

Al margen de estas breves reflexiones, lo interesante es —para efectos del presente capítulo— que se puede identificar fácilmente que, por lo menos para la Convención de Palermo, la finalidad del crimen organizado es “obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Por lo tanto, puede evidenciarse que hay una nota distintiva bastante relevante entre ese fenómeno y el crimen organizado.

Tal como ya se mencionó, mientras el terrorismo se fundamenta en una violencia orientada al público con el propósito de intimidarlo o de presionar al gobierno, la delincuencia organizada persigue beneficios económicos o de otra naturaleza material⁵⁵. Es cierto, un fenómeno no excluye al otro, por lo que pueden ser concurrentes, pero eso no desconoce su distinta naturaleza.

Ese tratamiento diferenciado se hace latente también en los instrumentos internacionales. Nótese que en la Convención de Palermo se afirma que existe “profunda preocupación por los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo”, por lo que “exhorta a todos los Estados a que reconozcan los vínculos existentes entre las actividades de la delincuencia organizada transnacional y los

Estudios de Derecho Penal y Criminología, Granada, Editorial Comares, p. 56, al decir: “En primer lugar se debe advertir la dificultad de establecer una definición internacional de criminalidad organizada, pues como ya se ha puesto de relieve, esta muestra caras distintas en los diversos países, incluso dentro de la región europea (...). Así, por ejemplo, mientras en Italia sería más importante incidir en el método mafioso (...), en España sería relevante tener en cuenta el delito de terrorismo como propio de la criminalidad organizada”.

⁵⁵ Esta postura también es defendida por MOORE: “While terrorism involves ideological or political motives, the primary motive for organized criminal activity is profit”. MOORE, O, (2005), “Defining International Terrorism”, *Houston Journal of International Law*, vol. 27:2, Houston, p. 301. En el mismo sentido, ÚBEDA PORTUGUÉS sostiene que: “El fenómeno del Terrorismo tiene un carácter eminentemente de consecución de objetivos políticos, lo cual diferencia tal actividad ilícita respecto a las actividades ilícitas propias de la Delincuencia Organizada”. ÚBEDA PORTUGUÉS, José, (2009), “Nuevos avances y retos en la lucha contra el terrorismo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Disponible en: www.reei.org. Consultado en septiembre de 2016.

actos de terrorismo”. Esta conexión ya se hacía visible en la Declaración de las Naciones Unidas sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional de 1994.

Esta distinción trae consecuencias importantes en la forma en que es abordado el delito, en los métodos para su investigación e, incluso, en la función de la pena que en determinado caso puede considerarse idónea⁵⁶.

Aunque con algunos matices, es importante destacar que, ciertos autores⁵⁷, como WANG, sostienen que los modelos tradicionales de crimen organizado tienden a actuar de forma discreta, mientras que el terrorismo busca llamar la atención del público y, por consiguiente, de las autoridades encargadas de cumplir la ley. El interés de aquellos es obtener ganancias, mientras que estos procuran influir y afectar a la opinión pública. Esto hace que sus métodos también difieran considerablemente: el terrorismo, usualmente, hace oposición a ciertos modelos de Estado y, en ese estricto sentido, se le considera su enemigo; mientras que la delincuencia organizada muchas veces actúa en asocio con

⁵⁶ “Así, el tratamiento resocializador de un delincuente de la criminalidad organizada no es equiparable al de un delincuente terrorista. El grado de ideologización de este último es equiparable más al delincuente por convicción o al fundamentalista religioso”. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Criminalidad Organizada y sistema de Derecho Penal...”, Op. cit. Con más detalle puede verse su trabajo previo, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Sobre la resocialización de los presos terroristas”, Op. cit.

⁵⁷ Por ejemplo, PÉREZ, Luis Carlos, (1990), *Derecho penal*, Tomo III, 2ª edición, Bogotá, Temis Editores, p. 394, quien le atribuye al terrorista un actuar sigiloso para deslindarlo del delincuente político. Dice, en concreto, que “el delincuente político va a la calle, encabeza una multitud, lucha abiertamente. El terrorista se oculta, avanza sigiloso y sorprende por la brutalidad de su conducta. El delincuente político obedece a un plan de creación. El terrorista obedece a consignas de destrucción. El primero conquista la paz después del triunfo, y lucha por la reconciliación. El segundo, poseído por un morbo antisocial, sobre todo si es anarquista, no tiene paz mientras haya autoridad. El delincuente político es lo orgánico, lo coordinador. El otro es lo que no tiene órbita, el caos físico, intelectual y moral”.

agentes del Estado, o son estos quienes también integran sustancialmente las organizaciones criminales y se benefician de ellas⁵⁸.

Es innegable, se decía previamente, que estos fenómenos presentan ciertas similitudes. Es lo que, al utilizar la idea de teoría de conjuntos, podría llamarse una intersección, en la que ambos pueden tener elementos comunes. El más importante es el uso directo de la delincuencia por parte de organizaciones terroristas como fuente de financiamiento, como el tráfico de sustancias estupefacientes o el fraude financiero. Además, a pesar de lo poco racional que parecen los actos terroristas, es evidente una meticulosa preparación del acto criminal, cuyo detalle es comparable con el de la delincuencia organizada. Ambos pueden utilizar violencia extrema relacionada con secuestros y homicidios y los dos tienen una suerte de “fidelización” de sus miembros⁵⁹, por lo que el abandono de una de estas organizaciones se hace casi imposible. Finalmente, los dos se consideran una amenaza para buena parte de las naciones⁶⁰.

Pero, así como el terrorismo puede financiarse de conductas tradicionales del crimen organizado, este último también puede hacer uso de actos que causan terror para lograr

⁵⁸ WANG, Peng, “The crime-terror nexus: transformation, alliance, convergence”, *Asian Social Science*. vol. 6 .n.º 6, junio de 2006. Disponible en: www.ccsenet.org. Consultado en septiembre de 2016.

⁵⁹ CANCIO MELÍA, con apoyo en JAKOBS, sostiene que al hacer parte de dichas organizaciones se produce una pérdida de control del sujeto, pues se exige más de él, al punto que a ellas no se ingresa llenando un formulario “como en una asociación de criadores de hámster”. CANCIO MELIÁ, Manuel, (2008), “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en: *Crime Organizado. Tipicidade-política criminal-investigacao e Processo (Brasil, Espanha e Colombia)*. CALLEGARI, André Luís (org), Porto Alegre, Livraria do Avogado, p. 52.

⁶⁰ Sobre el particular, MAKARENKO, Tamara, “The Crime-Terror Continuum: Tracing the Interplay between Transnational Organized Crime and Terrorism”, *Global Crime*, vol. 6 n.º 1, febrero de 2004, pp. 129-145.

imponer determinadas reglas en un Estado o ganar luchas entre competidores. México y Colombia son tristes ejemplos de ello⁶¹.

Según lo expuesto, como bien lo advierte ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, aunque sean dos conceptos diferenciables entre sí⁶², no se descarta una alianza que se pueda presentar entre organizaciones tradicionales de crimen organizado, dedicadas, por ejemplo, a la falsificación de moneda, tráfico de estupefacientes, trata de personas o tráfico de migrantes, con quienes ejecutan actos terroristas, ya que a ambos les conviene mantener recursos económicos para sus respectivas actividades mientras desarrollan sus propósitos al margen del Estado de derecho.

Finalmente, hay una característica que, en palabras de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, es esencial en el crimen organizado, es la estructura como parte del sistema organizacional propio de esa forma delictiva⁶³. Contrario a esto, podría decirse que no todos los actos terroristas funcionan bajo una estructura organizada, prueba de lo cual son los ataques realizados por Theodore Kaczynski, conocido mejor como “Unabomber”⁶⁴, quien

⁶¹ Pablo Escobar Gaviria, en su tiempo, utilizó la estrategia del terror con esa finalidad: lograr que se prohibiera la extradición de colombianos o intimidar y anular a la competencia de los carteles de narcotráfico rivales. Las múltiples bombas que explotaron en las diferentes sedes de la cadena de farmacias La Rebaja, a inicios de 1989, que se suelen relacionar con el cartel de Cali, dan cuenta de ello. Una de dichas bombas explotó a solo dos cuadras de donde quien escribe estas líneas se encontraba. Una infografía puede verse en: <https://goo.gl/6kyaw>. Consultado en mayo de 2016.

⁶² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, (2016), “El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas”, *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, n.º 86, enero-junio 2016, Medellín, Universidad Eafit, p. 62. Dice sobre el terrorismo y el crimen organizado que “puede que en la realidad se entrecrucen como sucede con muchos fenómenos sociales, pero desde el punto de vista jurídico y de propuestas político-criminales son fenómenos criminales muy distintos”.

⁶³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada...* Op. cit., pp. 127 y 129.

⁶⁴ Nombre otorgado por el FBI, dado que se había caracterizado por poner bombas en universidades y aerolíneas.

aisladamente realizó actos terroristas en los Estados Unidos. Es lo que se conoce como el *lone Wolf*, o lobo solitario⁶⁵.

1.2.3.3. *Recapitulación*

Como se ha expuesto hasta ahora, es importante distinguir si el terrorismo y el crimen organizado son sinónimos. Pero, para poder identificar de qué estamos hablando, es necesario precisar lo que cada fenómeno analizado significa. Gran dificultad de consenso internacional se ha observado cuando se trata del terrorismo, pareciera que no así respecto de la delincuencia organizada.

La importancia de la definición legal permite establecer cuáles acciones legítimas puede tomar un Estado en relación con los actos desplegados, por ejemplo, si está facultada para usar la fuerza en el marco de los Convenios de Ginebra en razón de la existencia de un conflicto armado o si, incluso, puede considerarse que cierta clase de terrorismo internacional equivale a un “ataque armado”, lo que autorizaría a un Estado a hacer uso de la legítima defensa, en virtud del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

Al mismo tiempo, si de lo que se trata es de incidir en su capacidad económica, también debe tener un tratamiento diferente. De esta manera, el terrorismo puede ser financiado por recursos lícitos, incluidas donaciones de particulares o de gobiernos; pero, el lavado de dinero, como uno de los delitos más importantes asociados al crimen organizado, se nutre principalmente de recursos ilícitos. Por eso se ha creado una categoría diferente a la de lavado de activos, denominada financiación del terrorismo, tipo penal de carácter autónomo.

Si también se ha dicho que el terrorismo busca la publicidad de sus actos, pero el crimen organizado tradicional actúa subrepticamente, el método de investigación debe atender a estas particularidades. El terrorista se atribuirá rápidamente un atentado, de

⁶⁵ Que de alguna forma aparecía contemplado en la redacción del artículo 577, antes de la modificación de la Ley Orgánica 2/2015.

manera que el investigador criminal debe orientar sus esfuerzos no solo a identificar a su autor, sino también a las razones que lo llevaron a realizarlo. El autor del hurto a un banco o el falsificador de billetes, en cambio, siempre buscarán el anonimato.

Además, un tema que merecería todo un desarrollo conceptual separado es el de la teoría del delito y la función que la pena ha de cumplir en el caso concreto. Cuando quien persigue determinados ideales asociados con la política o la religión es privado de su libertad o sancionado de cualquier forma, puede asumir la posición de “mártir” entre quienes comparten tal ideología. Lo que no ocurre en el caso del crimen organizado. De ahí que la racionalidad de la pena deba considerar esta situación. De igual manera, si se ha destacado la posibilidad que tiene el crimen organizado de actuar en asocio con agentes del Estado, necesariamente se ha de precaver su capacidad de permear las instituciones al momento de elegir el lugar donde sus miembros se han de recluir.

Finalmente, en ciertos casos, los actos terroristas pueden tener una finalidad política (reivindicar un territorio, la liberación de un pueblo, la imposición de determinada ideología de gobierno o de fe), de tal suerte que, su eventual ejecución en desarrollo de un conflicto armado es innegable. Por lo tanto, el establecimiento de qué es terrorismo y qué puede ser crimen organizado común permite identificar si estamos ante un delito conexo con un delito político y, en consecuencia, si es susceptible de amnistía, indulto o cualquier otro mecanismo propio de los procesos de paz.

De hecho, el fenómeno analizado se ha enlazado con la protesta social. Así lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, ese Tribunal, en el caso *Narín Catriman y otros contra Chile de 2014*, sostuvo que:

“Varios órganos y expertos internacionales han afirmado que CHILE no ha resuelto de forma efectiva las causas que dan lugar a la protesta social mapuche en las regiones de Bío Bío y la Araucanía (supra, párr. 90). Al respecto, Ben Emmerson, Relator Especial sobre la promoción y protección de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo sostuvo que cuando el Estado no cumple con las expectativas de solucionar las reivindicaciones

territoriales indígenas mapuche permanece latente el riesgo de que las protestas sociales escalen de nivel. En este sentido, resulta prioritario que el Estado garantice una atención y solución adecuada y efectiva a tales reclamaciones para proteger y garantizar tanto los derechos del pueblo indígena como los del resto de los miembros de la sociedad en dichas regiones”.

En el caso precedente, en el que varios miembros de la comunidad Mapuche en Chile habían sido señalados de realizar actos terroristas, se resaltan conceptos como reivindicaciones territoriales y protestas sociales. Sin embargo ¿cuándo estos reclamos *escalán* de tal manera que una autoridad de cierto país pueda catalogarlos como actos terroristas? O, para el caso que nos ocupa, ¿en qué momento se hace legítimo reprimir las manifestaciones de esta naturaleza? Con la mente puesta en las dificultades anotadas para definir el concepto de terrorismo, enseguida pasamos a confrontar la conducta relacionada con la apología de los actos terroristas y con la garantía de la libertad de expresarse libremente; asimismo, y, en particular, a determinar de dónde deriva la importancia del derecho recién mencionado.

1.3. Problema base: la posible restricción de la libertad de expresión al penalizar la apología del terrorismo

Como se podía anticipar en el apartado precedente, la preocupación por el terrorismo ha generado una reacción normativa en el derecho internacional que, por cierto, no ha sido posible de consensuar entre las naciones. Uno de los aspectos más interesantes está asociado con la preocupación de difundir los mensajes terroristas y la posibilidad de reprimir penalmente un comportamiento de esa naturaleza. Esto ha provocado que se estime inválido tipificar un comportamiento de esta clase. El principal argumento se basa en la desproporcionada e injustificada afectación a la libertad de expresión. Por ello, a continuación se analizarán brevemente las razones que se han dado para permitir la libre expresión y difusión de las ideas y opiniones.

La mayoría de constituciones liberales del mundo defienden, de una u otra forma, el derecho a expresar y difundir sus pensamientos. En ellas, claro está, existen razones políticas, ideológicas, morales, filosóficas o históricas para hacerlo y, en ciertos casos, consagrar límites a su ejercicio. De paso, la interpretación que del texto constitucional se hace por parte de tribunales y jueces varía también, básicamente, con exactamente los mismos criterios ya mencionados. En últimas, se trata de cuánta libertad tenemos y hasta dónde podemos ejercerla. Esto tiene una clara explicación, no solo por los momentos históricos y las posturas de los jueces, sino por la textura abierta con la que se redactan las normas superiores.

DWORKIN describe con claridad los posibles extremos interpretativos, a través de su *personaje Nixon*⁶⁶, como estrecho o liberal. De tal suerte que los jueces deben decidir casos que van desde difusión de material de contenido sexual explícito o afrentas a determinado credo, hasta la incineración de una bandera.

La tolerancia frente a determinados actos de expresión, entonces, debe tener algún tipo de justificación. Existen varias formas de taxonomizar las razones que sustentan la libertad de expresión. Por ejemplo, STRAUSS⁶⁷ propone dos enfoques: i) aquel que privilegia la posición del individuo que exterioriza su opinión; y ii) el que se basa en un enfoque estructural o sistémico, en el que resulta preponderante la garantía en función del conjunto del sistema.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald, (2007), *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, p. 213. Para este autor los derechos pueden analizarse desde una perspectiva liberal o una estrecha. Esta última, según el autor, podría identificarse de alguna forma con el “construccionista estricto”, descrito por el expresidente Richard Nixon, a quien luego le atribuye toda la visión estrecha de los derechos individuales, en una suerte de personaje etéreo.

⁶⁷ STRAUSS, David, (1993), “Rights and the System of Freedom of Expression”, *U Chi Legal*, p. 197, citado por TENORIO, Pedro, “La libertad de comunicación en Estados Unidos y Europa”, en: *La Libertad de Expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, p. 103.

Esta doble dimensión es también destacada por ANSUÁTEGUI ROIG⁶⁸, quien, apoyado en SAAVEDRA LÓPEZ, sostiene que la libertad de expresión es tanto un derecho del hombre, como un derecho del ciudadano, en la medida en que permite la realización de la esfera privada, pero también facilita la participación en la vida política; por lo que identifica esta doble naturaleza con la Declaración de 1789, “del hombre y del ciudadano”.

Sin embargo, en la búsqueda de una mayor precisión, se expondrá una justificación para la libertad de expresión en tres sentidos diferentes, según lo propuesto por cierto sector de la doctrina⁶⁹. A continuación, se mencionan brevemente los fundamentos de cada una de ellas.

⁶⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco, (1990), “Notas sobre la evolución de la teoría liberal de la libertad de expresión”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 6, 1990-9-22, Madrid, Editorial Universidad Complutense de Madrid.

⁶⁹ Por ejemplo, BARENDT expone una cuarta razón que justificaría la protección a la libertad de expresión que él denomina “sospecha del gobierno” (*suspicion of government*), que se basa en la desconfianza que puede existir en el hecho de que la autoridad sea quien determine cuál discurso debe ser tolerado. Cfr. BARENDT, Erik, (2005), *Freedom of Speech*, Oxford, Oxford University Press, p. 13. En realidad, no se considera que esta sea una justificación para defender la libertad de expresión, sino un motivo para discutir la legitimidad de un gobierno para regularla o reprimirla, motivo por el cual, no se incluye en este apartado.

A su vez, EMERSON también propone cuatro valores implícitos a la libertad de expresión que podrían fundamentar su protección, a saber: i) una garantía de autorrealización del individuo, ii) una herramienta que habilita el acceder al conocimiento y a la verdad; iii) un instrumento que garantiza la participación de los individuos en la adopción de decisiones, en ámbitos como el político y el social; y vi) una herramienta para conservar el equilibrio entre estabilización y cambios sociales. Cfr. EMERSON, Thomas, (1963), “Toward a General theory of first Amendment”, *Yale Law Journal*, n.º 72, Faculty Scholarship Series, Yale, pp. 877 y ss.

1.3.1. Descubrimiento de la verdad

Esta idea se basa en que la discusión abierta permite descubrir la verdad, de tal manera que, de existir restricciones, estaríamos privándonos de importantes hechos y valiosas opiniones.

Los revolucionarios franceses se imaginaban a la libertad de expresión como el arma adecuada contra el monopolio del discurso, lo suficientemente útil como para lograr la verdad o la objetividad⁷⁰. Para BALLE, dos telones de fondo permiten solidificar estas ideas: el escepticismo, a saber, que no existe una sola verdad; y el optimismo, pues el mercado de las ideas posibilitará escoger entre la buena y la mala información⁷¹.

Esta última idea ya se avizoraba en las palabras del célebre autor de *Paraíso Perdido*, MILTON, quien en 1674 defendía la idea: “dejemos a la verdad contender con la falsedad, ¿quién que haya conocido alguna vez la verdad se inclinaría al mal en una confrontación abierta y libre?”⁷²; de ahí que, desde entonces, el escritor londinense

⁷⁰ Esto es palpable en Maximiliano ROBESPIERRE, cuyo texto aparece en el *Rapport fait au nom de la commission chargée de l'examen des papiers trouvés chez Robespierre et ses complices* (1795). Es llamativa la siguiente expresión: “debemos limitar a estos periodistas [pagados por el gobierno] que son los más peligrosos enemigos del país, y hacer circular ampliamente la información correcta”. Citado por CAPALDI, Nicholas, (1973), *Censura y libertad de expresión*, Buenos Aires, Editorial Libera, p. 134.

⁷¹ BALLE, Francis, citado por MEJÍA ALARCÓN, Roberto, (2005), *Antología: Derecho a la libertad de expresión*, Lima, Universidad Alas Peruanas, p. 124.

⁷² MILTON, Jhon, *Areopagítica, discurso a favor de la libertad de prensa*, prólogo y traducción de CARNER Josep, Buenos Aires, F. C. E., p. 89. Tal como explica BASI, la férrea defensa de MILTON a favor de la libertad de expresión surgió en un escenario bastante particular. Hacia 1643 el gobierno inglés decide tomar el control de todo aquello que se imprimiría. En un clima marcado por el presbiterianismo parlamentario, gracias a la alianza de la corona inglesa con los escoceses, MILTON decide casarse con una joven mujer, Mary Powell, de quien prontamente se separa. Por esa razón escribe *The Doctrine and Discipline of Divorce*, en el que justificaba las razones para divorciarse, obra que tuvo problemas para su publicación, dada la mencionada doctrina religiosa. De allí nace

proclamara, “dadme la libertad de saber, de hablar y de argüir libremente según mi conciencia, por encima de todas las libertades”⁷³.

Estas ideas también se aprecian en KANT, quien afirmó que “el único paladín del derecho del pueblo está en la libertad de la pluma”, por lo que reclamaba su ejercicio en el contorno de los límites que fundamentan un gran respeto a la Constitución, pues dicha norma es la que orienta la vida del ciudadano, de tal manera que, “por ello las plumas se limitan mutuamente, para no perder la libertad”⁷⁴.

Luego, MILL, en 1859, sustentaría la defensa de la libertad de expresión en la búsqueda de la verdad, por cuatro razones:

“a. Una opinión que es censurada puede ser verdadera. Nadie es infalible en sus opiniones ni tiene verdad absoluta en sus manos.

b. Aunque la opinión censurada sea errónea, puede contener algo de verdad.

c. Aunque la opinión generalmente aceptada sea totalmente verdadera, si no puede ser discutida y sostenida por quienes la admiten, se convertirá en prejuicio sin fundamentos.

Areopagítica. Sobre el tema, BASI, Vincent, (1995), “Milton’s Areopagítica and the modern first amendment, *Occasional paper*, n.º 6, Universidad de Yale. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/6/.

⁷³ *Ibidem*, p. 89.

⁷⁴ KANT, “Filosofía de la Historia”, (2000), *De la conducta moral y política*, selección de J. E. BALLADARES, Madrid, Fondo de Cultura Económica, p. 239.

*d. La opinión general y verdadera que no es discutida correrá el riesgo de perderse o debilitarse y convertirse en un dogma que impide el desarrollo de otras convicciones basadas en la razón o la experiencia personal*⁷⁵.

Pero, a pesar de lo liberal que parece su pensamiento en relación con la posibilidad de exponer ampliamente las ideas, también hace una importante advertencia que despierta especial interés para el presente trabajo:

*“Nadie pretende que las acciones deberían ser tan libres como las opiniones. Por el contrario, aun las opiniones pierden su inmunidad cuando las circunstancias en que ellas son expresadas son tales que su expresión constituye una instigación positiva a algún acto ilegítimo. Una opinión de que los comerciantes en cereales matan de hambre a los pobres o que la propiedad privada es un robo no debería ser molestada cuando simplemente es echada a circular a través de la prensa, pero puede incurrir justamente en una sanción al ser expuesta oralmente ante una turba excitada que se encuentra reunida frente a la casa del comerciante de cereales*⁷⁶.

De lo anterior, pareciera que el escritor londinense estima adecuado considerar el contexto al momento de determinar la justeza de la punición de las palabras.

Seguramente el conjunto de tales razonamientos cruzó el atlántico e impregnó el pensamiento del juez norteamericano Oliver WENDELL HOLMES Jr., quien, en un voto disidente al fallo conocido como Abrams contra Estados Unidos (1919), expuso:

“Permitir que un opositor se exprese, parece indicar que lo consideramos inofensivo, como cuando un hombre dice que halló la cuadratura del círculo, o bien, que no nos interesa en verdad el resultado o que dudamos de nuestro propio poder o nuestros argumentos. Pero cuando los hombres comprenden que el tiempo ha alterado muchas creencias en pugna, pueden

⁷⁵ MILL, Jhon, (1972), *Utilitarianism/On Liberty*, Glasgow, Fontana-Collins Editores, pp. 143 y ss.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 184. Traducción libre.

*llegar a creer, aún más de lo que creen en los fundamentos de su propia conducta, en la idea de que el bien deseado definitivo se logra mejor con el libre comercio de las ideas: que la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es el único terreno sobre el cual podrán realizar sus deseos en forma segura. Que, bajo cualquier concepto, esa es la teoría de nuestra Constitución*⁷⁷.

De esta forma, la doctrina inicia una fuerte influencia hacia la jurisprudencia y se va construyendo un concepto conforme el cual, el libre intercambio de ideas podría conducir a la verdad, lo que justificaría la protección a la libertad de expresión⁷⁸.

En tiempos más recientes, POPPER retoma estas mismas reflexiones y concluye que no se ha de preferir, en lugar de un relativismo y una tolerancia laxa, un pluralismo crítico, con el que se abriría una suerte de discusión o *competición racional de ideas*, una pugna racional de los diferentes argumentos, en la que la teoría que muestre mejores calidades sería la que podría aproximarse de manera más clara a la verdad y, a su vez, eliminaría otras teorías con no muy buenas condiciones⁷⁹.

⁷⁷ Texto completo de la decisión disponible en: <https://goo.gl/8ymRR3>. Consultado en enero de 2016. Traducción libre.

⁷⁸ La referida doctrina recuerda las palabras de Jorge Luis Borges, quien alguna vez dijo: “Las polémicas son inútiles, estar de antemano de un lado o del otro es un error, sobre todo si se oye la conversación como una polémica, si se la ve como un juego en el cual alguien gana o alguien pierde. El diálogo tiene que ser una investigación y poco importa que la verdad salga de uno o de boca de otro.”

⁷⁹ POPPER, Karl, (1983), *Sociedad abierta, universo abierto*, 5ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, pp. 140 y ss.

En la misma línea podría inscribirse a HABERMAS⁸⁰, para quien toda comunicación está orientada al entendimiento de los individuos, ya que esto es lo que ha hecho posible la sociedad y, en definitiva, que exista un acuerdo social. En tal sentido, las emisiones comunicativas traen en sí mismas una pretensión de validez intersubjetiva. Aquel que ejecuta la acción de hablar ofrece a sus interlocutores una idea de entendimiento sobre algo, de tal manera que esa idea tenga un alcance de universalidad. Pero, para que esto ocurra, debe existir una situación ideal del habla, concretada en dos presupuestos: i) la eliminación de toda coacción; y ii) la supresión de toda desigualdad en el discurso. Este es el principio de la ética comunicativa.

No obstante, es precisamente HABERMAS quien nos da una idea de las debilidades argumentativas sobre un posible *mercado libre de ideas*. Posiblemente, tanto el juez HOLMES como MILL partían de unas condiciones ideales de comunicación, pero bien sabemos que esto no es del todo cierto. El control de medios masivos por parte de las empresas privadas o del gobierno hace que la pluralidad en los discursos no sea real. La variedad de puntos de vista no se puede garantizar tan fácilmente cuando todas las personas no tienen las mismas posibilidades de llegar a un público amplio.

Además, se percibe cierta ingenuidad al afirmar que el intercambio de ideas permite alcanzar la verdad. Por una parte, porque, por ejemplo, la publicidad sobre las bondades de ciertos productos hace que a ellos se les atribuyan, falsamente, beneficios que posiblemente no tienen, caso en el cual, la regulación sobre publicidad engañosa se ha hecho necesaria.

Históricamente se le atribuye a Joseph GOEBBELS, jefe de campaña de Adolfo HITLER, la frase “una mentira repetida muchas veces suele convertirse en verdad”⁸¹. No se

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen, (2003), *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Barcelona, Editorial Paidós, *pasimm*.

⁸¹ Se suele discutir si realmente la frase hacía parte de la estrategia nazi o si, por el contrario, sus orígenes son más antiguos e, incluso, si GOEBBELS la utilizó para referirse a CHURCHILL. Sobre el punto puede leerse al profesor de la Universidad de Aarhus, Iván ALMEIDA, en: <https://goo.gl/Wav2p8>. Consultado en septiembre de 2016.

pierda de vista que los nazis llegaron al poder en 1933, en vigencia de la bastante liberal Constitución de la República de Weimar de 1919. No siempre el mercado libre de ideas permite alcanzar la verdad⁸².

Teóricamente, un mercado libre para la difusión de ideas suena bastante bien, al punto de que constituye una herramienta importante para alcanzar algún tipo de verdad. Sin embargo, parece que dicha herramienta, por sí sola, resulta insuficiente para alcanzarla, pues no existe una *mano invisible* que permita contener cierta clase de discursos que resultan opuestos, no solo a la teleología epistémica, sino a una axiología compatible con la dignidad humana.

1.3.2. La libertad de expresarse como forma de desarrollo libre de la personalidad

En el presente argumento se sostendría que la posibilidad de decir o escribir, así como de escuchar y leer, es inherente al ser humano, cual si se tratase de un derecho natural. De tal manera que, a diferencia del anterior fundamento, este no se fija en las consecuencias del diálogo, sino que considera a la posibilidad de expresarse como un bien en sí mismo. En efecto, está conectado con otros aspectos, en los cuales, se observa el significado de ser humano: libertad de religión, consciencia y pensamiento, por ejemplo⁸³.

⁸² Precisamente, discursos de discriminación o de expreso contenido sexual no necesariamente contribuyen a esta finalidad y, por tanto, buena parte de las legislaciones actuales ponen ciertos límites a su difusión. Tal referencia ya se observaba en la Constitución de Weimar, al decir: “Every German is entitled, within the bounds set by general law, to express his opinion freely in word, writing, print, image or otherwise. No job contract may obstruct him in the exercise of this right; nobody may put him at a disadvantage if he makes use of this right. There is no censorship; in case of the cinema, other regulations may be established by law. Also in order to combat trashy and obscene literature, as well as for the protection of the youth in public exhibitions and performances legal measures are permissible”. Disponible en: <https://goo.gl/h6uA1q>. Consultado en septiembre de 2016.

⁸³ BARENDT, Op. cit., p. 13.

En esa línea se inscribe claramente DWORKIN, para quien la libertad de expresión es un derecho moral y su restricción va en contra de la dignidad humana. Sus exactas palabras apuntan a que: “El derecho original a la libertad de expresión debe suponer que es una afrenta a la personalidad humana impedir a un hombre que exprese lo que sinceramente cree, particularmente respecto de cuestiones que afectan a la forma en que se lo gobierna”⁸⁴.

En el mismo sentido, SMOLLA se muestra partidario de entender que la garantía de la que se habla se desprende de la dignidad humana y su autonomía, por lo que es una herramienta para la autorrealización de la persona y, necesariamente, de su capacidad para pensar, imaginar y crear⁸⁵.

Para BAKER⁸⁶ la facultad de expresarse no se ha de garantizar por su contenido, ni por ser herramienta de comunicación, sino porque tiene un valor por sí misma. Así, se entenderían como válidas las expresiones artísticas. Se trata, entonces, de una autorrealización del yo, afirma el autor. Sin embargo, se debe advertir que, al poner el énfasis en quien emite el mensaje, la presente teoría descuida al receptor. De este modo, tendría mayor preponderancia la dignidad humana de quien realiza un discurso ofensivo respecto de quien lo padece. La contradicción es evidente: se asevera que la restricción de la libertad de expresión es una afirmación a la dignidad humana, aun en las hipótesis en que el discurso vaya en contra de ese valor.

⁸⁴ DWORKIN, Op. cit., p. 298.

⁸⁵ SMOLLA, Rodney, “Information, Imagery, and the First Amendment: A Case for Expansive Protection of Commercial Speech”, *Texas Law Review*. vol. 71: 777, Faculty Publications, Paper 872, p. 778. Disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/872>. Consultado en febrero de 2017. Sin embargo, en otro texto se le observará más integrador.

⁸⁶ BAKER, Edwin, “Scope of the First Amendment. Freedom of Speech”, *UCLA Law Review*, Rev. 964, 1977-1978, Los Ángeles, p. 964. Texto disponible en: <https://goo.gl/ZgpNPb>. Consultado en noviembre de 2016.

De la misma forma, si el pilote sobre el que se construye esta teoría es el individuo, esto dejaría por fuera la posibilidad de defender la libre expresión de las personas jurídicas y, por esa vía, incluso de los medios de comunicación. Según lo dicho, esta teoría también resulta insuficiente para justificar la existencia de la libertad de expresión como garantía.

1.3.3. La expresión como fundamento de la democracia

Por otra parte, hay quienes ven a la libertad desde una perspectiva funcional, sistémica, como instrumento válido para garantizar la existencia del modelo deliberativo democrático. Esto se observa, por ejemplo, en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, conocida como Whitney contra California (1927), con ponencia del juez BRANDEIS, en la que se sostuvo:

“Los que conquistaron nuestra independencia estimaron que el fin último del Estado es dar libertad a las personas para que desarrollen sus facultades y que, en su gobierno, las fuerzas de liberación debían prevalecer sobre lo arbitrario. Ellos valoraron la libertad como medio y como fin. Consideraron que la libertad es el secreto de la felicidad y que el valor es el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar como uno quiera y hablar como le plazca son los medios indispensables para el descubrimiento y la difusión de la verdad política; que sin la libertad de expresión y de reunión, toda discusión es inútil; que con ellas, la discusión cuenta de ordinario con la protección adecuada para evitar la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza para la libertad es un pueblo indolente; que la discusión pública es un deber político; y que esto debe ser un principio fundamental del gobierno de los Estados Unidos”⁸⁷.

⁸⁷ Texto completo de la sentencia disponible en: <https://goo.gl/gcsqPZ>. Consultado en enero de 2017. Traducción libre. En tiempos más recientes se observa un argumento análogo en Tinker v. Des Moines Scholl District, en el que se declararon constitucionales las sanciones impuestas a un estudiante que había fijado fuera de su escuela un aviso que decía “Bong Hits 4 Jesus”,

Tan inspiradoras frases están centradas en la discusión pública. En ese mismo orden, MEIKLEJOHN piensa que el propósito fundamental de la primera enmienda estadounidense es proteger el derecho de todas las personas a entender los asuntos políticos con el fin de participar efectivamente en la tarea democrática. Al respecto, el profesor inglés explicó que la primera enmienda no protege una libertad para hablar, sino que: “Protege la libertad de aquellas actividades de pensamiento y comunicación mediante los cuales nosotros gobernamos”⁸⁸. Por tanto, agrega, está comprometida, no con un derecho privado, sino con un poder público, una responsabilidad gubernamental.

Ahora bien, si esto fuera totalmente cierto, estaríamos dejando por fuera del espectro de protección de la libertad de expresión manifestaciones artísticas o humorísticas, que también deberían estar resguardadas por esa garantía. En este punto, además, solo sería posible defender la libertad de expresión en contextos democráticos, mas no en otras formas de gobierno. Incluso, aquel discurso que fuera en contra de tal modelo de Estado estaría por fuera del ámbito de protección. Un punto de vista así de contradictorio se observa en BORK, para quien no pueden tener protección las expresiones que pretendan derrocar el poder político, ya que estas no son una:

“expresión política, porque viola[n] las verdades constitucionales sobre los procesos democráticos imperantes, y no pretende[n] una nueva verdad política que pueda ser defendida por una mayoría legislativa. La expresión ‘subversiva’ rompe con las premisas del sistema democrático que

posiblemente alusivo al consumo de marihuana. Se explicó por el Tribunal que este comportamiento no contribuye a un debate público, por lo que está por fuera de protección constitucional.

⁸⁸ MEIKLEJOHN, Alexander, (1961), “The first amendment is an absolute”, *Supreme Court Review*, n.º 245.

precisamente constituye el fundamento para proteger la expresión política”⁸⁹.

Según eso, se insiste, la libertad de expresión solo se puede proteger en modelos de estado democráticos y cualquier discurso que pretenda modificar una forma de gobierno de tal naturaleza no puede ser objeto de salvaguarda⁹⁰. De cualquier forma, el Tribunal Constitucional alemán también ha tomado partido a favor del fundamento de la libertad de expresión y, en ese sentido, ha reconocido su importancia en la formación de opinión pública sobre asuntos políticos. Así, con base en el artículo 5 de la Ley Fundamental⁹¹, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

⁸⁹ BORK, Robert, (1971), “Neutral principles and some first amendment problems”, *Indiana Law Journal*, n.º 47, pp. 1 y ss. También puede verse, del mismo autor, “The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and hustler magazine vs. Falwell”, *Harvard Law Review*, vol. 103, n.º 3, enero de 1990, Boston, pp. 601-686.

⁹⁰ De semejante paradoja, oportunamente da cuenta MEIKLEJOHN, al afirmar que el principio de libertad de expresión “nos dice que libros como *Mein Kampf*, de HITLER, *El Estado y la Revolución* de LENIN, o *El Manifiesto Comunista*, de ENGELS y MARX, pueden libremente ser impresos, vendidos, distribuidos, leídos, discutidos, creídos o no por todos los Estados Unidos. Y el propósito de tal disposición no es proteger la necesidad de HITLER, LENIN, ENGELS o MARX de expresar sus opiniones en materiales vitales para ellos si es que la vida merece vivirse (...). Lo que decimos es que los ciudadanos de los Estados Unidos estarán mejor preparados para gobernarse a sí mismos con sus instituciones solo cuando se hayan enfrentado de plano y sin miedo a cualquier cosa que pueda decirse en favor de esas instituciones y en contra de ellas”. MEIKLEJOHN, Alexander, (1960), *Political Freedom*, Nueva York, Harper and Brothers, p. 57.

⁹¹ “1. Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura. 2. Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal”.

“Solo una discusión pública libre sobre asuntos de interés general asegura la libre formación de la opinión pública, que se representa en el Estado democrático liberal, necesariamente “pluralista”, en el antagonismo de los diferentes motivos, a su vez antagónicos por diferentes motivos, pero donde, en todo caso, las ideas presentadas libremente se consuman en argumentaciones y contra argumentaciones”⁹².

Luego dijo: “La libertad de las controversias ideológicas es un presupuesto inalienable para el funcionamiento de una democracia liberal, porque solo ella garantiza la discusión pública sobre asuntos de interés general y de significado para la política estatal”⁹³. Si se mantuviese esta línea argumentativa, se podría concluir que, con el fin de salvaguardar la democracia, podríamos llegar a la paradoja de suprimir algún discurso, si este se estimare contrario a un determinado componente democrático, incluidas las personas por esta vía elegidas. En otros términos, cuestionar a quien es elegido por la vía democrática puede entenderse como una forma de afectar ese valor, por lo que se justificaría la restricción a la libertad de formular tales interrogantes.

No deja de llamar la atención que, precisamente, en el entorno europeo, la declaración de 1789, aprobada por la Asamblea durante la Revolución francesa, en el artículo 10, se había establecido que “nadie puede ser molestado en sus opiniones, aunque sean religiosas, con tal que su manifestación no turbe el orden público establecido por la ley”.

A su vez, el artículo 11 expresa que:

La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar,

⁹² Sentencia BVerfGE 12, 113 (Schmid vs. Revista Spiegel), 1961. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por SCHWABE, Jürgen, México, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 209.

⁹³ Sentencia BVerfGE 25, 256 [Semanao Blinkfüer], 1969. *Ibidem*, p. 211.

escribir y publicar libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

Llama la atención la advertencia hecha en la primera de las disposiciones, “aunque sean religiosas”, en la que se siente un hálito de desconfianza, tal vez anclada en la identificación de lo clerical con el Antiguo Régimen. En ese sentido, parece que la idea jacobina descansa en la libertad de expresar sus opiniones y la excepción está en que tales ideas no turben el orden o no se haga un abuso de tal derecho, lo cual da al legislador la posibilidad de determinar dichas hipótesis.

Esta visión se remonta a la época de LOCKE⁹⁴, quien afirmó que, por regla general, las opiniones se han de tolerar, pero que el juez puede restringir esa garantía cuando dichas manifestaciones *perturben al gobierno*. Tal vez por ello se decía, en épocas de la Revolución francesa, “no demos libertad a los enemigos de la libertad”⁹⁵. Pero semejante

⁹⁴ LOCKE, Jhon, (1999), “Ensayo sobre la tolerancia”, en: *Ensayo y carta sobre la tolerancia*, Carlos MELLIZO(trad.), Madrid, Alianza Editorial, pp. 30-31.

⁹⁵ Esta frase suele ser erradamente atribuida a SAINT JUST, cuando en realidad le pertenece a Jean-Paul MARAT, médico y líder revolucionario, publicada en el *Journal de la République française*, n.º 51, 20 de noviembre de 1792. Disponible, bellamente escaneado en su versión original, en: <https://goo.gl/3eRggB>. Consultado en febrero de 2017. De igual forma, una reformulación de tal sentencia aparece en tiempos más recientes en RECASENS SICHES, así: “no debe haber libertad contra la libertad”. Dijo concretamente: “los liberales del siglo XIX incurrieron en un tremendo error; en admitir que las libertades individuales y, sobre todo, las libertades democráticas y los derechos políticos básicos podían ser ejercidos en cualquier sentido, en cualquier dirección, al servicio de cualquier fin, sin limitación de ninguna especie, y que, por lo tanto, el ejercicio de tales derechos y libertades debía ser permitido y garantizado incluso a quienes luchaban por la supresión de esos derechos y libertades”. Agrega que: “Esto no solo constituirá una lamentable candidez, sino, además, un garrafal error teórico, que viene a negar la esencia misma de la libertad y que además representa un absurdo lógico. Felizmente en nuestros días se ha rectificado ya aquella equivocación, tan perturbadora en lo teórico como funesta en la práctica”. Posteriormente, lo ejemplifica así: “podríamos comparar el Estado a una nave. El pueblo es libre para determinar la ruta de la nave. Pero en cambio, nadie debe tener la libertad para lanzarse a actividades que tiendan a destruir el

afirmación, llevada a su extremo de literalidad más radical, nuevamente, podría justificar cualquier clase de despotismo.

Lo cierto es que el orden público sigue siendo, como se indicará más adelante, un lugar común cuando se trata de restringir la libertad de expresarse abiertamente, pero el fundamento democrático es aún insuficiente para justificar la legitimidad de proteger la garantía de la que se habla.

1.3.4. Tesis integradora de la libertad de expresión

Como tantas cosas en Derecho, suelen existir tesis radicales y, casi siempre, las eclécticas. Ahí se ubica este trabajo: no es posible defender una sola razón para defender la posibilidad de expresar libremente las ideas, opiniones o conceptos. Esta noción está lejos de ser novedosa. Como dice SCHAUER⁹⁶ ¿por qué debemos asumir que la libertad de expresión tiene una esencia unitaria? En cambio, tal garantía (que el autor sintetiza en “la primera enmienda”) podría ser la rúbrica simplificadora bajo la cual se subsume una serie de valores diferentes.

instrumento liberal democrático”. Cfr. RECASENS SICHES, Luis, (1959), *Filosofía del Derecho*, cap. XX, num. 17, 1ª edición, México, Editorial Porrúa, pp. 598 y 599. Además, conecta estas ideas con el artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dice: “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración” (subrayado fuera de texto).

⁹⁶ SCHAUER, Frederick, (1981), “Codifying the First Amendment: New York v. Ferber”, *The Supreme Court Review. Faculty Publications*, Washington, p. 884. En iguales términos, a pesar de lo dicho en otro texto, parece conducirse SMOLLA, al explicar que en la medida que se invoquen más justificaciones en beneficio de la trascendente importancia que reviste la libertad de expresión, la comunidad irá adoptando principios que resguarden un número mayor de posibilidades de expresarse. Cfr. SMOLLA, Rodney, (1993), *Free Speech in an open society*, Michigan, Villard Ediciones, p. 11.

En la misma línea se inscribe, por ejemplo, Carlos Santiago NINO, quien desprende el derecho a expresarse libremente de los principios democrático y social, de tal suerte que, este se justifica tanto en la autonomía personal, “equitativamente distribuida”, como en un mecanismo para fortalecer el debate de la colectividad directamente asociado con la democracia. Por ello, “en contraposición a lo sostenido tanto por las posiciones elitistas como por posturas populistas, no cabe subordinar uno de estos bienes al otro en el marco de la justificación de la libertad de expresión”⁹⁷. Por lo cual, agrega, hay una “sobrejustificación” de la libertad de expresión, es decir, existe una protección más extensa a la que correspondería a otro tipo de acciones.

1.3.5. Recapitulación

La apología del terrorismo es un delito sancionable en España, orientado principalmente a la represión de cualquier discurso que exalte al terrorismo y sus autores, o que humille a las víctimas. Básicamente, por definición, apología implica defensa de una idea, pero la incitación requiere la motivación real de una persona a realizar algo. Entre tanto, el concepto de terrorismo, aun en nuestros días, sigue siendo ambiguo, por lo menos así en el ámbito internacional. Además, aunque ambos conceptos puedan tener vasos comunicantes, se encuentran notables diferencias frente al fenómeno del crimen organizado.

Así, el terrorismo siempre genera una violencia orientada al público y usualmente persigue una finalidad o un propósito, de naturaleza religiosa o política, por ejemplo. Esta finalidad puede tener, también, un contexto de protesta social, por lo que se suele criticar a los modelos de Estado que pretenden su censura, en tanto afectarían a la libertad de expresión. Semejante garantía se sustenta en el descubrimiento de la verdad, el respeto por la dignidad humana y el fortalecimiento de la democracia. Este aspecto es de gran valía si se tiene en cuenta que algunos sistemas normativos pueden poner el acento en uno de los

⁹⁷ NINO, Carlos, (1991), *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, p. 262.

criterios de legitimación ya mencionados, lo que permitiría argumentar el punto de los criterios para su posible restricción.

Entre tanto, es necesario examinar si el *contenido* de la libertad de expresión es universal o, por el contrario, puede tener diferentes *niveles de protección* y atender los valores y fundamentos normativos de cada Estado o sistema regional de protección de derechos humanos. Esta es la tarea que se emprende en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y APOLOGÍA DEL TERRORISMO: ANÁLISIS CONTEXTUAL

El objeto de este estudio se ha centrado específicamente en dos países, Colombia y España, que a su vez pertenecen a dos sistemas de protección que, aunque presentan ciertas similitudes, pueden tener un entendimiento diferente en relación con la garantía de expresarse libremente. Es más, a pesar de su inscripción y expreso acogimiento de los criterios esbozados por los respectivos organismos cuasi jurisdiccionales y jurisdiccionales de derechos humanos, es posible que existan mayores o menores ámbitos de protección del postulado tantas veces mencionado.

Por tal motivo, el objeto de los siguientes apartados no es otro que destacar brevemente algunas reglas anotadas en los tribunales regionales y nacionales, para fijar encuentros y distanciamientos en la materia que ocupa nuestra atención.

2.1. Sistemas regionales de protección de derechos humanos

Por el número de decisiones proferidas, así como por la mayor trayectoria que ha tenido, se iniciará con el análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la siguiente forma:

2.1.1 Sistema Europeo de Derechos Humanos

2.1.1.1. Contexto normativo

Antes de ir a los textos normativos y hacer el recuento de algunas de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es importante recordar que en 1970 entra en vigor el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocido también como la Convención Europea de Derechos Humanos, que establece en el artículo 10, sobre libertad de expresión, lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Tras una detenida lectura del último numeral, se puede inferir que son varios los requisitos que se exigen para la restricción al derecho a la libertad de expresión. En primer lugar, que se trate de una injerencia prevista en la ley⁹⁸; además, que la injerencia en esa garantía responda a fines legítimos para algunos de los presupuestos contenidos en el

⁹⁸ Así, puede verse la sentencia del 27 de octubre de 1978, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Sunday Times contra Reino Unido. Es un interesante caso en el que se debatía si las reglas no escritas del *common law* podrían entenderse como “previstas en la ley”. Además, el tribunal precisó que hay dos condiciones que explican esta expresión: “la primera hace referencia a que la ley tiene que ser lo suficientemente accesible: el ciudadano tiene que disponer de patrones suficientes que se adecúen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso. La segunda condición se refiere a que, una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado”.

artículo 10.2; y que tal injerencia sea necesaria⁹⁹ en una sociedad democrática, de acuerdo con el fin ya identificado.

Los fines no son de secundaria consideración, pues a partir de ellos se evalúa la necesidad y legitimidad para afectar la libertad de expresión en un determinado Estado. En ese sentido, desde ahora hay que decirlo, la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial, pueden ser criterios demasiado etéreos¹⁰⁰. De cualquier forma, de acuerdo con la taxonomía de legitimación filosófica para la libertad de expresión hecha en precedencia, parece que en el modelo europeo no se enmarca en uno solo de los pilares que justifican la libertad de expresarse, sino que hace uso de varios de ellos, como la

⁹⁹ Ver, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 21 de enero de 1999, Fressoz y Roire contra Francia.

¹⁰⁰ La moral, por ejemplo, es un concepto jurídico bastante indeterminado y, por lo menos, contradictorio según cada esquema de creencias. Si de etimología se tratase, parece que el concepto de *moral* tiene una fuerte conexión con la expresión latina *mores maiorum*, es decir, las costumbres ancestrales; en otras palabras, los actos morales o inmorales dependerán del respectivo contexto cultural, lo cual, en el ámbito por ejemplo de Europa, presenta ya ciertas dificultades. Por otra parte, si tomamos a la moral desde el punto de vista kantiano, este se muestra incompatible con una moral heteronómica, pues aquella surge de una autorreflexión interna, tal como lo afirma en *Crítica de la razón práctica*. Pero también depende del contexto histórico: aquello que hace unos años era considerado contrario a la moral, puede que hoy se observe como un comportamiento natural. De cualquier forma, la moral, sea lo que este concepto signifique, ha sido criterio relevante de interpretación para establecer la legitimidad de restringir la libertad de expresión, tal como se observa en la sentencia del 29 de abril de 1976, caso Handyside contra Reino Unido. Se trata de un caso en el que se habían confiscado textos escolares que contenían información explícita sobre sexualidad que, a juicio de la Corte, podrían resultar contrarios a la moral, por lo que tal retención del material resultaba adecuada.

garantía de la democracia¹⁰¹ y el libre desarrollo de la personalidad, pero con relevantes restricciones.

2.1.1.2. Organismos relevantes

En este punto, es necesario mencionar que, con el fin de hacer respetar las garantías contenidas en la Carta Europea, se ha constituido un sistema de protección de derechos humanos, el de mayor longevidad en el mundo, posiblemente influenciado por la estabilidad de los países miembros de Europa Occidental. En el marco del Convenio, fue constituido un órgano de naturaleza jurisdiccional, esto es, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ubicado en la ciudad de Estrasburgo, Francia. Debe recordarse que, hasta el año 1998, coexistían dos organismos: el Tribunal y la Comisión Europea de Derechos Humanos, pero, con ocasión del Protocolo 11 al Convenio, en ese año se suprimió la Comisión cuya función era la de determinar las demandas que eran llevadas ante el Tribunal. Por eso, hoy en día, las demandas se presentan directamente ante la Corte.

Dentro del sistema de protección europeo existen tres mecanismos para el control del Convenio entre los países, a saber: i) los informes que se han de presentar por los países miembros por solicitud del Secretario General del Consejo de Europa, en relación con el Convenio; ii) las demandas entre Estados, como ha ocurrido en la acción promovida por Irlanda en contra de Inglaterra por los métodos que para interrogar fueron usados en los casos del IRA; y iii) las demandas individuales, en las que cualquier persona, grupo de personas u organismo no gubernamental, pueden demandar directamente ante el Tribunal.

¹⁰¹ Aunque por esa vía cae en la paradoja puesta de presente al explicar los fundamentos de la libertad de expresión. Así, en el caso del Partido Comunista (KPD) contra Alemania, la Comisión Europea explicó que el establecimiento de un orden social comunista, en el que se promueve una revolución proletaria y un régimen dictatorial en manos del proletariado resultaba incongruente con el Convenio europeo. Puede verse en COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Communist Party (KPD) vs. Germany, Decisión del 20 de julio de 1957.

Las demandas, de ser admitidas, pueden conducir a una sentencia, cuyos criterios son vinculantes para los Estados y, de paso, influyen notablemente en la jurisprudencia interna de los países miembros.

2.1.1.3. Decisiones de interés

Ahora bien, dentro de estas sentencias, conviene recordar, para lo que a este trabajo interesa, cómo en *Zana contra Turquía*¹⁰², el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó el caso de Mehdi ZANA, exalcalde de Diyarbakir, quien durante una entrevista con un periodista reiteró su apoyo a PKK, grupo que había causado muertes de mujeres y niños, pero por error¹⁰³, lo cual fue publicado en un diario nacional turco. Por esa razón fue condenado por autoridades judiciales de esa nación. Por tal motivo, Mehdi ZANA acudió al Tribunal Europeo.

Debe mencionarse que el grupo PKK fue considerado por ZANA como un movimiento de liberación nacional, mientras que el gobierno de aquel país lo califica como terrorista. PKK, el Partido de Trabajadores de Kurdistán, es un grupo que tiene, desde 1985, confrontación armada con las fuerzas de seguridad turcas, de lo cual queda un saldo de miles de víctimas, entre ellas civiles, principalmente en el sureste del país.

Para el Tribunal, dado el contexto de las palabras emitidas, en medio de una situación tensa que vive el país, la posición del señor ZANA, la difusión del mensaje, la repercusión de sus palabras, coincidentes con varios atentados, derivaban en una

¹⁰² Sentencia del 25 de noviembre de 1997. Texto completo de la decisión, disponible en el sitio web del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: <https://goo.gl/FFXbp4>. Consultado en febrero de 2015. En lo sucesivo, salvo que se indique otra cosa, todas las referencias a sentencias de ese tribunal se tomaron de dicha página, en su versión en inglés o en francés.

¹⁰³ En concreto, ZANA afirmó que: “I support the PKK national liberation movement; on the other hand, I am not in favour of massacres. Anyone can make mistakes, and the PKK kill women and children by mistake...”.

probabilidad de daño que el demandante no podría ignorar, por lo que a su juicio, no hubo violación al artículo 10 de la Carta Europea.

Posteriormente, durante el mes de julio de 1999, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió una serie de casos ligados precisamente a situaciones ocurridas en Turquía, de las cuales, la más representativa fue el caso Sürek¹⁰⁴. Aquí se analizó el contenido de unas cartas publicadas en un diario de ese país, que se referían al conflicto armado y calificaban al ejército turco de fascista y asesino del imperio, con otras expresiones como “masacres”, “brutalidades” y “matanzas”. En una de estas cartas, se identificaron algunas personas por su nombre, lo que, a juicio del tribunal, provocó odio hacia ellas y las expuso a un posible riesgo de violencia. También, el Tribunal tuvo en cuenta el contexto en el que fueron publicadas las cartas, en consideración al conflicto que se vive en el sureste de Turquía, entre las fuerzas de seguridad del Estado y el grupo PKK, lo que ha implicado la pérdida de muchas vidas. Por tal motivo anota:

“En este contexto, el contenido de las cartas debe ser visto como capaz de incitar a la violencia en la región al inculcar un odio profundamente arraigado e irracional contra los que se describen como responsables de las presuntas atrocidades. De hecho, el mensaje que se comunica al lector es que el recurso a la violencia es una medida necesaria y justificada de autodefensa ante el agresor”.

Por lo tanto, el Tribunal hace énfasis en que, el hecho de que la información o las ideas puedan resultar chocantes, ofensivas o perturbadoras, no es razón suficiente para justificar una injerencia en el derecho a la libertad de expresión. No obstante, el Tribunal advierte que, lo que se discute es la posibilidad de realizar actos considerados como discurso de odio y algún tipo de glorificación de la violencia. Por tanto:

“Si bien es cierto que el demandante no se asoció personalmente a las opiniones contenidas en las cartas, proporcionó sin embargo a sus

¹⁰⁴ Sentencia del 8 de julio de 1999.

escritores una oportunidad de suscitar violencia y odio. El Tribunal no acepta su argumento de que debe exonerarse de toda responsabilidad penal por el contenido de las cartas por el hecho de que solo tiene una relación comercial y no editorial con la revisión. Él era un propietario y como tal tenía el poder de dar forma a la dirección editorial de la revisión. Por esta razón, estuvo sujeto a los “deberes y responsabilidades” que el personal editorial y periodístico de la revista realiza en la recopilación y difusión de información al público y que asumen una importancia aún mayor en situaciones de conflicto y tensión.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el Tribunal concluye que la pena impuesta a la demandante como titular de la reconsideración puede razonablemente considerarse que responde a una ‘necesidad social acuciante’ y que las razones aducidas por las autoridades para la condena del demandante son ‘pertinentes y suficientes’ (...)”.

Es prudente referir que esa sentencia tuvo una opinión disidente del juez BONELLO, quien expresó que durante el grupo de casos resueltos en el mes de julio contra Turquía, en los que la incitación a la violencia era un problema, la prueba común empleada por el Tribunal parece haber sido esta: si los escritos publicados por el solicitante apoyaban o instigaban el uso de la violencia, entonces su convicción por los tribunales nacionales era justificable en una sociedad democrática. En sus palabras, ese criterio habría que descartarse por insuficiente.

De acuerdo con su voto discrepante, el castigo de las autoridades nacionales a quienes fomentan la violencia sería justificable en una sociedad democrática solo si la incitación pudiera crear “un peligro claro y presente”. Afirmó, finalmente, que cuando la invitación al uso de la fuerza se intelectualiza, se abstrae y se elimina en el tiempo y el

espacio de los focos de violencia real o inminente, el derecho fundamental a la libertad de expresión debe prevalecer en general¹⁰⁵.

Un par de meses después, el Tribunal Europeo se ocupó del caso Öztürk contra Turquía¹⁰⁶. En 1988 se publicó un libro biográfico de Ibrahim KAYPAKKAYA, fundador de un movimiento comunista turco¹⁰⁷, escrito por Ünsal ÖZTÜRK, quien fue condenado por la Corte Nacional de Seguridad de ese país. El Tribunal consideró que en este caso se había violado el artículo 10 de la Convención, en tanto el contenido del libro —así como sus posteriores ediciones— no podía “considerarse como una incitación al uso de la violencia o la hostilidad y el odio entre los ciudadanos”. Advierte, además, que aunque la legislación interna no exigía que las manifestaciones causaran algún efecto, ese argumento no debilita la necesidad que tiene el Estado de justificar la interferencia en la libertad de expresión y, en ese sentido, tampoco se demostró que con el libro se hubiese agravado la “amenaza separatista”. Finalmente, señala que correspondía a los tribunales probar que ÖZTÜRK había publicado el libro con un objetivo reprobable. El Tribunal, de forma unánime, consideró que Turquía había violado la libertad de expresión.

En otra oportunidad, la Corte Europea estudió el caso de Birgit Elisabeth HOGFELD, quien había pertenecido al movimiento terrorista Fracción del Ejército Rojo (RAF) en Alemania¹⁰⁸. Cuando estuvo detenida, a mediados de la década de los noventa, su entrevista fue pedida por varios medios de comunicación, a lo cual los tribunales germanos respondieron negativamente, por cuanto podría explicar y defender sus posiciones

¹⁰⁵ *Ibidem*. Además, en el desarrollo de su voto disidente, expresamente alude a algunas decisiones de la Suprema Corte de Estados Unidos.

¹⁰⁶ Sentencia del 28 de septiembre de 1999.

¹⁰⁷ El libro, además, contiene algunos poemas escritos por KAYPAKKAYA e, incluso, otros que pertenecen al escritor chileno Pablo NERUDA que, según el fiscal turco, “this poem constituted communist propaganda because it held up communism as the only source of light for proletarians”. *Ibidem*, párrafo 14.

¹⁰⁸ Hogefeld contra Alemania, sentencia del 20 de enero de 2000.

ideológicas afines a la RAF. Para el Tribunal Europeo, aunque la demandante había mostrado opiniones críticas hacia esa organización, durante el juicio sus manifestaciones “seguían siendo ambiguas” y aún con un sentido de pertenencia hacia la RAF. La señora HOGEFELD dijo durante el juicio: “nuestros comienzos y nuestra lucha por un mundo diferente estaban en todo momento bien fundados y justificados, y esa lucha tiene que ser conducida como un enfrentamiento”. Asimismo, objetó que “la reversión de los acontecimientos sociales sigue siendo un asunto por el que hay que luchar”.

Para el Tribunal, esas afirmaciones “por sí solas no necesariamente deben entenderse como un fomento de actividades terroristas”. Sin embargo, dada la posición de la demandante en la RAF, sus palabras podrían ser entendidas por los partidarios como una apelación para continuar las actividades de esa organización. A este respecto, también debe señalarse que la demandante consideró que su análisis crítico de la historia de la RAF era un requisito previo para “la determinación de futuras luchas”. Finalmente, el Tribunal explica que “aun considerando que, en abril de 1992, la RAF había declarado por escrito que abandonaría su estrategia de ataques asesinos contra representantes del Estado y de la economía, no había seguridad absoluta que cumpliera su declaración”.

Varias reflexiones merecen las palabras del Tribunal, por ejemplo, que se establece una suerte de censura previa de determinados discursos. Además, parece que, ante la incertidumbre en la naturaleza de las expresiones, estaríamos ante un *in dubio* contra expresión, pues determina que hay frases ambiguas, por lo que tal derecho debía coartarse. Lo propio ocurre con la extraña predicción que hace de la forma en que un discurso sería comprendido, dado que sus palabras “podrían” ser interpretadas de una determinada forma. Esta prestidigitación permite juicios hipotéticos y acaso poco concretos en relación con el discurso y los actos violentos que se procura precaver.

Posteriormente, el Tribunal abordó el caso de la asociación Ekin contra Francia¹⁰⁹, en el que el gobierno galo dispuso la prohibición, con fundamento de una ley de 1881, modificada en 1939, de un libro titulado *Euskadi en guerra*, distribuido en varios idiomas y

¹⁰⁹ Sentencia del 17 de julio de 2001.

en algunos países. El gobierno francés consideró que se trataba de un libro extranjero que, además, podría afectar el orden público en razón a sus referencias a la organización terrorista ETA. Para el Tribunal Europeo, la atención se centra, en lo que se refiere a la libertad de expresión, a precisar que no se le dio la oportunidad en tiempo razonable al demandante de solicitar la revisión judicial de la medida prohibitiva; pero, además, no se justifica el trato discriminatorio de publicaciones extranjeras. Aunque la decisión no aborda directamente el tema del terrorismo, sí conviene precisar que en uno de sus apartados señala en brevedad que los controles más restrictivos se justificaban en 1939, “en la víspera de la Segunda Guerra Mundial”.

El citado aparte parece indicar que necesariamente las restricciones solo serían tolerables en determinados contextos históricos, por lo que, sin ese escenario temporal, ciertas expresiones podrían ser socialmente intrascendentes. Esto resulta importante para determinar la legitimidad de punir un acto apologético en relación con el terrorismo. Seguramente, hacer una manifestación en tiempos menos tensos haría carente de lesividad una conducta de esa naturaleza.

En el caso *Ürper y otros contra Turquía*¹¹⁰, el Tribunal analizó la restricción de circulación que se hizo a cuatro periódicos de ese país, entre quince días y un mes, por posiblemente hacer propaganda al grupo PKK/Congra-GEL, considerado terrorista. Además, las publicaciones contenían datos de las autoridades antiterroristas, lo que los convertiría, según el Estado, en blanco de grupos terroristas. Estas medidas, para el Tribunal, aunque adoptadas en el marco de un proceso judicial, conforme regulación previa en la ley, resultaron “draconianas” e innecesarias, en tanto que se trató de una limitación excesiva de la libertad de expresión, que rebasó el margen de apreciación nacional, cuando bien pudieron las autoridades turcas confiscar el material que podría resultar inadecuado.

Días después, la sección segunda del Tribunal Europeo analizó el caso de Resul TASDEMIR, quien durante el Día Mundial por la Paz participó en una manifestación en una población turca, en la que se hizo la lectura de un comunicado y los asistentes, incluido

¹¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 2010.

TASDEMIR, gritaron consignas frente a un edificio de un partido político. El antes mencionado gritó, de acuerdo con la fiscalía turca, “¡Viva Apo! HPG¹¹¹ a la línea del frente en represalia”, motivo por el cual se declaró culpable por alabanza a un delincuente. Así, el caso Tasdemir contra Turquía¹¹² fue declarado inadmisibile por el Tribunal, pues “equivale a una apología al terrorismo”, lo cual hacía válida la interferencia en la libertad de expresión por parte del Estado.

En la sentencia Fatullayev contra Azerbaijón¹¹³ se analizaron dos cargos, uno por difamación y otro en relación con las expresiones que el demandante, al usar un seudónimo, había publicado en un diario de ese país. Se trataba precisamente del reproche que se hacía al gobierno por apoyar a Estados Unidos en la guerra contra Irán que, según afirmaba la publicación, conduciría a que personas afines al pueblo iraní causaran terribles daños a gran escala y pérdidas de vidas humanas. En el escrito, además, precisaban los lugares que serían atacados. Para el Tribunal Europeo, aunque el autor no había sido cuidadoso en las fuentes utilizadas, sus palabras no tenían la entidad suficiente para influir en los eventos hipotéticos descritos en el artículo, ni argumentar a favor de ellos.

El otro aspecto cuestionado en este caso se fundamenta en los señalamientos que FATULLAYEV hizo contra miembros de las fuerzas militares en relación con su papel omisivo en los hechos en los que perdieron la vida muchas personas en Jodjalí. Para el Estado, se trató de una ofensa a las víctimas y una difamación en contra de la fuerza pública de Azerbaijón. Para el Tribunal, la búsqueda de la verdad debe ser parte integral de la garantía de expresarse libremente, pero advierte que “no es función del Tribunal arbitrar las cuestiones históricas subyacentes que son parte de un continuo debate entre los historiadores que forman la opinión en cuanto a los acontecimientos que tuvieron su lugar y su interpretación”. Así las cosas, parece que la Corte consideró, en este caso, que las diferentes opiniones que existen sobre lo ocurrido en Jojdalí no hacen parte de su función;

¹¹¹ HPG es, según el Estado turco, uno de los brazos armados del ya mencionado PKK.

¹¹² Decisión del 23 de febrero de 2010.

¹¹³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 22 de abril de 2010.

por lo tanto “reitera también que es esencial en una sociedad democrática que un debate sobre las causas de los actos de especial gravedad, que pueden constituir crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, deban ser capaz de tener lugar libremente”¹¹⁴.

Semejante conclusión reviste especial importancia, porque a pesar de la naturaleza de las conductas sobre las que puede versar un debate, se puede considerar que para el Tribunal Europeo se ha de favorecer el libre intercambio de opiniones en relación con los hechos, pues ellos conducen a la obtención de la verdad. En materia de apología del terrorismo hay mucho de las “cuestiones históricas”, en especial, sobre las causas del conflicto, que no deberían ser materia vedada.

Posteriormente, el Tribunal analizó la situación de varias personas que fueron señaladas de haber hecho consignas públicas en favor del Partido Comunista de Turquía — un grupo armado ilegal— durante actos públicos, entre ellos, la celebración del primero de mayo. En concreto, a Ercan GÜL y a las demás personas se les atribuyó que en lugares públicos lanzaron expresiones como “somos la voz valiente de los campesinos y trabajadores”, “somos la bala del público alojada en el cañón de una pistola”, “las guerrillas no mueren, viva la guerra popular”, “el poder político crece fuera del cañón de una pistola”, “nuestro líder es Ibrahim Kaypakkaya” o “los mártires del partido y la revolución son inmortales”, por lo que fueron condenados por difundir propaganda a favor de una organización terrorista.

Por ello, en el caso Gül contra Turquía¹¹⁵, el Tribunal concluyó, en decisión de cinco votos contra dos, que se había violado el artículo 10 de la Convención, en lo relacionado con la libertad de expresión, al tener en cuenta que, a pesar del tono de las palabras, ni los tribunales ni el gobierno habían señalado la forma en que tales manifestaciones constituyeran “un claro e inminente peligro” que requiera una interferencia judicial. Además, “no se puede considerar que la conducta de los solicitantes haya tenido un impacto en la seguridad o en el orden público, que permita fomentar el uso de la

¹¹⁴ *Ibidem*. Traducción libre.

¹¹⁵ Sentencia del 8 de junio de 2010.

violencia o incitar a otros a la resistencia armada o la rebelión, que son elementos esenciales a tener en cuenta”.

En el caso *Çamyar y Berktaş contra Turquía*, el Tribunal Europeo examinó el contenido de un libro en el que se hacía referencia, en términos generales y con tono crítico, al sistema de prisiones de ese país. Además, incluía referencias a la lucha realizada por TIKB (Bolşevik), grupo armado ilegal considerado como terrorista, a cuyos miembros se calificaba como unos revolucionarios que luchaban contra el genocidio, la esclavitud y la explotación de clases. Los autores del texto fueron condenados en Turquía por los delitos de diseminación de propaganda a favor del terrorismo, a pesar de que, aun cuando “(...) algunos de los pasajes del libro parezcan hostiles, el Tribunal [Europeo de DDHH los consideró] como una expresión de profunda angustia ante los trágicos acontecimientos ocurridos en las cárceles, más que un llamado a la violencia”¹¹⁶. A razón de lo anterior, tuvo gran relevancia en este sentido la libertad de expresión, motivo por el cual fue condenado el Estado turco. Como dato adicional, el Tribunal valoró el relativamente escaso impacto que podría tener el libro.

Pero la sentencia más relevante en esta materia es la relacionada con la publicación que hizo un caricaturista en el semanario francés *Ekaitza*, quien fue condenado por complicidad de apología al terrorismo. El 11 de septiembre de 2001, el caricaturista presentó al equipo editorial de la revista un dibujo que representaba el ataque a las torres gemelas del World Trade Center, con un título que parodiaba el eslogan publicitario de una famosa marca: “Todos lo hemos soñado. Hamas lo hizo”. El dibujo fue publicado en la revista el 13 de septiembre de 2001.

El dibujante, Daniel LEROY, presentó una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la cual invocó el artículo 10 de la Convención que, como ya se indicó, garantiza la libertad de expresión. La Corte consideró¹¹⁷ que la condena equivalía

¹¹⁶ Sentencia del 15 de febrero de 2011. Traducción libre.

¹¹⁷ En la sentencia del 6 de abril de 2009. Texto disponible en francés en: <https://goo.gl/gMB36S>. Consultado en febrero de 2016.

efectivamente a una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Debe decirse que el Tribunal se negó a aplicar el artículo 17 de la Convención (prohibición del abuso de derechos), aunque el gobierno francés invocó dicho artículo y alegó que la caricatura, al glorificar el terrorismo, debía considerarse un acto destinado a destruir los derechos y libertades garantizadas por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y que, por tanto, el dibujante no podía basarse en absoluto en la libertad de expresión garantizada por el Convenio. La Corte subrayó que el mensaje de la caricatura —la destrucción del imperialismo estadounidense— no significaba una negación de los valores fundamentales de la Convención, en contraste, por ejemplo, con la incitación al racismo, el antisemitismo, el negacionismo del Holocausto y la islamofobia. Por lo tanto, en principio, la caricatura tenía derecho a la protección conforme el artículo 10.

Así mismo, al analizar si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática, el Tribunal señaló, en primer lugar, que los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, que estaban en el origen de la expresión cuestionada, habían dado lugar a un caos global y que las cuestiones planteadas en esa ocasión estaban sujetas a debate como cuestión de interés público. No obstante, el Tribunal consideró que el dibujo no se limitaba a la crítica del imperialismo estadounidense, sino que apoyaba y glorificaba la destrucción violenta de este. Para tal conclusión, tuvo en cuenta el título que acompañaba al dibujo y señaló que el demandante había expresado su apoyo moral a los presuntos autores de los atentados del 11 de septiembre de 2001. Además, con el uso de ese específico lenguaje, el demandante coonestó la violencia causada a muchas personas y la degradación de la dignidad de las víctimas, en virtud a que su dibujo fue presentado el día de los atentados y publicado el 13 de septiembre, sin ninguna precaución por su parte en cuanto al tipo de lenguaje utilizado. A juicio del Tribunal, este factor —la fecha de publicación— aumentaba la responsabilidad del dibujante en su relato e incluso en el apoyo a un trágico acontecimiento, ya sea desde el punto de vista artístico o periodístico.

Tampoco se debía pasar por alto el impacto de este mensaje en una región que, como el País Vasco, es políticamente sensible. Según el Tribunal, la caricatura provocó una reacción pública, capaz de agitar la violencia y demostrar un impacto plausible en el orden

público de la región. En general, el Tribunal consideró que los motivos invocados por los tribunales nacionales para condenar a Daniel Leroy habían sido “pertinentes y suficientes”. En consecuencia, en este específico caso, no hubo violación del artículo 10 de la Convención.

Finalmente, y a propósito del tema, conviene resaltar la decisión Herri BATASUNA contra España¹¹⁸. En esta oportunidad se analizó la disolución de la organización política mencionada por parte del Tribunal Supremo del Reino de España, con fundamento en la Ley Orgánica de Partidos Políticos, por su posible respaldo a la organización terrorista ETA. La discusión se centró en la restricción de ese movimiento para participar en política y, además, se consideraron las posibles limitaciones a la libertad de expresión. Para el Tribunal Europeo no existió vulneración alguna a tales garantías pero, para lo que interesa a este trabajo, conviene llamar la atención sobre algunos de los argumentos esgrimidos.

Por ejemplo, se afirma que:

“La conducta de un político generalmente incluye no solo sus acciones o discursos, sino también, en algunas circunstancias, omisiones o falta de respuesta, que pueden constituir actos que indiquen la postura del político y sean tan reveladores como cualquier acción abiertamente de apoyo.”

En consecuencia, al considerar la situación existente en el país ibérico, dice el Tribunal, desde hace muchos años relacionado con actos calificables como terroristas, especialmente, en la “región políticamente sensible” del País Vasco¹¹⁹, ese vínculo puede considerarse objetivamente como una amenaza para la democracia. Por tanto, el Tribunal resalta, nuevamente, la importancia del contexto geográfico en el que las manifestaciones de apoyo al grupo ETA se produjeron.

En consistencia con lo anteriormente dicho, el Tribunal aceptó,

¹¹⁸ Sentencia del 6 de noviembre de 2009.

¹¹⁹ Leroy contra Francia, n.º 36109/03 , § 45, 2 de octubre de 2008.

“las constataciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y considera que las acciones y discursos imputables a los partidos políticos demandantes, en su conjunto, dan una imagen clara de un modelo de sociedad concebido y defendido por ellos que es incompatible con el concepto de ‘sociedad democrática’¹²⁰. En consecuencia, la pena impuesta a las partes solicitantes por el Tribunal Supremo y confirmada por el Tribunal Constitucional puede razonablemente considerarse, aun en el contexto del margen de apreciación más estrecho de que gozan los Estados, como una ‘necesidad social acuciante’ (...).”

2.1.1.4. Recapitulación

Al examinar lo expuesto en este apartado sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son varios puntos los que merecen especial atención. Por ejemplo, es importante retomar el argumento previo del Tribunal Europeo: no solo son reprochables las acciones, sino también las omisiones. En este punto convendría preguntarse, si los silencios también son susceptibles de sanciones tan drásticas que, en efecto, no solo restringen la participación en política, sino, de paso, la libertad de expresión. En otras palabras, ¿se limita la posibilidad de difundir sus ideas no solo por lo que se dice, sino por lo que se ha callado?

De cualquier forma, toda injerencia en esa garantía debe estar prevista en la ley, responder a fines legítimos y ha de ser necesaria en una sociedad democrática. Por otra parte, no todas las ideas chocantes o perturbadoras justifican la restricción a la garantía, pero cuando se trata de discursos de glorificación a la violencia o de odio sí se hace necesario; en especial, en consideración al contexto en que los mensajes son emitidos. Asimismo, se puede predicar la responsabilidad del editor de un periódico, cuando las cartas de los lectores allí publicadas se encuentran por fuera del ámbito de protección de la libre expresión.

¹²⁰ Véase, a la inversa, Partidul Comunistilor —Nepeceristi— y Ungureanu, antes citada, §§ 58-60.

Además, el Tribunal y, por consiguiente, un Estado, estarían facultados para hacer una valoración sobre la forma en que un determinado discurso (en el caso analizado, de un exmiembro de un grupo terrorista) podría ser entendido por el auditorio. También afirma la Corte Europea que el debate en cuanto a la interpretación de cuestiones históricas no puede ser objeto de restricción, incluso en casos de especial gravedad. Entre tanto, se deben analizar situaciones puntuales como la referencia a las condiciones carcelarias, en las que unas personas consideradas terroristas —cuando se les califica como “luchadores revolucionarios”— estarían dentro del ámbito de protección de la garantía, en especial, por la escasa difusión de las manifestaciones. Finalmente, para ese Tribunal, el hecho de coonestar actos de violencia extrema y degradar la dignidad de las víctimas, en hechos temporalmente recientes, puede tener la capacidad de agitar la violencia e impactar el orden público en una determinada región.

Como se puede observar, hay unas reglas —que en apariencia, podrían parecer claras—, creadas por el Tribunal Europeo, como el test de necesidad, la valoración del contexto o la determinación legal de la medida restrictiva; sin embargo, parece que muchos aspectos se quedan en el plano valorativo, sin que puedan predicarse elementos objetivos para establecer lo que es susceptible de amparo del artículo 10 de la Convención y aquello que estaría por fuera de él.

A pesar de que en el caso *Öztürk* expresamente se refieren al caso *Zana*, en realidad no es fácil percibir la diferencia entre los dos supuestos. Criterios como intencionalidad del agente o la posibilidad de incrementar los problemas en el Estado Turco son extremadamente equivalentes. En palabras de los propios jueces SAJÓ y TSOTSORIA en el voto disidente al caso *Gül* contra Turquía:

“La mayoría (del Tribunal) opina que el caso se puede distinguir de Tasdemir c. Turquía. De acuerdo al juicio actual, el eslogan que se gritaba en Tasdemir ‘se había claramente convertido en una apología del

terrorismo' y, al contrario, no lo hace en el presente caso. La mayoría (del Tribunal) no explica la diferencia y no podemos verlo"¹²¹.

En particular, como sostiene RODRÍGUEZ MONTAÑÉS¹²², en referencia al caso Leroy contra Francia, la posición del autor de las caricaturas, como su “inexistente autoridad” (dado que no era más que un dibujante que hablaba por sí mismo, la poca representatividad del medio empleado: una revista de escasa tirada en un pequeño poblado del País Vasco, lugar que padeció un fenómeno terrorista distante del ocurrido en Nueva York) hacen poco probable que la caricatura afecte el riesgo de seguridad en esa región del norte de España.

Es en este punto cuando se percibirá una notable diferencia respecto a otros modelos: para el Tribunal Europeo, al margen de lo señalado por las decisiones marco¹²³, no ha sido exigible, en la mayoría de los casos, especialmente en los de julio de 1999¹²⁴,

¹²¹ Voto disidente a la sentencia del 8 de junio de 2010, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹²² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, (2012), *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 268.

¹²³ Sobre la inducción de delitos de terrorismo, dice la Decisión Marco de 2002: “todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delito la inducción o la complicidad para cometer un delito contemplado en el apartado 1 del artículo 1 y en los artículos 2 o 3”, es decir, delitos de terrorismo. A su vez, en la Decisión Marco de 2008 sobre lucha contra el terrorismo, se consideró que “la provocación a la comisión de delitos de terrorismo, la captación y el adiestramiento de terroristas son delitos dolosos. Por lo tanto, nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar la difusión de información con fines científicos, académicos o informativos. La expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión marco y, en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo”. Subrayado fuera del texto.

¹²⁴ Sin embargo, en los casos de 2010, conceptos como “incitación” o “claro e inminente peligro” se han venido convirtiendo en una exigencia que debe ser acreditada por los respectivos Estados para justificar una interferencia legítima en la garantía de la libertad de expresión.

una proximidad de riesgo de daño, ni una incitación a la comisión de delitos, para que un determinado discurso quede por fuera de protección de la garantía de la libre expresión.

A continuación, se analizará qué ocurre en el sistema regional de protección de garantías al otro lado del Atlántico.

2.1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

2.1.2.1. *Contexto normativo*

En medio de un enrarecido ambiente político bogotano, con ocasión de la muerte del líder Jorge Eliécer Gaitán, se celebra la Novena Conferencia Internacional Americana, en la que se aprueba la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Posteriormente, nace la idea de crear un organismo regional de protección de derechos humanos y, además, unos instrumentos para tal fin. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos es adoptada en 1969 en San José de Costa Rica. De esta convención nace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede también en la capital costarricense, la cual empezó a funcionar en 1979 y está acompañada por la Comisión Interamericana, ubicada en Washington D. C. La primera obra como órgano consultivo y jurisdiccional; mientras que la segunda tiene funciones cuasi jurisdiccionales y de promoción de derechos humanos, respecto de los Estados que han reconocido su competencia.

2.1.2.2. *Organismos de protección*

En primer lugar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hace recomendaciones a los Estados, adopta medidas cautelares y lleva los casos ante la Corte, en relación con posibles violaciones a los derechos humanos, particularmente, de la Convención Americana.

Por su parte, la Corte Interamericana se encarga de resolver disputas entre Estados (hasta ahora ningún caso ha alcanzado este nivel), de absolver consultas elevadas por los

países miembros y de determinar la responsabilidad de los Estados por graves violaciones a los derechos humanos por casos que, principalmente, son presentados por la Comisión Interamericana.

Por lo pronto, la Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la libertad de expresión, motivo por el cual, varios pronunciamientos existen en esa materia. Prudente es recordar la forma en que esta garantía fue incluida en el artículo 13 de la Carta Americana:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección

moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

2.1.2.3. Decisiones relevantes

Ahora bien, al revisar los criterios establecidos por la Corte Interamericana sobre el tema que nos ocupa, el primer pronunciamiento se relaciona con una Opinión Consultiva hecha por el Estado de Costa Rica en 1985 sobre la opción de imponer una colegiatura obligatoria para los periodistas de ese país. Pero, para lo que es de interés en este trabajo, se hará énfasis en algunas expresiones que daban cuenta de la visión que en aquel entonces tenía del derecho analizado.

Ese Tribunal le otorgó a la libertad de expresión un “carácter radical y primario” que, además, es “inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto”. De ahí que haya defendido con ahínco que nada podría justificar un sistema de control a esa libertad,

*“en nombre de una supuesta garantía de la corrección y la veracidad de la información que la sociedad recibe [pues] es violatorio del derecho a la libertad de información que tiene la sociedad, el cual incluye el derecho a estar informada sobre las distintas interpretaciones y visiones del mundo”*¹²⁵.

¹²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OC-5/85, sobre la colegiación obligatoria de periodistas. Y agregó: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es, en fin,

También la Corte analizó el concepto de orden público, criterio utilizado por la Convención para restringir la libertad de expresión, por lo que, a juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”¹²⁶.

Sin embargo, ese concepto no puede usarse para suprimir una garantía incluida en la Convención o privarlo de su contenido real, por lo que el orden público, como idea, debe ser sometido a una exégesis ajustada a las exigencias de la democracia, que atienda los distintos intereses involucrados y la importancia de mantener el objeto y fin de la Convención Americana¹²⁷. Asimismo, el concepto de orden público, añade la Corte, demanda que, dentro de una sociedad con características de democracia, se deben garantizar las más amplias posibilidades de difusión de ideas, opiniones y noticias, así como el más extendido acceso a la información por parte de los miembros de la colectividad en su conjunto. La libertad de expresión hace parte del orden público primario y radical del concepto democrático, el cual no podría entenderse si no existiese un debate abierto, sin que el pensamiento divergente tenga también todo el derecho a manifestarse. De esta manera, debe ser de interés para el orden público en una democracia, tal como se entiende por la Convención Americana, que sea cuidadosamente observado el derecho de cada individuo a su libre expresión y el de la colectividad en su conjunto de obtener información¹²⁸.

condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es completamente libre”.

¹²⁶ OC-5/85, párrafo 64.

¹²⁷ *Ibidem*, párrafo 67.

¹²⁸ *Ibidem*, párrafo 68 y ss.

De lo anterior se derive el hecho de que, en el sistema interamericano, la legitimidad para garantizar la libertad de expresión tenga dos componentes básicos: por una parte, que se establezca como “piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática” y, por la otra, que sea una garantía inherente a todo individuo.

Posteriormente, en la decisión Olmedo Bustos contra Chile de 2001, conocido también como “La última tentación de Cristo”, en relación con la proyección de una película con ese nombre, la Corte hizo énfasis en la excepcionalidad que ha de tener la censura previa.

En ese mismo año, dictó la sentencia correspondiente al caso Ivcher BRONSTEIN contra Perú, en la que examinó los medios indirectos con los que se puede restringir este derecho. BRONSTEIN, quien nació en Israel, pero se le reconoció la nacionalidad peruana, hizo varias críticas al gobierno de Alberto FUJIMORI, razón por la cual, de acuerdo con la Corte, motivó a que se le dejara sin efectos la nacionalidad reconocida, lo que constituiría una forma indirecta de censura.

En KIMEL contra Argentina de 2008, la Corte sostuvo que las opiniones no pueden ser objeto de sanción, en especial cuando se trata de actos oficiales. Particularmente, afirma que “la verdad o falsedad se predica solo respecto a hechos”, de tal suerte que no debe existir prueba de veracidad cuando de juicios valorativos se trata. En la misma decisión, la Corte resalta que cualquier restricción a la libertad de información debe satisfacer el principio de legalidad, es decir, la limitación debe formularse en “forma expresa, precisa, taxativa y previa”, de tal manera que dé seguridad jurídica al ciudadano¹²⁹. Pero, de cualquier forma, señala que la tipificación amplia de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del Derecho Penal. Esta

¹²⁹ Allí se precisó que la tipificación argentina sobre injuria y calumnia resulta contraria a la convención por su deficiente regulación. Este es el texto correspondiente al Código Penal: “Injuria. El que deshonrar o desacreditar a otro será reprimido con multa (...)” y, por otra parte “Calumnia. La calumnia o falsa imputación de un delito dará lugar a la acción pública, será reprimida con prisión (...)”.

tesis fue reiterada en *Tristán Donoso contra Panamá* de 2009, en relación con el delito de desacato.

Asimismo, la Corte ha exigido, como lo hizo en el caso *Ramírez contra Venezuela* de 2009, que el tipo penal de injuria debe tomar en cuenta el dolo específico de causar descrédito, lesionar la buena fama o el prestigio, o inferir perjuicio al sujeto pasivo. También, ha tenido la oportunidad de revisar la proporcionalidad, entendida en términos cuantitativos y cualitativos de la pena a imponer. Así ocurrió con el caso *Norín Catrimán y otros contra Chile* del 29 de mayo de 2014. Estos miembros de la comunidad mapuche, en un proceso que, a juicio de la Corte, fue irregular, fueron condenados a una pena accesoria de quince años de inhabilitación para desempeñar funciones relacionadas con los medios de comunicación. Lo anterior tiene, además, un efecto intimidatorio en otras personas que desean ejercer legítimamente su derecho a expresarse.

En la decisión *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) contra Venezuela*, del 22 de junio de 2015, sostuvo:

Por otra parte, la Corte recuerda que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.

2.1.2.4. Recapitulación

La última sentencia referida merece particular atención en tanto marca la inexistencia de una posición de prevalencia *ex ante* de la libertad de expresión frente a otros derechos. Obliga, por tanto, a hacer un ejercicio de ponderación entre derechos

involucrados, como la precitada garantía, lo que aparta al sistema interamericano del modelo estadounidense.

Un aspecto adicional a este, se relaciona con el negacionismo. No hay restricción expresa sobre el particular en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y escasamente suele hallarse algo en la legislación de los Estados de la región. De la misma forma, se percibe que no hay un solo caso relacionado con el tema. Esto lo emparenta más con el modelo norteamericano, que con el europeo¹³⁰. A su vez, es necesario indicar que, a diferencia del sistema europeo, el interamericano no ha hecho referencia a un margen nacional de apreciación.

Por otro lado, no existe pronunciamiento alguno frente a la apología al genocidio, lo cual tiene dos explicaciones: la inexistencia de prohibición en la Convención Americana y que ese fenómeno no ha sido objeto de controversia en América Latina, continente predominantemente mestizo. Sin embargo, expresamente el Tribunal admite la posibilidad de restringir la libertad de expresión por razón del orden público.

2.2. Sistemas nacionales

En una paráfrasis realizada a VIVES ANTÓN, hay que afirmar que un juicio acerca de la legitimidad del castigo de la apología del terrorismo no puede emitirse de manera abstracta, sino que ha de atender a la concreta formulación constitucional de la libertad de expresión¹³¹.

Así, aunque autores como DUCHACEK propendan por clasificar a las constituciones, en el caso de que haya limitaciones a la libertad de expresión, en *absolutas* o *relativas*, lo

¹³⁰ Verbigracia, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso Chauvy contra Francia, 2004, así como el caso Garaudy contra Francia, 2003.

¹³¹ VIVES ANTÓN, Tomás, (2005), “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXV, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, p. 433.

cierto es que, como él mismo lo reconoce, siempre los Estados han incluido mecanismos de limitación de esa garantía, bien sea desde el texto constitucional o a partir de la hermenéutica realizada por la jurisprudencia¹³². Sin embargo, las limitaciones pueden variar en los diferentes contextos normativos, muy a pesar del consenso existente en relación con la trascendencia de dicha garantía. Parte de la explicación puede hallarse en la historia de los diferentes pueblos o del entendimiento que los jueces les hayan dado a las respectivas normas fundantes.

En el presente trabajo, dos países juegan un papel central: España y Colombia. Sus similitudes normativas, la herencia constitucional que el país suramericano ha recibido de su par ibérico, ciertos rasgos culturales y la existencia de un conflicto con grupos armados irregulares, que han ejecutado actos terroristas, hacen de los mencionados Estados un buen parangón.

Pero este específico acápite resultaría incompleto si no se trae a colación el desarrollo jurisprudencial que Estados Unidos ha tenido en la materia, cuya influencia en otras legislaciones ha resultado innegable¹³³. El terrorismo del que ha sido víctima y, especialmente, las posiciones en ocasiones radicales sobre la libertad de expresión, justifican dedicar algunas líneas a recorrer sus posiciones.

¹³² DUCHACEK, Ivo, (1976), *Derechos y libertades en el mundo actual*, Octavio MONSERRAT ZAPATER (trad.), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, p. 287.

¹³³ De hecho, VIVES ANTÓN encuentra, con apoyo en el informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto del Código Penal en 1992, una “evidente inspiración” de la redacción de la apología del delito de que trata el artículo 18 del Código Penal de 1995, en la decisión Brandenburg contra Ohio de la Suprema Corte de Estados Unidos, de la cual se hará referencia más adelante. Ver VIVES ANTÓN, Op. cit., p. 425. Por otra parte, para el profesor de University College of London, Eric BARENDT, una de las razones para tener como punto de referencia en estos temas a la jurisprudencia de los Estados Unidos es simplemente que allí se ha lidiado con el tema por mucho más tiempo que en otras cortes. Así, han debatido sobre el asunto por algo más de cien años, mientras que los tribunales europeos, afirma, algo así como cuarenta o cincuenta años. Ver, BARENDT, Op. cit, p. 55.

2.2.1. La libertad de expresión en EE. UU.

2.2.1.1. Contexto normativo

A partir de la declaración de derechos del pueblo de Virginia de 1776¹³⁴ hasta la entrada en vigencia de las diferentes enmiendas¹³⁵, integrantes de la carta de derechos civiles o *Bill of Rights*, se establece un especial cuidado en la protección de la garantía aquí referida, aunque no había mayor claridad al respecto. Por ejemplo, en el artículo 12 de la declaración de Virginia se sostenía que “la libertad de prensa es uno de los baluartes de la libertad y nunca puede ser restringido sino por gobiernos despóticos”. Así, sin ninguna cortapisa.

Se destaca que la *primera* enmienda sea la que se ocupe de la libertad de expresión y que lo haga no a la manera de la consagración de un derecho, sino en el mandato hacia el legislador:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble and to petition the Government for redress of grievances.

Esto no es más que un fiel reflejo del interés por mantener la soberanía en el pueblo, que tiene el derecho de expresarse libremente, y ser consecuente con el preámbulo

¹³⁴ Se dice que la declaración de Virginia tiene su antecedente en la Declaración de los Derechos de los Colonos, la cual fue producto de una votación ocurrida el 20 de noviembre de 1772 en Boston, al parecer inspirada en las ideas de LOCKE. Según esta, los colonos tienen derechos a la existencia, a la libertad y a la propiedad. Sobre el tema, véase: MEJÍA ALARCÓN, Op. cit., p. 112.

¹³⁵ Se destacan las reformas de 1791 y 1868. También, al otro lado del Atlántico, se discutían por aquel entonces los límites a la libertad de expresión. El Mayor de Justicia Británico, Lloyd KENYON, en 1779, dijo “todo hombre es libre de publicar lo que doce de sus conciudadanos no juzguen vituperante”.

constitucional, cuyas primeras palabras son “we the people”, de lo que se desprende que es el pueblo el que constituye la nación americana¹³⁶. Es decir, se establece la garantía como fundamento político, que sustenta el modelo democrático basado en la opinión de cada uno.

Podría pensarse que estas normas tienen su raigambre en la carta de derechos inglesa de 1689, pero en aquel entonces, en realidad, la posibilidad de expresarse libremente estaba restringida al Parlamento, dado que, específicamente, estos derechos civiles buscaban entregarle más herramientas al Congreso y, de alguna manera, limitar los poderes del monarca. En otras palabras, no se trataba de un privilegio orientado a proteger la divulgación de las ideas, sino más bien de una prerrogativa concedida a los miembros del parlamento¹³⁷.

No obstante que los denominados padres fundadores en Norteamérica hayan bebido del *common law* inglés, también es cierto que durante los siglos XVII y XVIII entre los jóvenes estados no había tal claridad sobre lo que la garantía de la libertad de expresión significaba. Aun cuando no se analizará en concreto la genealogía de la libertad de

¹³⁶ Una tesis opuesta afirma que no se trataba de una garantía, sino de la distinción de competencias entre el Congreso federal y los parlamentos de las entidades federativas, es decir, se dejaba en los Estados la posibilidad de regular la libertad de expresión. TENORIO, Pedro, (2014), “La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural”, en: *La libertad de comunicación en Estados Unidos y Europa*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, p. 113. Esta tesis parece tener algún sentido, si se toma en cuenta que, pronto, algunos de los estados nacientes, como Virginia y Kentucky, se ocuparon de expedir normas en contra de la sedición. Sin embargo, el mismo texto reconoce, posteriormente, que es la jurisprudencia de ese país la que otorga un carácter preferente a la libertad de expresión.

¹³⁷ Es más, para BERTONI, la historia de la garantía en mención está determinada por fuertes rasgos de represión, que se remontan a 1275, cuando se expidió el *Scandalis Magnatum*, que prohibía la circulación de informes falsos que podrían generar discordias hacia el rey. BERTONI, Eduardo Andrés, (2008), *La Libertad de expresión en el Estado de Derecho*, 2ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 20.

expresión¹³⁸, sí parece prudente recordar una pequeña anécdota que explica su doctrina vigente en Estados Unidos. Nuestro *efecto mariposa*¹³⁹ muestra una curiosa conexión entre un pequeño estado mexicano y la Primera Guerra Mundial.

¹³⁸ Solo restaría apuntar que, de acuerdo con EASTLAND, existía entre los habitantes de los nuevos Estados una importante desconfianza a adoptar un modelo como el inglés, en el que no se conocía exactamente cuáles eran los derechos de los ciudadanos, basados en una constitución no escrita. Es así que deciden crear una carta de derechos (*Bill of Rights*). Madison, miembro del primer Congreso, se convirtió en una figura central en esa tarea. Con el firme propósito de ganar adeptos en su iniciativa por llegar a la Casa Blanca, el 8 de junio de 1789 dio un discurso en el que expuso, como parte de aquello que debía ser incluido en esa carta de derechos, lo siguiente:

The people shall not be deprived or abridged of their right to speak, to write, or to publish their sentiments; and the freedom of the press, as one of the great bulwarks of liberty, shall be inviolable.

(...)

No state shall violate the equal rights of conscience, of the freedom of press, or the trial by jury in criminal cases.

Luego de extensas discusiones, la propuesta de Madison, inicialmente tomada poco en serio, fue acogida por el Congreso de Estados Unidos. Al respecto, EASTLAND, Terry, (2000), *Freedom of Expression in the Supreme Court. The defining cases*, Boston, Rowman & Littlefield publishers inc., p. XVI.

¹³⁹ Esta expresión hace relación a la teoría del caos, sintetizada en una antigua expresión china, “el leve aleteo de las alas de una mariposa se puede sentir al otro lado del mundo”, que fue popularizada por el matemático Edward NORTON LORENZ, quien para sustentar sus estudios meteorológicos se preguntó en una conferencia dictada en el Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT), “¿Puede el aleteo de una mariposa en Brasil hacer aparecer un tornado en Texas?”. Esta breve pero interesante ponencia se encuentra disponible en el sitio de la universidad: <https://goo.gl/4JwKcr>. Consultada en marzo de 2015.

2.2.1.2. Desarrollo jurisprudencial

Un ataque de Francisco “Pancho” VILLA a un grupo de militares estadounidenses en marzo de 1916 hizo que la potencia norteamericana iniciara la campaña militar denominada “expedición punitiva”, con el fin de capturar a VILLA, de quien se decía, estaba en el Estado de Chihuahua. Aunque la cruzada fracasó, esto exaltó los ánimos nacionalistas de los estadounidenses, cuyo pueblo tenía a flor de piel un espíritu belicoso por aquel entonces.

En enero de 1917, la inteligencia británica logró interceptar un telegrama enviado por el ministro alemán Arthur ZIMMERMANN al personal diplomático en México, que tenía como propósito convencer al presidente de ese país, Venustiano CARRANZA, para que formara parte de la entonces Guerra Europea, al lado del Imperio austrohúngaro, alemán y el otomano, a cambio de recuperar los antiguos territorios mexicanos anexados a Estados Unidos en la década de 1840, con ocasión de la guerra entre los dos países.

Aunque el gobierno azteca declinó la propuesta, tal invitación provocó que los Estados Unidos abandonaran la entonces Doctrina Monroe¹⁴⁰, y tomaran parte en la denominada Gran Guerra (luego conocida como Primera Guerra Mundial) del lado de los aliados, liderados por Francia y Gran Bretaña, amparados en el Corolario Roosevelt¹⁴¹. En este contexto, sucedió que un panfleto fue difundido en Estados Unidos con el propósito, según sus autores, de protestar contra la participación de ese país en la Primera Guerra Mundial, lo que era sancionable según la Ley de Espionaje, en la que se establecía como

¹⁴⁰ Frase atribuida al presidente de los Estados Unidos, James MONROE, en 1823, sintetizada como “América para los americanos”, que pretendía —según la proclama oficial— evitar intervenciones extranjeras en el continente, cuyas naciones estaban en proceso de independencia.

¹⁴¹ Theodore ROOSEVELT, también presidente de Estados Unidos, proclamó en 1904 que, si en dado caso un país de Europa ponía en peligro o causaba algún tipo de amenaza a los intereses del país norteamericano, ese gobierno estaba obligado a intervenir en los asuntos exteriores. En detalle, puede verse CASTRO PEÑA, Yeni, (2007), *El Mito Roosevelt para América Latina, 1901-1909*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, p. 76.

delito la obstrucción al servicio de reclutamiento. Esto fue lo que dijo la Suprema Corte de Estados Unidos, cuando el caso llegó a esa instancia:

“Admitimos que en muchos lugares y en tiempos normales los acusados habrían actuado dentro de sus derechos constitucionales al decir todo lo que dijeron en el panfleto. Pero el carácter de cualquier acto depende de las circunstancias dentro de las cuales es realizado. La más estricta protección de la libertad de expresión no protegería a una persona que gritara ‘fuego’ en un teatro y causara pánico, a sabiendas que no hay tal fuego. Ni siquiera protege a una persona de una orden judicial que le prohíba expresar palabras que podrían tener todo el efecto de la fuerza. La cuestión, en cada caso, depende de si las palabras han sido utilizadas en tales circunstancias y son de tal naturaleza que produzcan un peligro inminente y actual, de tal manera que pudiera producir los males sustanciales que el Congreso se encuentra autorizado a impedir. Es una cuestión de proximidad y grado. Cuando una nación se encuentra en guerra, muchas cosas que podrían decirse en tiempo de paz son un obstáculo tal para dicho esfuerzo, que su expresión no será tolerada en tanto los hombres combatan y ninguna Corte podría considerar a dichas expresiones como protegidas por derecho constitucional alguno”¹⁴².

El contexto hecho líneas atrás permite entender por qué el Juez HOLMES, a quien se le encomendó la redacción de esta sentencia, advirtió que no deberían recibir igual tratamiento las palabras pronunciadas en tiempos de paz, que aquellas manifestadas en tiempos de guerra. Pero, lo más destacable de la decisión es el abandono de otra doctrina, denominada *bad tendency*, según la cual, podría sancionarse cualquier manifestación que

¹⁴² SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, Schenck vs. EE. UU. (249 US, 47-1919). Esta y todas las decisiones siguientes a continuación citadas se han hallado en el siguiente recurso: <https://supreme.justia.com/>. (Subrayado fuera del texto original). Textos consultados entre marzo y noviembre de 2016. La traducción es propia.

podiera ocasionar algún mal o perturbación a la paz pública¹⁴³. A partir de ahora, la Corte Suprema asumiría la doctrina del peligro actual e inminente (*clear and present danger*). Todo parece indicar que estas ideas no fueron bien recibidas en la Universidad de Harvard, donde el juez Holmes había sido profesor¹⁴⁴, por lo que su posición en el siguiente caso, que llegó a la Suprema Corte, fue también interesante.

Se trata del caso *Abrams contra EE. UU.* (250 US, 616-1919). Cuando un panfleto fue difundido por unos inmigrantes rusos que se oponían al envío de tropas estadounidenses para ayudar a las fuerzas rusas contrarias al recién establecido gobierno soviético, el juez Holmes tuvo una tesis minoritaria, según la cual,

“creo que deberíamos estar eternamente vigilantes respecto de los intentos de impedir la expresión de las opiniones que odiamos y creemos que

¹⁴³ *Patterson v. Colorado*, 205 U. S. 454 (1907). Teóricamente, el test de *bad tendency* castiga solo el discurso que puede resultar en una acción criminal en una fecha posterior. Este test resulta bastante crítico, pues el interrogante es que cualquier expresión o discurso podría, en cualquier momento del futuro, inspirar una acción ilegal, no importa cuán remoto sea ese futuro. Así, críticamente, puede verse a SHAPIRO, Martin, (1966), *Freedom of Speech. The Supreme Court and Judicial Review*, New Jersey, Practice-Hall inc., p. 48. Agrega: “Thus, in practice, the judge focuses on the content of the speech, for it is never difficult to imagine the possibility that speech you intensely dislike may eventually contribute in some unspecified way to action you intensely dislike”. Esta afirmación es fácilmente constatable. Al revisar la historia de la humanidad, ¡Cuántas guerras se han justificado en palabras escritas en la Biblia o El Corán! Hay que decir que la idea de *bad tendency* volvió a aparecer en *Gitlow contra Nueva York*, 268 U.S., 652 (1925). Según la sentencia, “una chispa revolucionaria puede encender un fuego que, ardiendo por un tiempo, puede estallar en una conflagración arrolladora y destructiva”. El delito de Benjamin GITLOW fue publicar un “manifiesto de izquierda” en el periódico del cual era su gerente comercial. El tribunal distingue, además, la abstracción filosófica de la incitación y, dado que hay predicción de hechos futuros en el texto, se le dio el tratamiento de incitación directa: “the only difference between the expression of an opinion and an incitement in the narrower sense is the speaker’s enthusiasm for the result”.

¹⁴⁴ Así, por ejemplo, CHAFEE, Zechariah, “Freedom of Speech in War Time”, *Harvard Law Review*, junio de 1919, citada en EASTLAND, Op. cit., p. 3.

constituyen una amenaza mortal, a menos que en forma tan inminente amenacen la interferencia inmediata con los objetivos legítimos y urgentes de la ley, que requieran una restricción inmediata para salvar a la nación”.

En estas dos citas se ve la dificultad de medir el *clear and present danger*, en tanto que no es posible determinar cómo unos panfletos difundidos aleatoriamente pueden desestabilizar el poder militar de Estados Unidos. Pero volvamos al voto disidente de Holmes, porque aún hay más:

“Si el hombre es consciente de que el tiempo ha dado al traste con muchas ideas enfrentadas, entonces se dará cuenta, aún más de lo que cree en los cimientos de su propia conducta, de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas; de que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios.”

Poco tiempo después, el senador Joseph MCCARTHY, a través de su Comité de Actividades Antinacionales, fue decisivo en la aprobación de la Ley Smith que, durante la Guerra Fría, se caracterizó por un sentimiento extremo de rechazo al comunismo. Esta ley castigaba con sanciones privativas de la libertad a aquel que “defendiera, promoviera, aconsejara o enseñara la obligación, necesidad o deseabilidad de derrocar o destruir cualquier gobierno de los Estados Unidos por la fuerza o la violencia o por medio del asesinato de cualquier funcionario de dicho gobierno”.

Así, cuando el asunto llegó a la Suprema Corte de Estados Unidos, en el caso Dennis contra EE. UU. (341 US, 494, 1951)¹⁴⁵, el juez BLACK sostuvo en su voto disidente

¹⁴⁵ Paradójico, por decirlo de alguna forma, resulta que un par de días después de la sentencia, diarios como *The Nation* (columna “Strait-jacketing free speech”), *The Washington Post* (“Freedom with security”) y *The New York Times* (“The Smith Act upheld”), de quienes se esperaría una férrea defensa a la libertad de expresión, emitieran pronunciamientos radicales que reprochaban la posición liberal de la Corte Suprema. El último de los diarios expuso: “The first amendment was

una tesis, según la cual, “una política gubernamental a favor de la comunicación irrestricta de ideas conlleva efectivamente peligros. Sin embargo, para los fundadores de esta nación los beneficios que se derivaban de la libertad de expresión merecían el riesgo”. Lo propio hizo el juez DOUGLAS, al afirmar, sobre la difusión del comunismo que: “El hecho de que sus ideas sean aborrecibles no las convierte en poderosas. (...) me es imposible afirmar que los comunistas son tan poderosos en este país, o que están tan estratégicamente colocados, que deban ser reprimidos en razón de su discurso”.

Más adelante, esa tesis minoritaria se convirtió en doctrina mayoritaria. A partir de la decisión *Yates contra EE. UU.* (354 US, 298-1927), la Suprema Corte de ese país señaló que era importante diferenciar entre “la defensa de una doctrina abstracta, que no era punible, y la defensa dirigida a promover una acción ilegal, que sí lo era”, motivo por el cual, revocó una condena emitida en contra de algunos líderes comunistas.

Luego, en el caso *Chaplinsky contra New Hampshire* (315 US 568, 1942), ese Tribunal se ocupó de un evento en el que un testigo de Jehová, CHAPLINSKY, difundió volantes de su credo mientras desacreditaba los restantes dogmas. Al ser requerido por un oficial de policía, aquel le trató de fascista. Con ocasión de la condena impuesta por ofender a una persona, el caso llegó a la Corte, que, entre otros argumentos, evaluó no tanto la entidad ofensiva de la manifestación, sino si “el epíteto [maldito facista] puede provocar represalia por parte de *una persona promedio* y, por lo tanto, provocar una violación a la paz”.

Pero la sentencia más importante en el breve recorrido jurisprudencial hecho la constituye el caso *Brandenburg contra Ohio* (395 US, 444-1969), en el que ese Tribunal revisó unos hechos en los que un líder del Ku-Klux-Klan se dirige ante un puñado de personas y afirma que se deberían tomar represalias en contra de los gobiernos judíos y afroamericanos. En ese entonces, la Suprema Corte sostuvo que:

designed to preserve our freedom and not to serve the purposes of a furtive conspiracy allied with foreign governments to overthrow all freedom”. EASTLAND, Op. cit., p. 121.

“Las garantías constitucionales de la libertad de prensa y expresión no permiten al Estado prohibir o proscribir la defensa del uso de la fuerza o de la violación de la ley, excepto cuando tal defensa del uso de la fuerza esté dirigida a incitar o producir una inminente acción ilegal y es probable que aquella incite o produzca tal acción”.

Tal como ya hemos dicho, la mera enseñanza teórica de la conveniencia moral, o aun de la necesidad moral del uso de la fuerza y de la violencia, no es lo mismo que la preparación de un grupo para la acción violenta y su fortalecimiento para tal acción. Una ley que omita efectuar esta distinción se entromete inaceptablemente en las libertades garantizadas por la primera y decimocuarta enmiendas. Incluye dentro de su sanción, el discurso que nuestra Constitución ha inmunizado respecto del control estatal:

“La ley, que por sus propias palabras y tal como ha sido aplicada al caso, tiene como objetivo castigar la mera defensa (de una idea) y prohibir bajo pena de castigo criminal, la reunión con otras personas únicamente para defender el tipo de acción descrito. Tal ley cae bajo la condena de las enmiendas primera y catorce.”

Luego, frente a una regulación local de avisos, en el caso conocido como R. A. V. contra St. Paul 505 U.S. 377 (1992)¹⁴⁶, la Suprema Corte afirmó que es contraria a la constitución una norma que reprime el hecho de fijar en cualquier propiedad, un objeto que pueda “provocar indignación, alarma o resentimiento en otros, por motivos de raza, color, idea, religión o sexo”. Asimismo, refirió que no es posible realizar alguna prohibición en relación con expresiones que se consideren políticamente incorrectas, en ejercicio de discriminación de otras que puedan parecer lo opuesto. Los temas censurados habrían de desaparecer por esta vía, salvo en los casos en que puedan causar agresión a otros grupos.

¹⁴⁶ Se trata de una condena impuesta a quien quemó una cruz que fijó en el jardín de una familia afroamericana. La decisión se basó en un decreto que prohibía colocar objetos de esa naturaleza que pudieran provocar miedo o ira.

2.1.2.3. *Recapitulación*

De lo expuesto hasta ahora, se advierte una gran preocupación por preservar, de la manera más amplia posible, la garantía contenida en la primera enmienda. En pro del objetivo de este trabajo, conviene recordar que la Suprema Corte de Estados Unidos abandonó expresamente la doctrina *bad tendency*, que permitía la sanción de cualquier manifestación que atente contra la paz pública y, en su lugar, acogió la regla denominada *clear and present danger*, según la cual, un discurso es reprochable si tiene el poder de incitar a la comisión de delitos de manera efectiva. Esta forma de entender la libertad de expresión está fundamentada concretamente en el libre mercado de ideas como elemento esencial para alcanzar la verdad. En ese sentido, la garantía en mención tiene especial preponderancia, aun ante discursos racistas o xenófobos.

De igual forma, el acento no radica en la ofensa que se puede derivar de determinada expresión, sino —como en CHAPLINSKY— cuando dicha manifestación, para un hombre promedio, puede provocar una reacción en su receptor, de tal manera que afecte la paz social. Es interesante este aspecto, pues la medición de lo protegido por la primera enmienda dependerá no tanto de la lectura del sujeto ofendido, sino del común entendimiento de la expresión y de una eventual reacción ante esas palabras.

2.2.2. La libertad de expresión en el marco constitucional español

2.2.2.1. *Contexto normativo*

La Carta fundamental gaditana suele ser el punto de partida para analizar el desenvolvimiento del constitucionalismo en España; sin embargo, como razona el profesor de la Universidad de Oviedo, FERNÁNDEZ SARASOLA¹⁴⁷, es necesario remontarse un par de años atrás para encontrar la primera Constitución. Así, ha de recordarse el Estatuto (o Carta

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, (2006), “La Primera Constitución española. El Estatuto de Bayona”, *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, n.º 26, pp. 89-109.

Otorgada) de Bayona de 1808, el cual establecía que “dos años después de haberse ejecutado enteramente esta Constitución, se establecerá la libertad de imprenta” (art. 145), según leyes emanadas por las cortes y los reglamentos otorgados por el monarca José BONAPARTE. Sin embargo, las derrotas militares y la ausencia de reglamentación hicieron que este punto nunca tuviera desarrollo alguno.

Posteriormente, en el preámbulo del decreto de las cortes de Cádiz de 10 de noviembre de 1810, se puede leer:

La facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas es, no solo un freno de la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de ilustrar a la Nación en general, el único camino para llegar al conocimiento de la verdadera opinión pública (...).”

De lo anterior, se observa que solo hace referencia a la opción de difundir las ideas en temas políticos, lo que excluye asuntos de otra naturaleza, por ejemplo, religiosos.

No hay mención expresa de la garantía referida en el Estatuto Real de 1834, ni en las constituciones de 1837 y 1845; sin embargo, en la Constitución de 1869, artículo 17, dice que “todo español tiene derecho a emitir libremente las ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante”, lo que se reproduce en la Constitución de 1876, solo con el agregado “sin censura previa”.

También es necesario recordar que la Constitución de la República Española de 1931, en el artículo 34, expresó que toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, sin previa censura, pero al mismo tiempo apareció la Ley de la Defensa de la República, en la que la represión era evidente¹⁴⁸; de tal manera que se observa por

¹⁴⁸ Aunque en este apartado solo hacemos una referencia muy básica acerca de los avances constitucionales, el ámbito legal queda para una enunciación posterior, por lo tanto, conviene recordar lo que en aquel texto normativo se criminalizaba: “La difusión de noticias que puedan quebrantar el crédito a perturbar la paz o el orden público; toda acción o expresión que redunde en menosprecio de las instituciones u organismos del Estado... y ... la falta de celo y negligencia de

aquellos días una tensión entre los ideales de libertad, frente a una preocupación por los discursos que atentaban contra los nuevos postulados republicanos.

Como las Leyes Fundamentales del Reino se denomina a un cuerpo normativo expedido durante el franquismo; para lo que acá es de interés, a su vez, conviene recordar la Ley del 18 de julio de 1945 sobre el Fuero de los Españoles¹⁴⁹. En concreto, el artículo 12 establecía que: todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten contra los principios fundamentales del Estado. Precisamente esta salvedad es la que hizo que se incrementaran los tipos penales asociados a rumores, noticias falsas y las logias masónicas¹⁵⁰; asimismo, una gran represión a la prensa, el cine y la literatura estuvo a la orden del día.

En tiempos más recientes, la Constitución Española de 1978 señala en el artículo 20 lo siguiente:

1. Se reconocen y protegen los derechos:
 - a. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (...).

los funcionarios públicos en el desempeño de sus servicios”. Cfr. Ley de Defensa de la República Española, de 21 de octubre de 1931.

¹⁴⁹ Texto completo disponible en: <https://goo.gl/mvTXwx>. Consultado en enero de 2016.

¹⁵⁰ Precisamente, como bien lo recuerda el profesor BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ya desde la Ley para la Represión de la Masonería y el Comunismo de 1 de marzo de 1940, se había criminalizado esta clase de comportamientos. Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, (1981), “Derecho Represivo en España durante los periodos de la guerra y la posguerra (1936-1945)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico n.º 3, Madrid, p. 101.

Se observa, según el numeral 4, que las libertades de opinión, información y de expresión pueden ser limitadas conforme a las leyes, con lo cual se habilita al legislador para restringir tales garantías¹⁵¹.

2.2.2.2. Desarrollo jurisprudencial

Un breve recuento de las decisiones más importantes que sobre el particular se han adoptado por parte del Tribunal Constitucional nos ubica en la sentencia STC 12/82 del 31 de marzo, en la que se precisó que la libertad de expresión e información no son solo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de cada institución política fundamental. Lo anterior representa la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. Esta decisión parece que establece la libertad de expresión no como una garantía en sí misma, sino de manera funcional como mecanismo articulador de la democracia.

Posteriormente, en la sentencia STC 104/86 del 17 de julio, el Tribunal Constitucional expresó:

“El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política”.

En esa misma decisión se percibe una inclinación, a darle un tratamiento, no solo como garantía funcional, si de valor superior a la libertad de expresión, en relación con

¹⁵¹ En casos, por ejemplo, en que se afecte la dignidad humana. Cfr. Sentencia STC 105/90, de 15 de febrero.

otros derechos. Expresamente, se refiere que el honor no es un límite a la libertad de expresión, como podría pensarse, sino que corresponde al juez realizar una ponderación entre ambas garantías; como en ese caso el fallador no obró así, el Tribunal concedió el amparo reclamado.

En otras decisiones, se utilizan expresiones como “jerarquía institucional” (Cfr. sentencia STC 159/86 del 16 de diciembre y sentencia STC 171/90, de 12 de noviembre); mientras que hay unas en las que habla de “valor superior” o “eficacia irradiante” (sent. STCC 121/89). Sin embargo, en la sentencia STC 20/90 de 15 de febrero, sostuvo:

“Porque la libertad ideológica que consagra el artículo 16.1 y el correlativo derecho a expresarla, que garantiza el artículo 20.1 a), no son compatibles con sancionar penalmente el ejercicio de dichas libertades. La libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico propugna la Constitución, exige el máximo de amplitud en el ejercicio de aquellas y naturalmente, no solo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre expresión de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada.”

En el extracto precedente, se podría observar un carácter preferente del derecho a la libertad de pensamiento, salvo en los casos en que se pretenda imponer dichos pensamientos a través de la violencia.

Pero, en la sentencia STC 336/93 del 15 de noviembre, se señaló que los derechos a la libre comunicación, a la información y a la libertad de expresión ocupan una “posición prevalente —aunque no jerárquica—” frente al derecho al honor, tesis que ya había sido incluida en la sentencia STC 240/92 de 21 de diciembre.

A su vez, en las sentencias STC 232/02, STC 185/02 y STC 72/02, la libertad de la que se habla tuvo que ceder frente al derecho al honor, pues “la Constitución no reconoce

en modo alguno (ni en ese ni en ningún otro precepto) un pretendido derecho al insulto”. Se agrega que:

“La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate.”

Bajo el criterio de URIOSTE BRAGA, con esta idea final ya no se justifica la tesis de la preferencia porque reconoce límites a la misma¹⁵². Esta afirmación no resulta del todo acertada, porque la prevalencia no depende del reconocimiento que la misma Constitución haga de las excepciones a un derecho que no aparece como absoluto, sino que surge, en caso de conflictos con otras garantías, como la honra o el honor. La preferencia es un criterio que permite establecer la solución en hipótesis de choque entre intereses contrapuestos. Con la libertad de expresión ocurre, en ciertos contextos normativos, algo similar: por ello se dice que podría tener un carácter prevalente.

Por su trascendencia en este trabajo, conviene resaltar el presente asunto: un simpatizante del nazismo sostuvo, en un medio impreso, que el holocausto judío no había ocurrido. Su afirmación se sustentaba en la cantidad de miembros que de esa comunidad existían en la actualidad, a pesar del número de víctimas que, según se afirmaba, habían perdido la vida en los campos de concentración. Por esa razón, expuso que los judíos “quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan”.

¹⁵² URIOSTE BRAGA, Fernando, (2008), *Libertad de expresión y derechos humanos*, Montevideo, Editorial B. de F., p. 23.

Violeta FRIEDMAN, víctima de Auschwitz, lugar donde falleció gran parte de su familia, promovió varias acciones judiciales, entre ellas un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual, en sentencia STC 214/1991 de 11 de noviembre, estableció:

“También es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un colectivo determinado de personas, más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando estos sean identificables como individuos dentro de la colectividad. Dicho en otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar perfecta y debidamente individualizados ad personam, pues de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección al honor de la totalidad de las personas jurídicas, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de las personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica e imprecisa.”

De acuerdo con el Tribunal, las afirmaciones sobre sucesos históricos, aunque reprochables, están cobijadas por la libertad de expresión, pero no aquellas manifestaciones en contra del pueblo judío, por ello “ni la libertad ideológica (CE, art. 16) ni la libertad de expresión (CE, art. 20.1) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo”. En relación con esta sentencia, se comparte la opinión de URIOSTE BRAGA, quien sostiene que se hace difícil distinguir entre expresiones genéricas y la alternativa de opinar sobre ciertos temas, pues en cualquier caso se podría caer en persecución de ideas¹⁵³.

¹⁵³ *Ibidem*. ATIENZA va un poco más allá y sostiene que esta sentencia fija un criterio que sería difícil de aplicar en casos análogos, por ejemplo, en casos de expresiones hacia gitanos, personas

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia STC 235/2007, analizó la coherencia del artículo 607 del Código Penal¹⁵⁴ con la Carta Política de España. La respectiva sentencia parte de un respaldo a la maximización de la libertad de expresión, con frases como que dentro de esa garantía se cobija cualquier forma de opinión “por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen el propio sistema democrático”, al punto que se afirma que la Constitución resguarda aún a quienes la niegan. En cuanto a un discurso negacionista, afirma que se trata de mera transmisión de opiniones constitucionalmente protegidas, que resulta inane para el Derecho Penal.

Sin embargo, la justificación de delitos relacionados con el genocidio podría ser susceptible de reproche penal, siempre que tales manifestaciones, así sea de forma indirecta, supongan una provocación a la comisión de dichos comportamientos. De igual forma ocurre, cuando al presentar como justo el delito de genocidio, se procure de alguna manera la provocación de odio hacia concretos grupos definidos con ocasión a su color de piel, religión, su origen étnico o racial, de forma tal que represente un peligro cierto convergente a generar un clima de violencia y hostilidad “que puedan concretarse en actos específicos de discriminación”.

Por lo dicho, en términos del Tribunal Constitucional, es insuficiente la simple manifestación, a pesar de la gravedad del comportamiento subyacente, para generar algún

con adicción a los estupefacientes o hacia determinados credos. Agrega que lo que ha hecho el Tribunal Constitucional es trasladar, de manera equivocada, un juicio de reprobación moral al ámbito jurídico, por lo que de esta forma se contradice el principio básico del liberalismo político, consistente en referir que no todo lo inmoral es ilícito. Cfr. ATIENZA, Manuel, (1993), *Tras la justicia, Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, Ariel Editores, p. 54.

¹⁵⁴ El artículo 607 criminaliza el genocidio y, en el segundo numeral, se señala: “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

tipo de criminalización. Se requiere, en tan reprochables hechos, algún tipo de provocación para la comisión de esa clase de comportamientos.

Ya en tiempos más recientes, el Tribunal Constitucional se ocupó de un recurso de amparo promovido por dos personas que habían quemado, en la plaza central de un municipio, la fotografía de los reyes de España, motivo por el cual fueron condenados por el delito de injurias a la corona.

De este modo, en la sentencia STC 177/2015, de 22 de junio, se destacó que el derecho a la libertad de expresión tiene varias características. En primer lugar, se trata de una garantía institucional porque “permite la formación y existencia de una opinión pública libre”; además, comprende la libertad de crítica, por lo que son válidas las expresiones que resulten chocantes o que inquieten al Estado; y, en tercer lugar, se afirma que la libertad referida no es absoluta ni ilimitada, pues, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”. Finalmente, se resalta la necesidad de establecer una ponderación a los límites a la referida garantía, dada su “posición preferente” y que, además, “convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus injuriandi*”.

A pesar de esta valiosa exposición, el Tribunal decide desestimar el amparo, básicamente, ya que “quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza”.

Al margen de si tal acto puede, en realidad, ser una forma de incitación a la violencia o, como lo sugiere la sentencia, de causar la muerte a los reyes de España, es

necesario destacar la reiterada afirmación hacia la legitimidad de punición en hipótesis de incitación o provocación¹⁵⁵.

La última de las decisiones se relaciona necesariamente con el tema objeto de análisis en este trabajo. Se trata de la sentencia STC 112/2016, de 20 de junio, en la que Tasio ERKIZIA ALMANDOZ solicitó recurso de amparo frente a la decisión del Tribunal Supremo, que desestimó la casación interpuesta en contra de la sentencia condenatoria impuesta por la Audiencia Nacional por enaltecimiento al terrorismo¹⁵⁶.

Para lo que a este acápite interesa, ha de destacarse que, para el Tribunal Constitucional, la sanción penal de conductas de enaltecimiento de actividades terroristas resulta una adecuada injerencia en la garantía de la libertad de expresión de quienes hacen tales manifestaciones, en tanto “puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”.

¹⁵⁵ Precisamente este fue el principal argumento de los varios votos particulares presentados en esa sentencia: quemar las fotografías estaba cobijado por el derecho a la libertad de expresión o a la libertad ideológica. En particular, la magistrada doña Adela ASÚA BATARRITA, sobre la posibilidad de que tal acto de quema, sin ningún tipo de discurso, pueda causar daño en las personas de sus majestades, sostuvo: “Lejos se sitúan tales hipótesis de la exigencia de constatación de que el peligro que se alegue debe reunir los caracteres de ser real, apoyado en datos fehacientes, y además acuciante, inminente. Difícilmente puede compartirse que los Reyes corrieran algún peligro cierto y próximo, consecutivo al acto de la quema del retrato; no hay atisbo de datos en los hechos probados que permitan asentar el temor en algún suelo más seguro que el de la mera suposición”.

¹⁵⁶ Los hechos estuvieron relacionados con el homenaje hecho en 2008, en una localidad de Vizcaya, al líder de ETA, José Miguel BEÑARÁN, conocido como Argala, en el que el aquí condenado participó como orador central. En tal acto, de acuerdo con la sentencia, pidió “una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático” y terminó con los gritos “¡Gora Euskal Herria askatuta”, “Gora Euskal Herria euskalduna” y “Gora Argala”(¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!), gritos que fueron respondidos por el público.

En ese caso, el recurso fue desestimado pues, para el Tribunal, al valorar las palabras y el contexto (o clima) en que fueron lanzadas, tenían la entidad suficiente para incitar a la violencia. Es de resaltar que la expresión “incitación a la violencia” en cualquiera de sus formas, aparece al menos veintitrés veces en la decisión¹⁵⁷.

2.2.2.4. *Recapitulación*

De acuerdo con lo expuesto en este apartado, en relación con el Reino de España, se observan tensiones que se muestran contrapuestas aún en circunstancias de coetaneidad: constituciones liberales, pero leyes con bastantes restricciones. De alguna forma, el Tribunal Constitucional ha facilitado el libre discurso, en el entendido de que ese derecho está vinculado con el pluralismo político y como un requisito para el adecuado desenvolvimiento de la democracia. En otras palabras, se trata de un derecho funcional.

Sin embargo, no hay claridad sobre cuál es la posición que ocupa la garantía dentro del sistema jurídico español. Si se trata de un derecho superior, o de un valor preponderante, o con eficacia irradiante¹⁵⁸. De hecho, en aquellos casos en que se ha

¹⁵⁷ Resulta también relevante, para efectos de analizar la situación en España, considerar el voto particular formulado por el magistrado Juan Antonio XIOL RÍOS que, entre otras razones, afirma que no hubo una adecuada ponderación entre la libertad de expresión y la necesidad de intervención penal; pero, más concretamente, refiere que no se hizo una valoración acertada acerca de la posibilidad que el presente caso tuviera la entidad suficiente de incitar a la violencia. Especialmente hace notar una posible fragmentación del discurso, pues solo se piensa en las palabras “hacer daño al Estado”, cuando seguidamente se hace alusión a las vías democráticas. Por lo tanto, piensa que el amparo debió concederse.

¹⁵⁸ Para SÁNCHEZ GONZÁLEZ, el Tribunal Constitucional español no ha querido tomar partido por la posición preferente de la libertad de expresión, pues, de hacerlo, debería admitir “1. Que el gobierno debe demostrar que la restricción que supone el nuevo ilícito penal es absolutamente necesaria para proteger un interés constitucionalmente protegible. Hay que tener en cuenta que, como se ha dicho ya, la injuria, la calumnia y el desacato son figuras incorporadas en el Código Penal y que existe una Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la

otorgado un carácter preferente, también se ha advertido que esa condición no es válida cuando esa libertad se pretende imponer con violencia o cuando sean absolutamente ofensivas; es decir, no hay un derecho al insulto.

De todas formas, se reconoce que en delitos tan sensibles para la humanidad, como el genocidio, se requiere, para una criminalización admisible dentro del marco constitucional español, al menos una incitación —así sea directa o indirecta, a cometer delitos de tal naturaleza— o que se provoquen actos orientados a la discriminación. En otras palabras, para el Tribunal Constitucional no basta la constatación objetiva de la mera manifestación para admitir la punibilidad de una expresión, en principio, protegida por la Carta.

Lo anteriormente dicho tiene relevancia, si se considera que la apología al terrorismo, como se explica más adelante, está relacionada con la alusión a actos violentos y con la humillación a la que pueden ser sometidas sus víctimas.

2.2.3. Libertad de expresión en Colombia

2.2.3.1. Contexto normativo

En este apartado se estudiarán las características que a la libertad de expresión se le han dado por parte de la Corte Constitucional colombiana. Pero antes es preciso recordar que durante buena parte de la historia republicana del país suramericano estuvo vigente la Constitución de 1886, de corte conservador¹⁵⁹, la cual, entregaba la vigilancia de la Carta y,

propia imagen. 2. Que la redacción de la reforma del Código Penal es tan rigurosa y ajustada que servirá a los fines de protección del honor, fama, etc., sin cercenar, o caso contrario lo haga mínimamente, la libertad de expresión. 3. Que el gobierno demuestre que no hay ninguna otra forma de proteger aquellos bienes sin mermar la libertad de expresión”. Ver SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, (1992), *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, p 120.

¹⁵⁹ De hecho, la única referencia a la garantía que nos ocupa aparecía en el artículo 42, que indicaba: “la prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable, con arreglo a las leyes, cuando atente a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública. Ninguna empresa editorial de

en últimas, el análisis de coherencia de las leyes con la Constitución, a la Corte Suprema de Justicia. Fue hasta 1991 que se promulgó una nueva norma superior, fundada, según su propio texto, en un modelo de estado social y democrático de derecho.

Ahora bien, para lo que nos interesa, en el artículo 20 de esa Constitución Política se proclama lo siguiente:

Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

En la misma Carta, se le entregó la vigilancia de sus postulados a la Corte Constitucional. Por ello, es importante identificar las tres clases de decisiones que, principalmente, adopta ese tribunal.

En primer lugar, pero con menor valor vinculante, se encuentran las sentencias de tutela (o de amparo, como se denomina en otros escenarios normativos), identificables con la letra T, seguida por un número y el año; estas se ocupan de analizar casos particulares, son adoptadas por tres magistrados y —en principio— solo tienen efectos interpartes. A continuación, aparecen las sentencias de unificación SU, en las que usualmente se resuelven asuntos de tutela, sin embargo, por la disparidad de criterios, es necesario que la plenaria de la sala atempere sus decisiones para aparejarlos, por lo que estas tienen mayor fuerza vinculante. Finalmente, están las decisiones de constitucionalidad C, que analizan la congruencia de una norma con la Carta Política, según petición que hace cualquier ciudadano; se adoptan por la plenaria del tribunal y son totalmente vinculantes para cualquier autoridad en lo que tiene que ver con las razones de la decisión (*ratio decidendi*) y la parte resolutive.

periódicos podrá, sin permiso del Gobierno, recibir subvención de otros Gobiernos ni de compañías extranjeras”.

Dado el enfoque de este estudio, se analizarán las sentencias más relevantes en lo atinente a la libertad de expresión.

2.2.3.2. Desarrollo jurisprudencial

En cuanto a las razones que justifican la defensa de la libertad de expresión, la Corte parte de una tesis ecléctica, fundada en dos aspectos:

“La importancia de la libertad de expresión es central para la democracia constitucional. Esto a partir de al menos dos tipos de razones: (i) el vínculo entre la eficacia de la libertad de expresión y el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática; y (ii) la libertad de expresión como un ámbito propio de la dignidad humana que depende de la vigencia de la cláusula general de libertad. En primer término, la vigencia del modelo democrático pasa obligatoriamente por la garantía de que las personas podrán expresar de la manera más amplia posible sus opiniones, contrastarlas con otras y debatir intensamente sobre las mismas, sin otro límite que los derechos fundamentales de los demás. Debe protegerse, utilizándose el concepto desarrollado por la jurisprudencia estadounidense, la vigencia de un libre mercado de las ideas, en el que cada cual pueda difundir su pensamiento y recibir información con el propósito de poder formarse su propia opinión, incluso cuando la misma pudiese ser controversial o contestataria respecto a cánones sociales dados”¹⁶⁰.

¹⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-452 de 2016. Además, la tesis del mercado libre de ideas también aparece reflejada en otras decisiones: T-403 de 1992, T-437 de 2004 y SU 626 de 2015, en las que se dijo: “[e]l carácter pluralista de la República (art. 1) exige que las más diversas visiones del mundo, puedan ser expresadas, difundidas y defendidas en un libre, amplio y protegido ‘mercado de las ideas’”.

En la Decisión SU-626 de 2015 que, posteriormente, fue denominada por ese Tribunal como *sentencia hito*¹⁶¹, la Corte Constitucional estableció “once contenidos normativos básicos” para la mencionada libertad, así:

a. La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión —sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa—, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la libertad de expresión *stricto sensu*, y tiene una doble dimensión —la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando—.

b. La libertad de investigar o buscar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información.

c. La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información.

d. La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier

¹⁶¹ Esta denominación obedece a los criterios delineados por LÓPEZ MEDINA, para quien deben identificarse las sentencias en arquimédicas, fundacionales e hito. Se trata de un método para realizar líneas jurisprudenciales e identificar las reglas fijadas por las cortes. Las sentencias arquimédicas, al utilizar la metáfora del apalancamiento de ARQUÍMEDES, son el punto de apoyo para iniciar el rastreo de otras decisiones. Las fundacionales son aquellas que inician o crean la regla, por lo que serían el origen de la línea jurisprudencial que contiene la resolución a un problema. Finalmente, las sentencias hito producen una transformación o un asentamiento fuerte de una regla fijada. Sobre el tema, puede verse LÓPEZ MEDINA, Diego, (2002), *El derecho de los Jueces*, 3ª reimpresión, Bogotá, Legis Editores-Universidad de Los Andes, *pasimm*.

medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información.

e. La libertad de fundar medios masivos de comunicación.

f. La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social.

g. El derecho a la rectificación en condiciones de equidad.

h. La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

i. La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

j. La prohibición de la pornografía infantil.

k. La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio.

En cuanto a la libertad en sentido estricto, mencionada en el literal a), ella se refiere a una libertad en la que prima la subjetividad y, en la cual, quien se expresa lo hace para manifestar “valoraciones, sentimientos y apreciaciones personales sobre determinados hechos, situaciones o personas”¹⁶².

Pero esa libertad no lleva consigo la posibilidad de ofender. En aplicación de esta regla la sentencia T-550 de 2012 consideró que no se encontraban protegidas por la libertad de expresión, las manifestaciones injuriosas o groseras expresadas por un estudiante a través de las redes sociales. Dijo al respecto:

¹⁶² Sentencia SU 626 de 2015. En igual sentido, sentencias T-904 de 2003 y T-015 de 2015.

“De todo lo anterior se colige que la libertad de expresión se aplica en Internet del mismo modo que en otros medios de comunicación, concluyéndose que las redes sociales no pueden garantizar un lugar para la difamación, el denuesto, la grosería, la falta de decoro y la descalificación. Ciertamente, ningún fundamento se deriva del artículo 20 de la Constitución, ni de la normativa internacional, ni de precepto alguno que, al margen de la veracidad, valide la divulgación de agravios, improperios, vejámenes ni infundios por cualquier clase de medio de comunicación.”

Posteriormente, la Corte Constitucional¹⁶³ explicó que de ese conjunto de mandatos surge la presunción general a favor de la libertad de expresión que, a su vez, se compone de dos presunciones especiales a favor de la libertad de expresión, una prohibición o definitiva (presunción inderrotable) y tres cargas correlativas para las autoridades que pretendan cuestionar un discurso o una expresión desde el punto de vista legal o constitucional, y la regla de preferencia *prima facie* (o inicial) de este derecho, en casos de colisiones normativas.

De acuerdo con la primera presunción, por regla general, toda manifestación ha de entenderse protegida por el artículo 20 constitucional, a menos que en el específico evento se acredite de forma racional que existe alguna justificante. La segunda presunción se refiere a la primacía, conforme a la cual, en eventos de colisión normativa, la garantía de expresarse libremente se ha de privilegiar y se hace prevalente¹⁶⁴. La tercera, que cualquier restricción o limitación entra en una categoría sospechosa.

¹⁶³ Sentencia C-091 de 2017.

¹⁶⁴ Sin embargo, la tesis del carácter preferente de la libertad de expresión no es unánime. De ello da cuenta el dicente salvamento de voto del magistrado Luis Ernesto Vargas a la sentencia C-417/09, al decir:

“Uno de los argumentos centrales de la sentencia C-417/09 es la rotunda afirmación acerca del carácter prevalente o preferente de la libertad de expresión (fol. 97), atributo ante el cual todos los

Según la tesis de la Corte, del marco normativo aplicable a Colombia, se desprende “en forma contundente una presunción que no admite ser desvirtuada: la censura previa está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, *ipso iure*, una violación del derecho a la libertad de expresión”¹⁶⁵. De allí se desprende una carga argumentativa para quien pretenda restringir

derechos personalísimos involucrados en el conflicto deberían ceder. Este planteamiento de tinte absolutista y autoritario no se deriva de una retrospectiva completa de la jurisprudencia de la Corte.

En efecto, si se revisa de manera completa la jurisprudencia se advierte que si bien en algunas sentencias hace referencia a un carácter especialmente prevalente la libertad de expresión e información, en muchos eventos ha dado preeminencia a los derechos a la intimidad a la honra y al buen nombre estrechamente relacionados con el principio de dignidad humana. En este sentido, en las sentencias T-512/92, T-563/93, T-259/94, T-522/95, T-066/98, T-368/98, T-1225/03, T-1198/04, T-626/07, entre otras, la Corte admitió restricciones a la libertad informativa, con el propósito de asegurar no solamente ‘la imparcialidad’ y ‘veracidad’ de la información, sino también para salvaguardar otros valores constitucionales como los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre. Más aún, ni siquiera en aquellos eventos en que la divulgación esté referida a informaciones de claro interés público, tal como ocurre con la relacionada con hechos delictivos, se releva a los medios y a los periodistas de su deber de corroborar la veracidad de la información, y de actuar con la diligencia y prudencia debidas a fin de no afectar derechos de terceros.

Una aceptación absolutista de la preferencia, o la prevalencia de las libertades de expresión e información sobre otros valores constitucionales, implica la declinación por parte del Tribunal constitucional de su papel medular de procesar y definir de manera adecuada los conflictos que se pueden presentar entre normas que protegen diferentes bienes jurídicos, definiendo los límites de cada uno de ellos, velando por el respeto y la plena vigencia de ambos. El Tribunal Constitucional debe cumplir con su obligación de garantizar simultáneamente las libertades de expresión e información y el derecho al honor.

La categorización de derechos, subordinados unos a favor de otros, estableciendo derechos ‘de primera’ y ‘segunda categoría’, desconoce el sistema de derechos y garantías basado en el carácter interdependiente de los derechos y el principio de armonización.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

esa garantía; de lo que se deduce una *presunción general a favor de la libertad de expresión*.

Ese tratamiento, dice la Corte, se justifica no solo en el papel especial que ocupa este derecho en el conjunto de garantías y libertades constitucionales, sino también porque los riesgos generados por la protección de la expresión y las cargas correspondientes se consideran un *riesgo tolerable*, en comparación a lo que significaría la renuncia a estos postulados para el sistema constitucional y democrático de derecho¹⁶⁶. Asimismo, ese Tribunal ha explicado que la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional resguarda tanto el contenido de la expresión como su tono¹⁶⁷.

Sin embargo, pese a su fuerza especial, la amplitud de sus contenidos y la deferencia con que es tratada, desde la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, esta no es absoluta. En primer lugar, en casos en que pueda ser derrotada en un ejercicio claro de ponderación; en segundo lugar, cuando se trate de circunstancias que puedan afectar la integridad de los menores de edad; y, en tercer lugar, hay ciertos discursos universalmente reprochables, en tanto afectan la dignidad de los seres humanos.

Para la Corte Constitucional, es necesario hacer una integración de las normas contenidas en la Carta Política, con los instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos, para considerar cuáles son esos discursos que se englobarían en cuatro categorías: (a) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como *discurso del odio*,

¹⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-087 de 1998 y T-391 de 2007.

¹⁶⁷ Cfr. C-091 de 2017.

discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio¹⁶⁸.

A su vez, explica que tales categorías se deben examinar de forma restrictiva y con cuidadosa observación de las exactas definiciones contenidas en las normas respectivas, con el fin de reducir el riesgo de que se cobijen en su entendimiento algunas manifestaciones que en realidad son válidas de protección por la constitución. Igualmente, precisó la Corte Constitucional que el ejercicio de la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades; que estos varían en función del tipo de discurso, el ámbito en que se desenvuelven y los medios utilizados para hacerlo; y que estos deben estar definidos con precisión en ley, “sin perjuicio de la aplicación directa de los derechos fundamentales de terceros, como el buen nombre y la intimidad”¹⁶⁹.

A propósito del buen nombre, de lo expuesto se desprende que no existe un derecho al insulto, pues:

*“si el derecho a la honra (CP, art. 21) quiere tener algún significado, es indudable que las expresiones manifiestamente injuriosas y despectivas, e innecesarias a la divulgación de una opinión o información, pueden ser limitadas por la ley, ya que se encuentran por fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión”*¹⁷⁰.

Pero cuando se dice que pueden ser limitadas por la ley, según el Tribunal, esto no implica necesariamente que la respuesta deba ser de carácter penal. En efecto, el hecho de no ser penalmente relevantes no se traduce en una desprotección de dichas prerrogativas, por cuanto el buen nombre y la honra tienen mecanismos de protección de rango constitucional, entre ellos, la acción de tutela, que resultaría para la Corte más amplia y

¹⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-391 de 2007.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ Sentencia C-010 de 2000.

comprensiva, a pesar de su carácter de subsidiariedad (que entra en juego cuando no existen mecanismos ordinarios), pero que incide en los derechos protegidos.

“La vía penal solo protege determinadas vulneraciones a los anotados derechos fundamentales, al paso que la protección que la Constitución Política depara a los mismos es total. Por esta razón, existen violaciones a la honra y al buen nombre de las personas que, sin llegar a constituir formas de injuria o de calumnia, sí afectan estos derechos y, por ende, autorizan su protección por vía de la acción de tutela, cuando ello es necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable”¹⁷¹.

Por esa misma vía, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de examinar los tipos penales de injuria y de calumnia a través de la sentencia C-442 de 2011, con ocasión de la demanda orientada a señalar su posible indeterminación, lo que afectaría el principio de legalidad y de estricta tipicidad. Para tal fin, el demandante se apoyó en los razonamientos del caso Kimel contra Argentina, oportunidad en la que, como ya se describió previamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos revisó la sentencia impuesta en contra de un periodista argentino, por razón de unas publicaciones hechas sobre la investigación de crímenes cometidos en la dictadura de ese país.

La Corte colombiana consideró que había una disimilitud entre ambos casos pues, de acuerdo con el Tribunal, la jurisprudencia nacional permitía darle unos específicos contornos a los delitos de injuria y calumnia, se justificaba su inclusión en el Código Penal, dados los bienes objeto de protección (integridad moral, buen nombre y honra) y el análisis de cada caso concreto permitiría establecer si se justificaría la intervención del Derecho Penal como medida residual¹⁷².

¹⁷¹ T-263 de 1998 y T-749 de 2003.

¹⁷² Con importantes salvamentos de voto de tres de los nueve magistrados. En uno de ellos se lee “Es que, a decir verdad, no puede hacer parte del poder de configuración del *ius punendi*, ni por vía del tipo abierto ni por la idoneidad y necesidad de la medida, el disponer de una limitación tan

Cuidadosa también ha sido la Corte Constitucional al verificar situaciones en las que ciertas manifestaciones podrían dar lugar a tratos discriminatorios. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia T-691 de 2012, caso en el que un profesor utilizó ejemplos, en tono de burla, basados en la esclavitud de comunidades negras. En el mismo sentido, la sentencia T-500 de 2016 examinó la acción promovida por comunidades indígenas que se sintieron afectadas por los estereotipos discriminatorios e información sesgada difundida por el programa *Séptimo Día*, de uno de los principales canales de televisión del país, en relación con sus prácticas ancestrales. En todos estos casos, el Tribunal consideró que la naturaleza de los tratos discriminatorios estaba por fuera del ámbito de protección de la garantía de la libertad de expresión.

Sin embargo, es preciso detenerse un poco en este último caso. Los accionantes, una agremiación de comunidades indígenas, sostuvieron que el programa de televisión y sus posteriores mensajes en la red social Twitter podrían haber difundido un mensaje enmarcado en discurso de odio, según el numeral 5 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para el Tribunal colombiano esto no fue así, por cuanto:

“La Corte ha aceptado que la expresión y difusión de mensajes cuyos contenidos incitan al odio o a la violencia hacia personas o grupos sociales determinados no están protegidos constitucionalmente. Ahora bien, el problema radica precisamente en saber cuándo el contenido de un mensaje incita al odio. Para la jurisprudencia de esta Corporación no es suficiente con que el emisor del mensaje propague una opinión negativa en relación

intensa como son las del carácter penal sobre una libertad de tanto significado —subjetivo y objetivo, liberal, igualitario y democrático—. O sea, que no es consistente con la Constitución que se pueda pagar con la libertad personal y/o con la gravedad inherente a la sanción penal, el ejercicio libérrimo de la palabra, la expresión, la opinión o la información que suministra, el daño causado a otro, cuando existen muchísimas otras formas de hacer responsable a quien lo infiere que persuaden, reparan, pero no amedrentan, ni interfieren con esos que son los mecanismos naturales, cada vez más ciertos, de producción de las ideas, el consenso y el disenso colectivos”.

con una persona o grupo determinado. Es necesario también que: a) el contenido del mensaje incite a la violencia o al odio, y que b) analizando las circunstancias particulares, sea previsible que el mensaje de hecho incite a la violencia o al odio (...)”.

Esta tesis de la necesidad de provocación no es novedosa en las decisiones del Tribunal, pues ya se había analizado en la sentencia T-1319 de 2001, al explicar que no ha de restringirse la opinión negativa contra una persona, a menos que esa opinión sea utilizada como herramienta que conduzca a unos actos violentos en contra de ella, pues de esa forma, la libertad de opinión sería incompatible con un modelo democrático y con un diálogo como método adecuado para la solución de conflictos sociales.

También la Corte Constitucional se ha ocupado de analizar casos de interesante complejidad, como aquel en el que la garantía de expresarse (a través de una representación que se consideró como artística) entró en evidente conflicto con la libertad religiosa. En este caso, el Tribunal, tal como se lee en la ya mencionada sentencia SU 626 de 2015¹⁷³, consideró que la posibilidad de expresarse libremente podría limitarse si “si se demuestra la *aversión del sujeto hacia un grupo discriminado* y si esta tiene la capacidad o potencialidad de causar un daño efectivo en estas personas o grupos”. Por esta razón, permitió la exposición, a pesar del malestar que pudo causar un acto de esa naturaleza en un país altamente religioso.

En esa misma decisión, se dijo que eran necesarias dos condiciones para la restricción de un discurso. Por un lado, debe tratarse de propaganda en favor de los contenidos señalados por la Constitución y, por otro, que tal promoción debe tener como

¹⁷³ Se trataba de una exposición hecha en un museo de Bogotá, donde se exhibían custodias (propio del rito cristiano-católico) con imágenes alegóricas a cierta parte del cuerpo femenino. Algo parecido a lo que ocurrió en España, cuando en 2013 un grupo de personas realizó una suerte de procesión por las calles de Sevilla del denominado “santísimo coño insumiso”, hoy son procesadas por un delito contra los sentimientos religiosos en la audiencia de esa ciudad andaluza. Ver: <https://goo.gl/Hq7LyR>. Consultado en julio 5 de 2017.

consecuencia provocar o instigar a la hostilidad, la discriminación e incluso a la violencia.
En efecto:

“Determinar si un discurso encuadra en este supuesto exige un doble juicio. El primero impone un muy prudente escrutinio por parte del juez constitucional dado que las expresiones en general, y las artísticas en particular, pueden siempre suscitar interpretaciones diferentes y en ocasiones opuestas. Para este Tribunal, podrá afirmarse que se trata de un discurso proscrito en aquellos casos en los cuales el examen de la expresión denote, de manera inmediata e inequívoca, una aversión contra las personas por su nacionalidad, raza o religión, indicativa del deseo de causarles un daño. Si no se satisface esta condición no podrá prohibirse la expresión. Este examen busca impedir que los tribunales se erijan en jueces de la corrección o bondad de las expresiones artísticas, demandando que la hostilidad o aborrecimiento fundado en la nacionalidad, en la raza o en la religión puedan identificarse desde el primer examen.

La segunda fase del juicio impone determinar si la expresión artística tiene la aptitud de estimular, incitar o persuadir a los receptores de la expresión para el uso de violencia en contra de las personas. Este examen debe desarrollarse separadamente del anterior a fin de evitar que cualquier expresión de odio pueda ser, al mismo tiempo, calificada como estimulante de la violencia. Para la Corte no basta que se trate de un riesgo abstracto o genérico. Debe ser, por el contrario, un riesgo concreto, claro y presente, de manera que se concluya que la exposición puede erigirse, de no ser evitada, en la causa eficiente de actos de violencia subsiguientes. Esta perspectiva se inspira en la importancia de realizar en la mayor medida posible la libertad de expresión.”

Como puede verse, la Corte Constitucional asume que no es válido para cualquier discurso que pudiera resultar estimulante, sino que debe ser “causa eficiente” de actos de violencia posteriores. Ahora bien, el hecho de tratar de concretar hipótesis en las que esta

causa puede estimarse eficiente para determinar actos de violencia no deja de ser bastante problemático. Así ocurrió en un caso en el que se entregaron pasquines puerta a puerta en una población de Colombia, en los que se invitaba a exalumnos y docentes a declarar persona no grata a una profesora, por ser un peligro para la educación y la cultura de la juventud; pero, de igual manera, se exigía su salida del municipio, por lo que, para la Corte, esto constituye un exceso a los límites de la libertad de expresión, pues incita a la violencia o a una acción perjudicial en contra de un individuo de la comunidad¹⁷⁴.

Es discutible la forma en que se estima que declarar a alguien como una persona no grata, a través de la difusión de pasquines, pueda considerarse como un comportamiento con *entidad suficiente* para desencadenar e incitar actos de violencia. Esto no es diferente a que dicha manifestación se hubiese llevado a cabo a través de medios de comunicación, por redes sociales, en un escenario político o simplemente en el púlpito clerical. Esta tesis, orientada a considerar este tipo de mensajes como idóneos para producir violencia, se muestra opuesta a lo que ese mismo Tribunal había sostenido en otra oportunidad:

“Tratándose de una restricción a la libertad de opinión, se exige que se encuentre debida y suficientemente probado el uso indebido de la opinión (lo cual, de suyo, implica un control posterior). Así, la Corte entiende que no es suficiente que se compruebe el carácter incitador del mensaje —que deberá estar previsto en la ley—, sino que también es necesario establecer que, dadas las condiciones particulares, el ofendido o la audiencia reaccionarán o reaccionaron violentamente y, finalmente, que existe una relación clara de causalidad entre uno y otro fenómeno. Tratándose de situaciones de amenaza, es decir, que se asume la posibilidad de una reacción violenta, la carga probatoria ha de ser aún más rigurosa, pues salvo que se compruebe que inequívocamente se va a producir el efecto indicado, la restricción resultaría inadmisibile al comprometer la libertad de opinión. Así las cosas, de no demostrarse la causalidad, la existencia de un

¹⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-110 de 2015.

mensaje incitador y la verificación de una acción violenta en contra de ciertas personas, no puede conducir a una restricción o sanción del ejercicio de la libertad de opinión.

(...)

Debe advertirse que, en el contexto que se está estudiando —amenaza a la vida como consecuencia de la emisión de opiniones—, es indispensable que exista prueba suficiente que demuestre que el comportamiento o la amenaza a la vida de una persona es producto de la opinión de otra: prueba de la intención de incitar a la violencia mediante la opinión, prueba de la reacción o posibilidad fehaciente de la reacción y un evidente y claro nexo de causalidad. De no aceptarse esta exigencia en sentido fuerte, el ejercicio de la libertad de expresión se sometería a una restricción desproporcionada, máxime en un contexto de violencia como el de nuestra sociedad; de manera que bastaría que una persona fuese amenazada para que se impusieran restricciones a los medios de comunicación, por ejemplo”¹⁷⁵.

2.2.3.3. Recapitulación

A pesar de la disonancia expuesta hace un momento, para la Corte Constitucional colombiana, por lo menos en las tesis mayoritariamente reiteradas, es necesario que el mensaje, para ser objeto de reproche, instigue a la comisión de hechos violentos. Sin embargo, esto no es suficiente, además, para que tenga la entidad suficiente de doblegar la garantía de la libertad de expresión, debe ser la causa eficiente de un posible resultado amenazante a la vida o integridad de las personas. Estas circunstancias, por cierto, deben estar debidamente soportadas por quien las alegue pues, según se explicó, dado el carácter prevalente de la libertad de expresión, cualquier restricción entra en una categoría sospechosa.

¹⁷⁵ Sentencia T-1319 de 2001.

No obstante, debe destacarse un concepto bastante recurrente en la Corte colombiana: la información. Hay un énfasis importante en la jurisprudencia del país suramericano en la trascendencia de tal noción, que no resultaba tan evidente en la literatura de los demás tribunales. Y es que se suele perder de vista que no estamos solamente refiriéndonos a la libertad de opinar y difundir ideas, sino que correlativamente se debe que proteger el derecho a acceder a la información que pueda resultar vital para el desarrollo social.

Por lo pronto, se percibe un trato preferente a la libertad de expresión y su restricción; en consecuencia, solo debe ocurrir de manera excepcional. Es más, tal limitación no necesariamente debe tener consecuencias criminalizantes, pues puede hacerse de una forma menos invasiva.

2.2.4. ¿Existe un tratamiento diferenciado?

Como puede verse hay marcadas diferencias entre los diferentes modelos, tanto a nivel regional como a nivel nacional. Los sistemas de protección pueden diferir considerablemente. Una de las grandes diferencias aparece en el texto de los respectivos instrumentos regionales. En efecto, en la Carta Europea, al igual que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷⁶, están prohibidas las expresiones que inciten a la discriminación, la hostilidad o la violencia; tan solo figura el agregado que admite restricciones “necesarias en una sociedad democrática” y, enseguida, enuncia los fines que podrían justificar tales limitaciones, como la seguridad pública o la seguridad nacional.

Por el contrario, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 13.5, solo menciona que los discursos de odio deben quedar por fuera de amparo, en tanto

¹⁷⁶ Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, ratificado por Colombia, según la Ley 74 de 1968, y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. El artículo 20 de ese instrumento señala: “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

inciten a la violencia o cualquier otra acción similar. En otros términos, para considerar que una manifestación sea reprimida, es necesario que las expresiones, i. revistan naturaleza “de odio”, y ii. inciten a la violencia o actos similares.

Es por ello que la posibilidad de restricción a la libertad de expresión se hace más exigente en el sistema interamericano que en el sistema europeo e, incluso, en el sistema universal¹⁷⁷. Un argumento que refuerza dicha tesis tiene que ver con una expresión que aparece en el sistema interamericano, pero no así en el europeo: la protección en relación con la recepción o difusión “de informaciones e ideas de toda índole”, según reza el artículo 13.1 de la Convención Americana.

Además, en el sistema interamericano solo es posible predicar la *responsabilidad ulterior*, no así, en el sistema europeo, en el que, por cierto, también es posible adoptar *medidas*¹⁷⁸, lo que puede implicar la opción de realizar actos orientados hacia la censura previa. No así en las Américas.

Como sostiene BILBAO UBILLOS, en Europa se percibe una tendencia a amparar solo aquellas manifestaciones que cumplen una función acorde con algún valor, como la búsqueda de la verdad o la participación democrática. Tal cautela no es más que una consecuencia del recuerdo próximo que existe en relación con la libre difusión de ideas

¹⁷⁷ El profesor británico Eric BARENDT sostiene que la libertad de expresión es más fuertemente protegida contra regulaciones gubernamentales en Estados Unidos que, por ejemplo, en Alemania, bajo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A su vez, Francia y Alemania buscan la contención de restricciones que afecten el pluralismo frente a intereses privados. Ver, BARENDT, *Op. cit.*, p. 54.

¹⁷⁸ Al respecto, JIMÉNEZ ULLOA, Adriana, (2010), *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 58.

tóxicas para la humanidad, por lo tanto “es mejor prevenir que curar: la tolerancia con los intolerantes es una actitud suicida”¹⁷⁹.

Es más, en el sistema interamericano, a la luz del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se ve un rasgo más fuerte hacia criterios individualistas y de libre desarrollo a la personalidad, al enmarcar, dentro de las expresiones protegidas, todas aquellas manifestaciones *artísticas* que, en buena parte de los casos, no contienen necesariamente un tinte político. Por el contrario, el énfasis en el sistema europeo y en el Tribunal Constitucional español está dado por el sistema democrático y los valores que tal postulado encarna: “pluralismo, tolerancia y espíritu crítico”¹⁸⁰.

A propósito de los modelos nacionales, se observan también diferencias notables en los sistemas de cada país. Así, las decisiones analizadas en el caso estadounidense ponen demasiado énfasis en el progreso democrático y en el libre mercado de las ideas (como en el caso CHAPLINSKY¹⁸¹), pero en España y Colombia se reconoce la inexistencia de un derecho a la ofensa.

En Colombia, por lo pronto, se observa un énfasis sobre garantía desde la perspectiva individual y con presunción a favor de la libertad de expresión, lo que hace que su restricción tenga unas cargas argumentativas bastante altas.

¹⁷⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María, “La Negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La endeble justificación de los tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Público. UNED*. n.º 71-72, enero-agosto 2008, p. 52.

¹⁸⁰ VALDÉS DAL-RE, Fernando, “La libertad de expresión e información”, en: MONEREO ATEINZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis, (2012), *La Europa de los derechos*, Granada, Editorial Comares, p. 229.

¹⁸¹ Pero también se hace palpable en un interesante caso, conocido como New York Times contra Sullivan (376 US 254, 1970).

2.2.5. ¿Son válidos estándares diferentes para valorar la libertad de expresarse?

Como se ve, el criterio para valorar si determinado discurso está cubierto por la garantía de la libertad de expresión o por fuera de él (como legítima restricción o como excepción) varía considerablemente entre los sistemas regionales y, con más notoriedad, en los nacionales. ¿Es esto válido para el sistema internacional de derechos humanos?

La respuesta debe inclinarse positivamente. Como se mencionó en la sentencia *Herri Batasuna*, el Tribunal Europeo indica que, aun en un análisis estrecho del *margen nacional de apreciación*, pueden resultar legítimas ciertas restricciones.

En el caso conocido con *Handyside* contra Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó los hechos relacionados con un libro de orientación sexual para jóvenes, en cuanto al contenido de lo moral, y sostuvo:

“En particular, no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de la moral. La idea de que sus leyes respectivas se hacen de las exigencias de la moral, varían en el tiempo o en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia. Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la necesidad (...) de una restricción o sanción destinada a dar una respuesta a ella”¹⁸².

Todo parece indicar que dicho margen surge de la confrontación entre soberanía estatal y sistemas de protección internacional de derechos humanos. Un modelo kelseniano, en el que la *Grundnorm* cimentaba toda la organización normativa de un país, ha ido cediendo terreno frente a los compromisos que ese Estado asume en la protección de las

¹⁸² Este margen nacional de apreciación también aparece mencionado en una sentencia relevante para nuestro análisis: *Zana* contra Turquía.

garantías de sus habitantes. En ese sentido, los tribunales regionales y los organismos universales de supervisión de derechos humanos no solo incorporan nuevas reglas hermenéuticas, sino novedosos mandatos de optimización y garantía, al ordenamiento jurídico del país que reconoce la competencia de tales cuerpos y órganos. Sin embargo, estos sistemas de protección otorgan a los diferentes Estados, por razones culturales o políticas, un espacio de interpretación interno, frente al cual no hay, por decirlo de alguna forma, intromisión. Esto es explicado ampliamente por BARBOSA DELGADO, en los siguientes términos: “El margen nacional de apreciación debe ser comprendido como un espacio o ‘criterio’ de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales”¹⁸³.

Así mismo, el autor advierte que su justificación radica en la imposibilidad de lograr absolutos consensos entre cada uno de los Estados que han suscrito el respectivo instrumento internacional, lo que hace que las cortes regionales se vean limitadas para una eventual construcción de una adecuada hermenéutica, que tenga un unívoco sentido. Por ello, ya en materia de libertad de expresión, dijo el Tribunal Europeo que: “El artículo 10.2 reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación. Al tiempo se concede este margen de apreciación al legislador nacional (‘previstas en la ley’) y a los órganos especialmente a los judiciales, llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor”¹⁸⁴.

Pero el asunto va un poco más allá. Imponer determinados consensos universalizantes acerca de los derechos puede conducir a la supresión de las minorías, con sus propios valores y códigos éticos. Sería una forma incorrecta de eliminar el pluralismo y de paso desconocer de alguna forma la propia autodeterminación de los pueblos, que podrían estar cimentados en culturas milenarias y de arraigadas tradiciones. Una visión occidentalizada de los derechos no puede conducir a negar otras realidades. El campo

¹⁸³ BARBOSA DELGADO, Francisco, (2012), *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 44.

¹⁸⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 29 de abril de 1976, caso Handyside contra Reino Unido.

religioso es un caldo de cultivo inacabable por su estrecha vinculación con aspectos culturales e, incluso, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁸⁵.

Europa es lugar de disímiles realidades, desde el Mediterráneo hasta los países nórdicos se pueden hallar notables diferencias culturales, religiosas y políticas, por lo cual el pluralismo siempre debe ser un referente al momento de definir una controversia sobre el contenido y alcance de determinada garantía fundamental. Y, aunque el ámbito de validez del sistema interamericano de derechos humanos pareciera ser más homogéneo, en tanto la mayoría de países involucrados hacen parte de América Latina y el Caribe, lo cierto es que la cosmovisión puede ser suficientemente disímil entre los habitantes de la pampa argentina, los rapa nui en la lejana isla de Pascua en el Pacífico chileno, hasta los del pueblo haitiano, incluidos los aislados indígenas nukak makú de la Amazonía colombiana¹⁸⁶.

Suele decirse, entonces, cuando se estudia el derecho público, que las garantías individuales tienen como rasgo su universalidad; sin embargo, se corre el altísimo riesgo de que se trate de la imposición de una serie de valores aceptada en cierta región del globo, que no resulta compatible con los principios culturales en otros lugares del planeta.

¹⁸⁵ Aún es objeto de debate la prohibición del uso de la burka en Francia pues, a pesar del respaldo a esa medida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recibió fuertes críticas de la organización Human Rights Watch. Puede verse, sobre el punto, la sentencia SAS contra Francia de 2011 y, por otro lado, el comunicado de la organización, disponible en: <https://goo.gl/G7NyF4>. Consultado en octubre de 2016. Más interesante, desde el punto de vista académico, y a propósito de Francia, resulta la ley de laicidad n.º 228 del 15 de marzo de 2004, que prohíbe en determinados lugares usar algún tipo de símbolo religioso en las prendas de vestir.

¹⁸⁶ Mientras que la Isla de Pascua tiene fuertes raíces polinésicas, el pueblo haitiano conserva tradiciones religiosas propias de África, así como las lenguas francesa y creole. Estas diferencias se hacen más latentes frente a ciertas costumbres religiosas propias de la santería, o el castigo corporal común a varios pueblos indígenas.

No nos queda sino albergar la fe en que los tribunales regionales tengan las suficientes herramientas para identificar, al parafrasear a KANT, unos mínimos imperativos categóricos, los *Landmarks* de ciertas órdenes —una suerte de reformulación de los Diez Mandamientos mosaicos—, sobre los cuales podamos tener consenso globalizado, que no desconozca el pluralismo de la humanidad. El *ius cogens* de que trata la Convención de Viena de 1969 es un buen ejemplo de ello. Así, una forma de reconocer la multiculturalidad de los pueblos es el *margen nacional de apreciación*.

En el sistema interamericano de derechos humano, la Corte usó este criterio al tratar de definir el concepto de “recurso ordinario eficaz”, en el caso Herrera Ulloa, y dejó a salvo que tal margen no llega a “infringir la esencia misma del derecho a recurrir [un] fallo”¹⁸⁷. Sin embargo, contrario a la opinión de BARBOSA DELGADO, la Corte Interamericana no ha utilizado expresamente ese criterio en los casos en los que esté involucrada la garantía de libre difusión de las ideas¹⁸⁸. De hecho, el mismo autor, líneas más adelante, reconoce que,

*“el margen nacional de apreciación del Estado es mucho más importante en el sistema europeo, o como lo dijo el profesor OETHEIMER, su protección es más débil que en el sistema interamericano donde la CADH estableció que los Estados no tienen la facultad de censurar ningún discurso, salvo en el que se señale de forma taxativa”*¹⁸⁹.

Ahora bien, que no sea un criterio fuerte al momento de evaluar el respeto por la garantía contenida en la Convención Americana, no significa que tal margen no exista. Es más, podría afirmarse que el hecho de que la Corte Interamericana tenga un nivel de

¹⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Herrera Ulloa contra Costa Rica, 2004.

¹⁸⁸ BARBOSA DELGADO, Op. cit., p. 50. El profesor BARBOSA sostiene que ese criterio fue utilizado en Perozo y otros contra Venezuela. Pero a decir verdad, en la sentencia se afirma genéricamente que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y, por tanto, puede estar sujeta a restricciones. Pero no hay referencia al espacio que tendrían los Estados para definir el alcance de tales limitaciones.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 236.

exigencia diferente al del sistema europeo de derechos humanos permite pensar que también hay un ámbito diferenciado de valoración entre organismos de protección. Podríamos denominarlo como un *margin regional de apreciación*.

De hecho, el sistema universal de protección de derechos humanos también admite algún margen en esa materia. Por ejemplo, en lo que se refiere a la moral pública, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha indicado que se debería permitir cierto margen de discrecionalidad a los Estados con el fin de determinar las adecuadas restricciones en ese tema¹⁹⁰. A su vez, el relator para la libertad de expresión del mencionado organismo ha manifestado, a propósito de la moral pública, que, en consideración a las características culturales nacionales, ese concepto puede variar¹⁹¹.

De lo anterior, se observa que existen diferentes márgenes de apreciación, tanto a nivel nacional¹⁹², como en el ámbito regional, lo cual resulta válido debido a los diferentes

¹⁹⁰ Caso Hertzberg y otros contra Finlandia, comunicación n.º 61/1979.

¹⁹¹ “Informe del Relator de las Naciones Unidas para la Libertad de Expresión”, del 14 de diciembre de 1994, párrafo 55. Allí mismo se dijo que “esa moral no debería fomentar la intolerancia y el prejuicio, pero en todo caso ha de protegerse la libertad de expresión de las opiniones minoritarias, incluyendo aquellas que podrían ser molestas u ofensivas para el resto de la comunidad”.

¹⁹² Este margen de apreciación ha permitido que, por ejemplo, en el Reino Unido sea válido, a partir del *Terrorism Act* de 2006, que se criminalicen manifestaciones que puedan ser entendidas por el público como aliento directo o indirecto para la comisión, preparación o instigación de actos de terrorismo. Así, el estímulo indirecto fue entendido como aquella declaración que enaltece una conducta que debería ser “emulado por el público en las circunstancias existentes” (*emulated by them in existing circumstances*). Al respecto puede verse a WALKER, Clive y CONWAY, Maura, (2015), “Online terrorism and online laws”, *Dynamics of Asymmetric Conflict*, 8:2, Leeds, 156-175. En otro lugar, WALKER sostiene que las circunstancias deben ser analizadas razonablemente como actuales, es decir, no histórica o teóricamente, “La respuesta a los mensas, y a los mensajeros del terrorismo” en MIRÓ LLINARES, *Cometer delitos en 140 caracteres...* Op. Cit, p. 213. El texto completo del *Terrorism Act* de 2006 puede verse en: <https://goo.gl/p9GcJw>. Consultado en noviembre de 2017.

rasgos culturales, sociales o de otra connotación que caracterizan a determinados pueblos. En el ámbito de la libertad de expresión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la importancia de esta garantía, pero a la vez que le ha otorgado a cada Estado la posibilidad de definir las legítimas restricciones, siempre que resulten proporcionales al fin escogido. El Tribunal Constitucional Español, a su vez, ha tenido tesis variables sobre la posición de la libertad de expresión en relación con otras garantías. Mientras tanto, la Corte Constitucional de Colombia le ha dado un carácter preferente que, por cierto, pareciera haber recibido una fuerte influencia del modelo norteamericano.

Tras haber identificado las características de cada *sistema* y las razones filosóficas que inspiran una determinada inclinación por alguna de ellas, es buen momento para caracterizar el *tejido* que pretendemos trasplantar, esto es, la apología del terrorismo. Su observación permitirá ver cómo se ha comportado, no solo dentro del *organismo* normativo en el que actualmente se halla, sino también en su interacción con el propio *sistema* penal. De esa tarea se ocupa el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 3. ANÁLISIS DEL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO EN ESPAÑA

Una de las conductas cuya tipificación resulta más controvertida en la España de nuestros días es precisamente aquella que es objeto de análisis. Se observan partidarios de la penalización del comportamiento, como RUÍZ LANDÁBURU, al afirmar que “[e]l castigo de la apología del terrorismo se ha hecho imprescindible para garantizar la adecuada convivencia de la sociedad” o que “el elogio al terrorismo es un comportamiento absolutamente reprochable”¹⁹³; y, asimismo, aquellos para quienes lo reprochable es que exista un delito de esta naturaleza¹⁹⁴.

No pocas veces, cuando se incorporan al ordenamiento interno determinadas normas, se dice que es en obediencia a compromisos internacionales que se han asumido, por ejemplo, en España. Conviene en este momento, antes de cualquier otra consideración, recorrer los instrumentos más relevantes, que resultarían pertinentes sobre la materia.

3.1. Marco normativo internacional relevante a la apología del terrorismo

De acuerdo con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. En la misma línea,

¹⁹³ RUIZ LANDÁBURU, María José, (2002), *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid, Colex, p. 80.

¹⁹⁴ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, (2008), *Una alternativa a la actual política criminal sobre el terrorismo*, Valencia, Grupo de Estudios de Política Criminal. “Por cuanto constituye una clara muestra de autoritarismo al criminalizarse actos de opinión o mera disidencia con el modelo político o social imperante” (p. 37).

según la Observación General n.º 11 (1983) de los expertos independientes, que conforman el Comité de Derechos Humanos establecido conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se hace hincapié en que, para que el mencionado artículo 20 pueda tener efectividad mayor, “debería existir una ley en la que se dejase bien sentado que la propaganda y la apología en él descritas son contrarias a la política del Estado y en la que se estableciese una sanción adecuada en caso de incumplimiento”.

Por otra parte, si bien en el Convenio Internacional Nuclear para la Represión de los Actos de Terrorismo se trata el tema, no se exige explícitamente en su artículo 7 que se tipifique como delito la conducta que sea reconocida como incitación. Dice la disposición:

“(1) Los Estados partes cooperarán:

(b) Mediante la adopción de todas las medidas practicables, entre ellas, de ser necesario, la de adaptar su legislación nacional para impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de los delitos (...) tanto dentro como fuera de sus territorios y contrarrestar la preparación de (...) actividades ilegales de personas, grupos y organizaciones que promuevan, instiguen, organicen (...) esos delitos”.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas analizó expresamente la cuestión de la incitación al terrorismo en dos de sus resoluciones. En el párrafo 5 del artículo 3 de la Resolución 1373 (2001):

“Declara que los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas y que financiar internacionalmente actos de terrorismo, planificarlos e incitar a su comisión también es contrario a dichos propósitos y principios de las Naciones Unidas (...)”.

El Consejo de Seguridad volvió a abordar el asunto en la Resolución 1624 (2005), en la cual, en su parte considerativa, se anota:

“Condenando también en los términos más enérgicos la incitación a la comisión de actos de terrorismo y repudiando los intentos de justificación o glorificación (apología) de actos de terrorismo que puedan incitar a la comisión de nuevos actos de terrorismo. Las cursivas son del texto original.”

Pero ya en la parte final, en la que se desprenden las *obligaciones* para los Estados, dispone lo siguiente:

“1. Insta a todos los Estados a que adopten las medidas necesarias y adecuadas en cumplimiento de sus obligaciones de derecho internacional para:

(a) Prohibir por ley la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo; (...).

3. Hace un llamamiento a todos los Estados para que prosigan los esfuerzos internacionales encaminados a promover el diálogo y mejorar el entendimiento entre las civilizaciones, en un intento por prevenir que se atente indiscriminadamente contra diferentes religiones y culturas, y adopten todas las medidas que sean necesarias y adecuadas y conformes con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional para luchar contra la incitación a la comisión de actos de terrorismo por motivos de extremismo e intolerancia e impedir la subversión de las instituciones educativas, culturales y religiosas por parte de terroristas y de quienes los apoyan”.

El Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo es también ilustrativo sobre el tema que nos ocupa. En el artículo 5, titulado “Provocación pública al delito de terrorismo”, se establece que:

“1. A los efectos del presente Convenio, por “provocación al delito de terrorismo” se entenderá la distribución u otra manera de difusión de un

mensaje al público con la intención de incitar a la comisión de un delito de terrorismo, cuando esa conducta, sea que haga apología expresa o no del delito, provoque el peligro de que se cometa uno o más de esos actos.

Por lo tanto, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y los valores del estado de derecho que este representa permiten que se limite toda apología del odio nacional, racial o religioso (y, como es de suponer, cultural) que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Los actos de asesoramiento, persuasión o enardecimiento del oyente, lector o espectador destinados a que este cometa actos de violencia física inmediata son los casos más fácilmente reconocibles de incitación punible”¹⁹⁵.

A su vez, la Decisión marco 2002/475 JAI del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, estableció en el artículo 4.1, que:

“Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delito la inducción o la complicidad para cometer un delito contemplado en el apartado 1 del artículo 1 y en los artículos 2 o 3”¹⁹⁶.

Luego, la Decisión marco 2008/919 JAI del Consejo de la Unión Europea de 28 de noviembre de 2008, sobre la lucha contra el terrorismo, establece en su *considerando n.º 14*, que:

“La provocación a la comisión de delitos de terrorismo, la captación y el adiestramiento de terroristas son delitos dolosos. Por lo tanto, nada

¹⁹⁵ OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Organización de las Naciones Unidas, (2006), Documento de trabajo sobre *Prevención de los actos terroristas: Estrategia de justicia penal que incorpora las normas del estado de derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo*, Nueva York.

¹⁹⁶ *Diario Oficial de la Unión Europea*. Disponible en: <https://goo.gl/Yung1B>. Consultado en abril de 2014.

de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar la difusión de información con fines científicos, académicos o informativos. La expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión marco y, en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo”¹⁹⁷.

Recientemente, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea han emitido la directiva UE 2017/541 de 15 de marzo, que sustituye la Decisión marco de 2002 ya mencionada. Sobre el tema de la apología, se precisó en el artículo 3 que los países miembros deberían adoptar medidas que garanticen la tipificación como delito en los eventos en que se cometa de manera intencional

“el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos [de terrorismo], siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, con lo cual se generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos”¹⁹⁸.

Como puede verse, aún en tiempos recientes, cuando la lucha contra el terrorismo se ha hecho más drástica, se sigue exigiendo, por lo menos en el ámbito europeo, la incitación como elemento necesario para la penalización de esta clase de conductas.

De lo expuesto hasta ahora, se observa que no hay un compromiso del Estado español con la comunidad internacional del que se derive la obligación de penalizar la apología, por lo menos no en los términos en que se describirá más adelante. Cuando se ha

¹⁹⁷ *Ibidem*: <https://goo.gl/XqeTZx>. Consultado en abril de 2013.

¹⁹⁸ *Diario Oficial de la Unión Europea*. Disponible en: <https://goo.gl/yHJzjx>. Consultado en noviembre de 2017.

propuesto, ha sido en unos contornos más específicos —por ejemplo, al exigir provocación— y sin perder de vista la libertad de expresión como derecho fundamental, que entra en juego en esta clase de conductas.

Ahora bien, es necesario recordar que en no pocas oportunidades, el Tribunal Supremo Español ha buscado legitimar sus decisiones sobre apología del terrorismo en pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹⁹. Sin embargo, olvida que, como ya se explicó previamente, existe, en temas de libertad de expresión, un amplio margen de apreciación legislativa otorgado a cada país y que, en todo caso, el contexto en que una manifestación sea exteriorizada importa mucho al momento de determinar si hay o no vulneración a la garantía de la libertad de expresión.

De cualquier manera, puede afirmarse que la *apología* no resulta del todo novedosa y su penalización ha estado presente desde un buen tiempo atrás, como se describe a continuación.

3.2. Breve panorama histórico de la normatividad

Según MORAL DE LA ROSA²⁰⁰, el primer antecedente para la punición de la apología aparece en el Código Penal de 1870, que sancionaba a los que, sin cometer delito, provocaban la desobediencia de las leyes y de las autoridades o realizaban apología de acciones calificadas como delito.

¹⁹⁹ Así sucede en la sentencia STS 846/2015, de 30 de diciembre, en la que cita expresamente el fallo Sürek contra Turquía, también incluido en este trabajo. Sin embargo, olvida el Tribunal que después de ese fallo vinieron más decisiones, en las que, cada vez más, ha ganado espacio el concepto denominado *clear and present danger*. Las decisiones de 2010 dan cuenta de ello.

²⁰⁰ MORAL DE LA ROSA, Juan, (2005), *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid, Ediciones Estudios Financieros, p. 253.

En cambio, para CAMPO MORENO²⁰¹ y RUÍZ LANDÁBARU²⁰² la primera punición se halla en el real decreto de 6 de julio 1845, mediante el cual, se regulaba la actividad de la imprenta y se sancionaba no solo a quien elogiara o defendiera conductas delictivas, sino también —se agrega— “[l]os impresos contrarios al principio y forma de gobierno establecido en la Constitución del Estado cuando tienen por objeto excitar a la destrucción o mudanza de la forma de gobierno”²⁰³.

Sin embargo, se considera que los antecedentes pueden hallarse en épocas previas como las que fueron marcadas por las cortes de Cádiz o por el reinado de Fernando VII. En el primero de los periodos aparece el Decreto del 10 de noviembre de 1810²⁰⁴, de tinte progresista, que regula la libertad política y de imprenta y restringe la censura previa, pero, en cuyo artículo 4 se establece el castigo a los autores e impresores que difundan libelos infamatorios, subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía y contrarios a la decencia pública.

Contrario al tono liberal de la referida norma, aparece el Decreto del 25 de marzo de 1815, luego de la restauración en el trono de Fernando VII, por medio del cual, se suprime totalmente la libertad de prensa. Se destaca este hecho pues, aunque no se declaraba en parte alguna del documento oficial finalidad específica, era claro, por el contexto histórico, el afán de evitar cualquier acto de difusión de ideas afines a la Revolución francesa y la

²⁰¹ CAMPO MORENO, Juan, (2000), *Los actos preparatorios punibles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 64.

²⁰² RUIZ LANDÁBURU, Op. cit., p. 29.

²⁰³ UNIVERSIDAD DE BARCELONA. Disponible en: <https://goo.gl/5n2uRH>. Consultada en marzo de 2014. Aun antes, en época de la Revolución francesa, Carlos IV mediante orden circular del 5 de enero de 1791 prohibió “la introducción y cursos en estos mis reinos de cualesquiera papeles sediciosos y contrarios a la fidelidad y tranquilidad pública...”, a lo que se imponía la pena de infidencia y la confiscación de los documentos.

²⁰⁴ UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, Unam. Disponible en <https://goo.gl/fNhhna>. Consultada en marzo de 2013.

pretendida conformación de una república; en otras palabras, se quería evitar la propagación de sentimientos contrarios al *statu quo* y al orden establecido por la monarquía²⁰⁵.

La doctrina²⁰⁶ retoma el devenir histórico a finales del siglo XIX, cuando los movimientos obreros radicalizados y la lucha contra la monarquía hicieron aparecer leyes (ya denominadas) antiterroristas²⁰⁷. En particular, se ha destacado la Ley del 10 de julio de 1894²⁰⁸; pero, posteriormente, vale la pena mencionar otros textos normativos de significancia para el trabajo que se ha acometido. Entre ellos están la Ley 2 de 1896 y el real Decreto del 16 de septiembre del mismo año²⁰⁹.

²⁰⁵ Es de precisar también que en ese periodo se dio un trienio de libertades, en el que cabe destacar la Ley de Imprenta del 22 de octubre de 1820, en la que se consagró la prohibición de censura previa. Solamente fueron tres años, al final de los cuales, se reanudó la represión de la prensa.

²⁰⁶ RUIZ LANDÁBURU, Op. cit., p. 29; MORAL DE LA ROSA, Op. cit., p. 253.

²⁰⁷ Sobre los hechos que rodearon estas revueltas y el número de actos realizados por los opositores, puede consultarse a GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo, (1998), *La fuerza de la razón. Orden público, subversión y violencia política en la España de la restauración (1875-1917)*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas CSIC, pp. 277 y ss.

²⁰⁸ Véase con especial interés histórico a CADALSO, Fernando, (1896), *El anarquismo y los medios de represión*, Madrid, Impresores Romero.

²⁰⁹ En desarrollo de la ley y el real Decreto mencionado, se expidió la circular del 13 de agosto de 1897 de la fiscalía del Tribunal Supremo, en la que se indicaba que la apología no era solamente “presentar el hecho criminal como laudable, y como meritoria la conducta del que lo ejecuta, sino disminuir la enormidad de los delitos presentado a sus autores con caracteres que tiendan a hacerlos simpáticos y a disminuir el horror que sus inhumanos atentados deben inspirar”.

También por la misma época se expidieron otras normativas que restringían la libertad de prensa y, en general, la divulgación de escritos “alusivos a la tranquilidad pública”, entre ellos, el bando firmado por el General OCHANDO y CHUMILLAS, que regulaba la censura previa para las Capitanías de Sevilla y Granada. Cfr. LÓPEZ ROMERO, José, (1999), “Ley de imprenta y terrorismo, Casos de censura en Jerez en el siglo XIX”, *Revista de Historia de Jerez*. n.º 5, p. 51.

Tan solo en 1928 se incorpora al Código Penal la apología²¹⁰, que se califica de grave cuando se realiza respecto de actos que, ahora, calificaríamos de terroristas. Esta consideración se mantuvo, más o menos, en términos análogos en la legislación de 1932 de la Segunda República²¹¹.

Durante el régimen franquista, se expide la ley de seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, en la que se sancionan delitos de apología de conductas, que tenían por fin atentar contra la integridad de la nación española, despojar de las prerrogativas al jefe de Estado o realizar cualquier forma de traición a la patria. Estas conductas se mantuvieron en términos más o menos análogos en los códigos penales de 1944 y 1973²¹².

Reinstaurada la democracia, con la Ley Orgánica 4 de 1980 en materia de ilícitos relativos a la libertad de reunión, expresión y asociación, se modifica el Código Penal, concretamente el artículo 268 que, a más de la apología a los comportamientos antes

²¹⁰ “ART. 315. —Los que hicieren públicamente la apología de los delitos penados en este Código y en las leyes especiales o la de las personas responsables de ellos, serán castigados con la pena de dos meses y un día a seis meses de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas”. Agencia estatal boletín oficial del estado. Disponible en: <https://goo.gl/8DdhCM>. Consultado en julio de 2014.

²¹¹ *Ibidem*: <https://goo.gl/s8rw4E>. Consultado en julio de 2014.

²¹² Cabe precisar, como lo señala el profesor BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, que antes de la promulgación de estas normas se había restablecido la vigencia del Código de Justicia Militar de 1890, a través del Bando de 28 de julio de 1936. De conformidad con tal legislación, la justicia castrense tenía competencia para juzgar civiles, particularmente, en aquellos casos relacionados con delitos asociados con la rebelión, entre ellos quedarían comprendidos incluso sucesos “de compenetración espiritual y subjetiva con los móviles de la insurgencia (...) y de apoyo a estos en forma eficaz y positiva que se traduzca en la realización de hechos que supongan una oposición u hostilidad al Movimiento Nacional”, tal como reza la sentencia del 11 de marzo de 1941, en relación con una “mujer de mala conducta e ideas comunistas”, que excitaba a ciertas personas a cometer actos vandálicos. Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Derecho represivo en España...”, *Op. cit.* p. 123.

descritos, considera un delito la realización de dichos actos respecto de “bandas o grupos armados y sus conexos o de sus culpables”.

Leyes posteriores repitieron la fórmula ya conocida. Tal es el caso de la Ley Orgánica 11 de 1980, la Ley Orgánica 2 de 1981, la Ley Orgánica 9 de 1984 y la Ley Orgánica 3 de 1988. En 1995 es expedido el vigente Código Penal, en cuya redacción original, para lo que es de interés, conviene destacar dos normas. En primer lugar, el artículo 18, que determina lo siguiente:

La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración del delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen o enaltezcan a su autor. La apología solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituyen una incitación directa a cometer un delito.

El mismo código, dentro del capítulo destinado a los delitos de terrorismo, como parte del título denominado “delitos contra el orden público”, señala en su artículo 578, en su redacción original:

ART. 578. —La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 577, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente a los hechos previstos en los artículos anteriores²¹³.

A ese respecto, es necesario indicar que la técnica legislativa usada por el parlamento español no suele poner epígrafes a las normas penales, lo que de alguna forma

²¹³ Los artículos allí mencionados se refieren a conductas relacionadas con el terrorismo.

agilizaría su denominación. Sin embargo, tal como reconoce cierto sector²¹⁴, el comportamiento aquí analizado ha tenido elementos comunes con la *apología* del ya referido artículo 18 del Código Penal. Por eso, se le ha otorgado mayoritariamente esa denominación a la norma analizada. En la apología de que trata el artículo 18 se utiliza un sinónimo de enaltecer, esto es, ensalzar. También se identifica con la expresión de *elogiar*²¹⁵.

También es importante precisar que la descripción típica del artículo 18 y de la redacción inicial del artículo 578 no coinciden necesariamente con la definición natural que la palabra apología tiene como acto orientado a realizar una alabanza o defensa de alguien o de algo. Pero el camino de ambos artículos tomó distancia cuando el canon previsto en el 578 fue objeto de modificación en el 2000, a través de la Ley Orgánica 7 de ese año, dados los problemas interpretativos resaltados por la doctrina²¹⁶. Este fue redactado en los siguientes términos:

El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el periodo de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código²¹⁷.

²¹⁴ CORDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), (2004), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons Editores, pp. 2626 y 2627.

²¹⁵ RUIZ LANDÁBURU, Op. cit., p. 76.

²¹⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, (1997), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Editorial Civitas, p. 82. Sobre este punto se volverá más adelante.

²¹⁷ Publicada en el BOE n.º 307 del 23 de diciembre de 2000.

Es menester indicar que los artículos 571 a 577 se refieren a todas las conductas relacionadas con el terrorismo.

De acuerdo con la exposición de motivos “se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos”, así como las conductas “especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares”²¹⁸.

Como se ve, ahora la definición de *apología* sí coincide con el contenido del artículo 578. Es por ello que, a pesar de la literatura que denomina a este tipo penal como *enaltecimiento*, se ha preferido mantener el *nomen iuris* que mejor coincide con la etimología indicada previamente.

3.3. La legislación vigente

Con la Ley Orgánica 2 de 2015 se volvió a modificar el texto del artículo 578 del Código Penal que, finalmente, quedó expuesto en los siguientes términos:

Artículo 578.

1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el periodo de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

²¹⁸ *Ibidem*.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.

Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.

b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores.

5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa.

La norma hasta la fecha no ha recibido ningún reproche de constitucionalidad²¹⁹, pero sí ha merecido pronunciamientos del Tribunal Supremo que, en su momento, serán mencionados como parte del análisis que a continuación se hará de la disposición.

Para tal fin, es necesario hacer una distinción que resulta inevitable. Son pocos los autores²²⁰ que sugieren una diferenciación entre las dos partes del artículo analizado. Escasa es la literatura que hace una distinción y, en todo caso, no se ofrecen mayores explicaciones para esta, ni se disciernen las consecuencias que podría tener un tratamiento diferenciado²²¹. Aquí se propone distinguir claramente las dos figuras, al atender que sus elementos tienen caracteres suficientemente separables pues, a pesar de su ubicación bajo un mismo artículo, son en efecto dos tipos penales.

²¹⁹ Solo se ha resuelto un recurso de amparo, según se ve en la sentencia STC 112/16, de 20 de junio.

²²⁰ Entre ellos, LAMARCA PÉREZ, Carmen, (2008), *Legislación penal antiterrorista: Análisis crítico y propuestas*, Azpilcueta. pp. 118 y ss. En igual sentido, RUIZ LANDÁBURU, Op. cit., p. 75.

²²¹ Esa distinción, sin mayores consecuencias, por ejemplo, en el plano punitivo, se observa en la sentencia STS 846/2015, de 30 de diciembre, al afirmar que el artículo 578 del Código Penal español sanciona dos conductas diferenciables “aunque con un denominador común: su referencia al terrorismo”. Más adelante agrega, “Por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores; por otro, la emisión de manifestaciones o la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Esta segunda figura cuenta con perfiles propios, definidos y distintos de la anterior. La amalgama de conductas que yuxtapone el primer párrafo del art. 578 CP no ensombrece su diversidad. La citada Exposición de Motivos permite vislumbrar el interés del Legislador por extender el radio de acción hacia dos esferas de protección diferentes, que bien hubieran podido merecer preceptos individualizados o, cuando menos, incisos separados”.

La primera parte se compone del texto relacionado con “el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución”. La segunda, por la “realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”.

El primero de estos tipos penales se denominará *apología propia*, pues es realmente la conducta que encaja en la definición más natural de ese concepto, esto es, “discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo”²²². El segundo será denominado *apología impropia*, pues no es “propiamente” una alabanza o una justificación, sino un acto de descrédito respecto a quien ha padecido los efectos de la conducta terrorista. De las dos formas delictivas y de las consecuencias de dicha distinción, se ocupa el presente documento, a continuación.

3.4. Apología propia

A continuación se hará un breve análisis de los elementos estructurantes de la conducta punible, con el fin de detallar algunos de los contornos más importantes de esta modalidad delictiva²²³.

3.4.1. Bien jurídico protegido

Se partirá del supuesto aceptado en buena parte de la doctrina, según el cual la norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos, que constituyen el

²²² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

²²³ Para tal propósito, se han tomado en términos generales los presupuestos que mayoritariamente la doctrina ha esbozado en relación con la teoría del delito. Con algunos matices, se acogen los análisis que del delito hacen BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al.*, (2010), *Derecho Penal, parte general*, Barcelona, Ediciones experiencia, *pasimm*; CEREZO MIR, José, (2013), *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial B. de F., *pasimm*.

instrumento conceptual de concreción de los presupuestos esenciales para la convivencia social a proteger por el Derecho Penal²²⁴. En otras palabras, el bien jurídico es el objeto protegido por la norma penal vulnerada, de que se trate²²⁵. De lo anterior, se deduce que es necesario identificar cuál es ese presupuesto de convivencia o interés que subyace tras el tipo penal objeto de análisis. Al partir de la difundida opinión²²⁶, según la cual, el Código Penal clasifica cada delito o falta según el bien jurídico protegido, se tendría que admitir que, en este caso, ese interés que se procura salvaguardar es el *orden público*, según el enunciado del Título XXII del Libro II de la Ley Orgánica 10 de 1995. Sin embargo, la doctrina parece apartarse de este razonamiento.

Por ejemplo, MORAL DE LA ROSA afirma que el bien jurídico de la apología al terrorismo, aquí denominada propia, no es otro que el mismo del terrorismo, pero no ofrece una identificación clara de cuál es el interés que se procura proteger con esta clase de comportamientos. Por el mismo camino avanza CAPITA REMEZAL²²⁷, aunque luego entra, a juicio de quien escribe, en una insalvable contradicción, al señalar que el delito de apología no es terrorismo²²⁸. Para CANCIO MELIÁ²²⁹, la finalidad de los delitos de terrorismo es

²²⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español*, Op. cit., p. 22. El autor también ha afirmado que el bien jurídico está dotado de un “juicio de valor positivo sobre una *situación o relación de la realidad social*”. Cfr. (2003), “La contextualización del bien jurídico protegido” en *Política criminal y Derecho Penal —estudios—*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 35. Las cursivas son del texto original.

²²⁵ MIR PUIG, Santiago, (2008), *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, p. 160.

²²⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 154.

²²⁷ CAPITA REMEZALMARIO, (2008), *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Madrid, Colex, p. 163.

²²⁸ *Ibidem*, p. 183.

²²⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, (2011), “Delitos de organización. Criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, en: *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Navarra, Thomson Reuters, p. 666. Más ampliamente CANCIO MELIÁ, Manuel, “Concepto jurídico-penal de terrorismo

cuestionar el monopolio de la violencia por el Estado y, por tanto, lo que se protege es el orden constitucional.

Por su parte LLOBET ANGLÍ²³⁰ analiza cuatro de las posibles facetas del bien jurídico del delito analizado, así: i) la protección autónoma de las víctimas del terrorismo; ii) la paz pública; iii) los asociados con otros bienes jurídicos como la vida, integridad, libertad, propiedad, etcétera; y, iv) los bienes personales lesionados por los actos terroristas. Finalmente, tras analizar todas las posibilidades, la profesora de la Universidad Pompeu Fabra las descarta al considerarlas ilegítimas.

A juicio de quien escribe, el bien jurídico podría haber sido identificado adecuadamente por RUÍZ LANDÁBURU, al afirmar que con este tipo penal se busca el mantenimiento del orden público y, particularmente, la paz social y el orden constitucional²³¹, por lo que estaríamos ante un delito pluriofensivo. Lo anterior se evidencia, por ejemplo, desde la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7 de 2000, al afirmar que lo que se procuraba penalizar sería “el refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas”.

En otras palabras, y en principio, se busca proteger una aparente prolongación de la alteración a la paz social y al eventual resquebrajamiento del orden constitucional derivado de las palabras que enaltecen o justifican al terrorismo. Sin embargo, más adelante se harán otras observaciones más puntuales en relación con la lesividad, de las que se podrían derivar otros interrogantes.

3.4.2. Sujeto pasivo

y cese definitivo de la violencia”, en: CUERDA RIEZU, Antonio, (2016), *El Derecho Penal ante el fin de ETA*, Madrid, Tecnos, p. 64.

²³⁰ LLOBET ANGLÍ, Mariona, (2008), *Derecho penal del terrorismo. Límites a su punición en un estado democrático*, Barcelona, Editorial La Ley.

²³¹ *Ibidem*, p. 88.

La relevancia de establecer quién es el titular del bien jurídico tutelado radica en las consecuencias prácticas de tal determinación; por ejemplo, la posibilidad de disposición del bien jurídico, de conceder ciertas rebajas y de establecer quiénes pueden ejercer acciones orientadas a obtener indemnización del sujeto activo. En este punto, coincidimos con CAPITA REMEZAL²³², al afirmar que en la apología que aquí se ha denominado propia, el sujeto pasivo es la sociedad en su conjunto, lo cual parece lógico, si se tiene en cuenta que el bien jurídicamente tutelado en este supuesto es de aquellos denominados de carácter colectivo o comunitario²³³.

3.4.3. La acción y la omisión en la apología propia

Escasa resulta la doctrina o la jurisprudencia que se ha encargado de caracterizar en detalle este delito; sin embargo, desde ahora debemos decir que estamos ante una infracción penal que solo admite ser desplegada por acción. En efecto si, como se verá más adelante, se trata de un delito de mera conducta, carente de resultado²³⁴, en respeto del artículo 11 del Código Penal español, no puede existir comisión por omisión. En alguna oportunidad ocurrió que una autoridad no cambió el nombre de una calle o una plaza que había sido bautizada previamente en honor a un terrorista: la audiencia nacional declaró que “quien no hace nada no puede violar la prohibición contenida en la norma, aunque con su pasividad exteriorice su acuerdo con lo hecho por otro”²³⁵.

El Tribunal Supremo también ha reiterado que “[c]aracterísticas del delito son el tratarse de un comportamiento activo que excluye la comisión por omisión, tanto propia

²³² *Ibidem*, p. 183.

²³³ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Op. cit.*, p. 262.

²³⁴ Sobre los elementos de los delitos impropios de omisión dolosa, puede verse a CEREZO MIR, *Derecho penal, parte general*, *Op. cit.*, p. 990.

²³⁵ Audiencia Nacional, 9 de julio de 2008. Cabe resaltar aquí que se han formulado propuestas para modificar la Ley de Solidaridad con las Víctimas 32/99 para incluir allí la obligación de cambiar la denominación de calles y plazas que lleven nombres de terroristas, sin éxito, por el momento.

como impropia siendo un delito de mera actividad y carente de resultado material, y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional”^{236_237}.

Por otra parte, en relación con el delito analizado no puede haber acción penalmente relevante cuando no se exterioriza en modo alguno la justificación o exaltación del terrorismo²³⁸.

3.4.4. Tipo objetivo de la apología propia

3.4.4.1. En cuanto a la estructura típica

Puede decirse que es un delito de mera actividad, pues no es necesario que el enaltecimiento o la justificación produzcan resultado alguno separable espacio-temporalmente²³⁹. De lo anterior, se sigue que, por ejemplo, no sea admisible la tentativa.

²³⁶ STS 180/2012. Aunque el tribunal incurre en una imprecisión dogmática, al afirmar que la comisión por omisión incluye la omisión propia, cuando aquella está referida únicamente a la omisión impropia.

²³⁷ En la literatura jurídica sobre la materia se ha sostenido que: “[S]olo es de aplicación a delitos que consistan en la producción de un resultado, por lo que su aplicación al delito de enaltecimiento terrorista es imposible: el precepto contiene una norma prohibitiva, por lo que solo se puede cometer el delito mediante un comportamiento activo, excluyéndose como forma comisiva tanto la omisión propia como impropia. Es un delito de mera actividad, carente de resultado material”. AAVV, (2011), *Memento práctico penal*, Santiago de Compostela, Ediciones Francis Lefebvre S. A., p. 1684. Con la misma observación hecha en la nota precedente.

²³⁸ Se respeta así el aforismo *cogitationes poenam nemo patitur*.

²³⁹ Verbigracia, MIR PUIG, Op. cit., p. 222.

3.4.4.2. *En cuanto al resultado*

De acuerdo con cierto sector, este tipo penal se ha caracterizado por ser un delito de peligro abstracto²⁴⁰, es decir, se presume que la acción de enaltecer o justificar al terrorismo es por sí misma peligrosa.

3.4.4.3. *Sujeto activo*

Cierto sector²⁴¹ ha calificado a la apología del terrorismo como de sujeto activo indeterminado. Concurriría el sujeto activo “incluso al margen de cualquier tipo de asociación terrorista”²⁴², es decir, sin que el apologeta actúe por fuera del grupo terrorista. Esto parecería tener sentido. Se puede afirmar que la norma permite sancionar la autoapología, ya que, de la redacción de la disposición, podrían aparecer dos posibilidades, i) la justificación o enaltecimiento de los delitos de terrorismo, o ii) de quienes hayan participado en su ejecución. Según esta interpretación, podría el mismo terrorista justificar o enaltecer su propio comportamiento o, en sentido diverso, podría ser un tercero quien realice dicha acción.

Esta hipótesis no se compadece con el entendimiento más natural de la disposición, como que el enaltecimiento es, bien sobre los *actos* criminales, bien sobre las *personas* que los han ejecutado. Parece que esa es la conclusión a la que ha llegado el Tribunal Supremo al resaltar los elementos que debe contener la figura delictiva analizada:

“1.º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica, 2.º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos: a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de

²⁴⁰ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Op. cit., p. 303.

²⁴¹ CAPITA REMEZAL, M., Op. cit., p. 183.

²⁴² *Ibidem.*

*terrorismo de los artículos 571 a 577; b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos (...)*²⁴³.

De acuerdo con lo anterior se ensalza, bien a la conducta, bien a los responsables.

A esta misma conclusión arriba también LAMARCA PÉREZ, aunque por unas razones diferentes. Según afirma, la autoapología, al igual que el autoencubrimiento, quedarían subsumidas en la conducta que se pretende justificar. Agrega que es un comportamiento impune, cuyo desvalor debe quedar subsumido en el principal hecho realizado²⁴⁴. Por lo tanto, en criterio de quien escribe estas líneas, podría tratarse de un comportamiento que exigiría, por defecto, una cualificación especial en su autor, en este caso la *no pertenencia* al mismo grupo que ejecuta el acto terrorista.

Queda aún una cuestión pendiente relativa a la situación del comunicador que reproduce los textos emanados de un grupo terrorista. Frente al interrogante se ha contestado que la conducta quedaría impune si “la información controvertida consiste en la mera reproducción de los comunicados, no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido apologético de los mismos”²⁴⁵. De todos modos, hay que tener en cuenta las consecuencias del artículo 30 del Código Penal, que señala la responsabilidad de los directores de la publicación o programa en que se difunda el texto o signo, en los eventos en que el delito se cometa al utilizar medios o soportes de difusión mecánicos. Esta responsabilidad se presenta “escalonada, excluyente y subsidiaria”, solo en aquellos eventos en que no se derive responsabilidad de “quienes realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate” o sus inductores. Por lo tanto, hay

²⁴³ STS 149/2007, de 26 de febrero, caso conocido como de Juana Chaos.

²⁴⁴ LAMARCA PÉREZ, *Legislación penal antiterrorista*, Op. cit., p. 211.

²⁴⁵ Sentencia 159/1986, de 12 de diciembre, caso conocido como Diario “Egín”.

una responsabilidad prevalente de los autores del texto y solo subsidiaria del director del medio de comunicación²⁴⁶.

En casos como la apología del terrorismo tendría que reconocerse que, cuando un medio informativo reproduzca lo dicho por quien enaltece o justifica un acto terrorista, este estaría por fuera del alcance del Derecho Penal.

3.4.4.4. *Comportamiento incriminado: enaltecer o justificar*

Abundante literatura²⁴⁷ existe sobre lo que, al hablar deontológicamente, no puede considerarse como apología del terrorismo. Casi todos coinciden en que no se trata de elogiar una ideología o doctrina concreta, sino el acto. Particularmente la jurisprudencia expresa que no se considera típica la conducta de expresar una creencia que se ajuste a la de los terroristas, pues:

“[e]ste delito no se comete cuando las manifestaciones de aprobación no se refieren a acciones típicas, antijurídicas y amenazadas con penas concretamente ejecutadas sino a la ideología general de personas que en los fines últimos puedan coincidir con la finalidad perseguida por los delincuentes”²⁴⁸.

Pero el legislador distingue, en la hipótesis de la que ahora se ocupa este trabajo, dos conductas que al parecer no tienen significado equivalente: enaltecer/justificar. Su inclusión concurrente y disyuntiva permitiría considerar que deben tener alcances diferentes. Por lo que, para darle un contenido adecuado a estas dos conductas, parece

²⁴⁶ Claro está, sin perjuicio que, desde la perspectiva de la imputación objetiva, pueda ser considerado su comportamiento como realizado dentro del riesgo permitido necesario en una sociedad que demanda información, con el propósito de fortalecer el debate democrático, en un mercado libre de ideas.

²⁴⁷ Por todos, LAMARCA PÉREZ, *Legislación penal antiterrorista*, Op. cit., p. 210.

²⁴⁸ STS 2/1997, de 29 de noviembre, (RJ 1997/8525).

correcto acudir al sentido más natural de las palabras, el cual puede hallarse sin mayores dificultades en el DRAE. Según el conocido texto semántico, *enaltecer* equivale a ensalzar, esto es, engrandecer, alabar, exaltar. En cuanto a *justificar*, se refiere a probar algo con razones convincentes, testigos o documentos; rectificar o hacer algo justo; o probar la inocencia de algo en lo que se imputa o presume de él²⁴⁹.

Buena parte de la jurisprudencia consultada no se detiene a hacer dicha distinción. Sin embargo, se estima necesaria pues el desvalor de acción puede ser diferente, ya que no será lo mismo exaltar como valioso un acto terrorista, que tratar de justificarlo. Ambos son comportamientos reprochables —por lo menos desde un punto de vista moral— pero con intensidades disímiles. Lo propio ha de decirse de la exaltación del terrorista o de su justificación.

En los pocos eventos en que el Tribunal Supremo se ha encargado de hacer la diferenciación de conceptos, se ha explicado que *enaltecer* equivale a “ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo”²⁵⁰. En otra oportunidad, reiteró lo dicho, pero agregó que el concepto de *enaltecer* “[a]parece emparentado, pero tiene un significado más amplio, con el concepto de apología del párrafo II del artículo 18.1 C. P.”²⁵¹.

Hay que advertir en este punto que, para *enaltecer* no siempre son necesarias las palabras. Así, a manera de ejemplo, en un caso revisado por el Tribunal Supremo²⁵², finalmente, fueron condenados unos jóvenes que durante un partido de fútbol enarbolaron la bandera con símbolos alusivos a ETA. A su vez, para ese tribunal, la *justificación* “quiere

²⁴⁹ Diccionario de la Real Academia Española, vigésimo segunda edición.

²⁵⁰ STS 149/2007, de 26 de febrero.

²⁵¹ STS 539/2008 de 23 de septiembre.

²⁵² STS 539/2008.

aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal”²⁵³.

Esto coincide con lo dicho por RUÍZ LANDÁBURU²⁵⁴, cuando afirma que justificar una conducta supone “mostrar argumentos que nos permitan considerar que, aunque la conducta en sí misma no es aceptable, en el caso concreto sí lo es”. A lo que agrega que la justificación resulta más amplia que el simple elogio²⁵⁵.

En la apología propia, según se anticipaba con apoyo jurisprudencial, son dos las modalidades reprochadas: por una parte, el enaltecimiento o la justificación de los delitos de terrorismo, por otra, la apología de los responsables de esos actos. A continuación, se analizará cada una de ellas.

3.4.4.5. Apología de conductas

Como antes mencionábamos, esto es lo que la doctrina²⁵⁶ tiene a bien denominar *apología objetiva*. Se trata aquí del ensalzamiento o justificación de los *actos*, mas no de las personas. Una adecuada hermenéutica de la disposición permite inferir que lo enaltecido o justificado “tiene que ir referido a un hecho antijurídico y consumado, o en fase de realización”²⁵⁷. Tampoco se comete este delito, según el Tribunal Supremo, “cuando las manifestaciones de aprobación no se refieren a acciones típicas, antijurídicas y amenazadas con penas concretamente ejecutadas sino a la ideología general de personas”²⁵⁸. Por eso, no

²⁵³ STS 149/2007, de 26 de febrero.

²⁵⁴ Op. cit., p. 76.

²⁵⁵ STS 539/2008 de 23 de septiembre.

²⁵⁶ MESTRE DELGADO, citado por: CAPITA REMEZAL, Mario, (2008), *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Madrid, Colex, p. 161.

²⁵⁷ Circular n.º 3/1975 de la Fiscalía General del Estado, en relación con el Decreto Ley 10/1975. Así también, CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, Op. cit.

²⁵⁸ STS 149/2007 de 26 de febrero.

es imaginable una apología delictiva que se proyecte sobre hechos futuros²⁵⁹, pues allí estaríamos recorriendo los senderos de la provocación. Es, como concluye CAMPO MORENO, una dicotomía pasado/futuro²⁶⁰.

Los hechos delictivos a los que, por tanto, ha de hacer referencia la apología están previstos en los artículos 571 a 577, como se desprende de la propia norma. A continuación, se enuncian los rasgos generales de cada una de las descripciones típicas:

Artículo	Descripción
571	A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis ²⁶¹ y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo

²⁵⁹ En el mismo sentido, así se pronunciaba ya la circular n.º 3/1975 de la Fiscalía General del Estado.

²⁶⁰ CAMPO MORENO, Juan, (1997), *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia, Editorial General de Derecho, p. 207.

²⁶¹ El artículo 570 bis 1, dice: “1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.

	570 ter ²⁶² , tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente.
571.1	Quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.
572.2	Quienes participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años.
573	<p>1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:</p> <p style="padding-left: 40px;">1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.</p>

²⁶² Dice: “A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

	<p>2.^a Alterar gravemente la paz pública.</p> <p>3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.</p> <p>4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.</p> <p>2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 <i>quater</i>, cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.</p> <p>3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este capítulo.</p>
573 bis	<p>1. Los delitos de terrorismo a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior serán castigados con las siguientes penas:</p> <p>1.^a Con la de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código, si se causara la muerte de una persona.</p> <p>2.^a Con la de prisión de veinte a veinticinco años cuando, en los casos de secuestro o detención ilegal, no se dé razón del paradero de la persona.</p> <p>3.^a Con la de prisión de quince a veinte años si se causara un aborto del artículo 144, se produjeran lesiones de las tipificadas en los artículos 149, 150, 157 o 158, el secuestro de una persona, o estragos o incendio de los previstos respectivamente en los artículos 346 y 351.</p> <p>4.^a Con la de prisión de diez a quince años si se causara cualquier otra lesión, o se detuviera ilegalmente, amenazara o coaccionara a una persona.</p> <p>5.^a Y con la pena prevista para el delito cometido en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando se</p>

	<p>tratase de cualquier otro de los delitos a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior.</p> <p>2. Las penas se impondrán en su mitad superior si los hechos se cometieran contra las personas mencionadas en el apartado 3 del artículo 550 o contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o de las Fuerzas Armadas o contra empleados públicos que presten servicio en instituciones penitenciarias.</p> <p>3. Los delitos de terrorismo a los que se refiere el apartado 2 del artículo anterior se castigarán con la pena superior en grado a la respectivamente prevista en los correspondientes artículos.</p> <p>4. El delito de desórdenes públicos previsto en el artículo 557 bis, así como los delitos de rebelión y sedición, cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos, se castigarán con la pena superior en grado a las previstas para tales delitos.</p>
574	<p>1. El depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, serán castigados con la pena de prisión de ocho a quince años cuando los hechos se cometan con cualquiera de las finalidades expresadas en el apartado 1 del artículo 573.</p> <p>2. Se impondrá la pena de diez a veinte años de prisión cuando se trate de armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva.</p> <p>3. Serán también castigados con la pena de diez a veinte años de prisión</p>

	<p>quienes, con las mismas finalidades indicadas en el apartado 1, desarrollen armas químicas o biológicas, o se apoderen, posean, transporten, faciliten a otros o manipulen materiales nucleares, elementos radioactivos o materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes.</p>
575	<p>1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones</p> <p>2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior</p> <p>Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de Internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.</p> <p>Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a</p>

	<p>una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.</p> <p>3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista.</p>
576	<p>1. Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años y multa del triple al quíntuplo de su valor el que, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo.</p> <p>2. Si los bienes o valores se pusieran efectivamente a disposición del responsable del delito de terrorismo, se podrá imponer la pena superior en grado. Si llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos.</p> <p>3. En el caso de que la conducta a que se refiere el apartado 1 se hubiera llevado a cabo atentando contra el patrimonio, cometiendo extorsión, falsedad documental o mediante la comisión de cualquier otro delito, estos se castigarán con la pena superior en grado a la que les corresponda, sin perjuicio de imponer además la que proceda conforme a los apartados anteriores.</p> <p>4. El que estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del</p>

	<p>terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1 será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él.</p> <p>5. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos tipificados en este artículo se le impondrán las siguientes penas:</p> <p style="padding-left: 40px;">a) Multa de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.</p> <p style="padding-left: 40px;">b) Multa de uno a tres años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en la letra anterior.</p> <p>Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.</p>
577	<p>1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo.</p> <p>En particular son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda</p>

a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior.

Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas se impondrá la pena prevista en este apartado en su mitad superior. Si se produjera la lesión de cualquiera de estos bienes jurídicos se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo.

Asimismo, se impondrán estas penas a los que faciliten adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del artículo 573, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello.

Las penas se impondrán en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando los actos previstos en este apartado se hubieran dirigido a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito, sin perjuicio de imponer las que además procedan por los delitos contra la libertad sexual cometidos.

3. Si la colaboración con las actividades o las finalidades de una

	organización o grupo terrorista, o en la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo, se hubiera producido por imprudencia grave se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses y multa de seis a doce meses.
--	---

Fuente: Código Penal español, modificado LO 2/2015. Elaboración propia.

Hay que precisar que, para los fines del Código Penal, según los artículos 570 bis y 570 *ter*, se entienden por organizaciones terroristas aquellas agrupaciones formadas por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones, con el fin de subvertir el orden constitucional, suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo; alterar gravemente la paz pública; desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; o provocar estado de terror en la población o en una parte de ella; todo ello mediante la perpetración de los delitos ya mencionados.

Por otra parte, los grupos terroristas se entienden como la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características propias de la organización terrorista, tengan las mismas finalidades. Debe advertirse que la primera modalidad es punitivamente más grave que la segunda. Esto debe tener incidencia necesaria en la determinación de la pena en los delitos asociados al terrorismo, incluido el que nos ocupa. Además, debería exigirse cierta proximidad entre el hecho ensalzado y la manifestación apologética²⁶³, aunque la norma no hace alusión a restricción alguna.

²⁶³ Sobre los acontecimientos históricos, señalaba QUINTANO RIPOLLÉS que no debía resultar incriminada la apología que versara sobre actos subversivos o de terrorismo realizados en un pasado lejano, sino que debían “quedar ala libérrima valoración de la Historia” pues “nada más inaudito que sea delito defender el asesinato de Primo la memoria de Ferrer”, en: *Tratado de la parte especial de Derecho Penal*, citado por LAMARCA PÉREZ, *ut supra*, p. 79.

Se constata que los casos que el Tribunalha analizado por esta clase de apología Supremo han sido en menor proporción, es decir, sin consideración a los autores del acto terrorista. Uno de esos lo constituye aquel en el que unos jóvenes ondearon la bandera con símbolos de ETA en un estadio durante un encuentro futbolístico, quienes fueron condenados²⁶⁴.

En sentido contrario, se ha dictado resolución absolutoria cuando, dado el contexto de las palabras y las intenciones de los intérpretes de un par de grupos musicales, no podía colegirse una exaltación o justificación del terrorismo²⁶⁵.

3.4.4.6. *Apología de personas*

Esta categoría, que también se ha denominado apología subjetiva²⁶⁶, tal como advierte la doctrina²⁶⁷, se refiere al enaltecimiento o justificación “de quienes hayan participado” en la ejecución del acto terrorista. La expresión *participación* no puede entenderse en sentido estricto²⁶⁸, pues se llegaría al absurdo de considerar que la apología, respecto de un *autor* de un acto terrorista, quedaría impune. Debe entenderse, en sentido

²⁶⁴ STS de 23 de septiembre de 2008, Op. cit., nota 1414.

²⁶⁵ ATS de 23 de septiembre de 2003 y ATS 656/2007, de 17 de julio. Críticamente, puede verse CANCIO MELIÁ, Manuel, (2010), *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, Editorial Reus, p. 276. El autor hace una extensa transcripción de las letras de los grupos Malas Pulgas y Soziedad Alkohólika, de las que se extraen fragmentos como “¡Explota zerdo! Algún día reventarás ¡explota zerdo! Algún día reventarás, ¡Explota zerdo! Tus tripas se esparcirán”.

²⁶⁶ MESTRE DELGADO, Op. cit., p. 161.

²⁶⁷ CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, Op. cit.

²⁶⁸ Partícipe es el que contribuye a la realización del hecho de otro, sin dominio del hecho, tal como lo explica BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Ignacio *et al.*, *Derecho Penal, parte general*, Op. cit., p. 387.

laxo, como cualquier forma de intervención en el hecho²⁶⁹. De igual forma, tampoco cabe la apología de la apología, que equivale a justificar o enaltecer a quienes no tengan alguna intervención en la conducta terrorista pero ensalcen dichos comportamientos.

La expresión “quienes hayan participado” parece referirse a que los actos apologetas estén orientados a *las personas* en particular, que han intervenido en el acto terrorista. Pero queda un vacío cuando se procura enaltecer *al grupo u organización* terrorista en cuanto tales²⁷⁰. Hasta ahora, la jurisprudencia española no se ha ocupado de definir el concepto de “quiénes”. En principio, puede decirse que la organización no está formada por nada diferente a personas que, ya sea morales o jurídicas, siempre reconducirán en último término a seres humanos, es decir, estarán haciéndose alabanzas a las personas naturales. De cualquier manera, la incorporación a la legislación española de la responsabilidad de las personas jurídicas permite pensar que sus actos también son merecedores de reproche, por lo que la apología del terrorismo puede predicarse, incluso a partir de entes jurídicos.

En consecuencia, justificar o enaltecer al grupo que ha ejecutado actos terroristas, podría en principio encuadrarse en el artículo 578 del Código Penal²⁷¹.

Entre tanto, son varias las decisiones en las que la jurisdicción se ha ocupado de la apología subjetiva, por ejemplo, pedir a los asistentes a un sepelio “un aplauso caluroso a

²⁶⁹ Sobre la distinción entre participación en sentido amplio y, correctamente, en sentido estricto, puede verse a MIR PUIG, Op. cit., p. 388.

²⁷⁰ Por ejemplo, cuando no se alude a miembro alguno de ETA o de las FARC, sino precisamente se trata de justificar el comportamiento en general de dichas organizaciones.

²⁷¹ A similar conclusión llega VÁSQUEZ RAMOS, José Antonio, (2008), “Sobre la particular lógica de los procesos por delitos de terrorismo (las paradojas de la absolución de Arnaldo Otegi)”, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, PUENTE ABA, Luz María (dir.), Granada, Universidad de Granada, p. 380, al considerar, a partir de la lectura de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2000, que no es necesario que se hayan de exaltar actos terroristas en particular, sino los métodos utilizados o personas en concreto que en esos actos hayan tenido participación.

los gudaris que han caído en la lucha por la autodeterminación”²⁷²; portar el féretro de un terrorista, el cual se cubre con bandera de la banda armada²⁷³; nombrar hijo predilecto de una ciudad a un presunto integrante de ETA, que ha fallecido, y realizar homenajes en su honor²⁷⁴; enaltecer a los presos etarras²⁷⁵; o llevar figuras con las imágenes de terroristas presos en las fiestas patronales de un municipio²⁷⁶.

También se ha estimado apologético el discurso en homenaje a miembros de ETA fallecidos²⁷⁷; la designación de “reina y dama” de las fiesta de la localidad de dos personas condenadas por delitos de terrorismo relacionados con esa misma organización²⁷⁸; la ubicación de fotografías de terroristas en la comparsa de fiestas de igual naturaleza²⁷⁹, entre otros.

Situación diferente serían las expresiones de *cariño* que puede manifestar públicamente una persona (una alcaldesa en este caso) hacia las personas privadas de su libertad por razón del terrorismo. En esta eventualidad, a juicio del Tribunal Supremo, no se estaba ensalzando al terrorista condenado²⁸⁰.

²⁷² STSJ-País Vasco de 31 de marzo de 2004.

²⁷³ STSJ-País Vasco de 31 de marzo de 2004.

²⁷⁴ AAP-Guipúzcoa de 26 de mayo de 2004. Los homenajes consistieron en poner la bandera a media asta y crespón negro en señal de duelo.

²⁷⁵ STS de 26 de febrero de 2007.

²⁷⁶ SAN de 29 de julio de 2007.

²⁷⁷ STS 180/2012 de 7 de marzo de 2012.

²⁷⁸ STS 626/2009.

²⁷⁹ STS 299/2011, de 25 de abril de 2011.

²⁸⁰ STS 224/2010, de 3 de marzo de 2010. Fueron textualmente las palabras de la alcaldesa en el acto público: “Antes que nada, este ánimo, abrazo y chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más calmoso posible, a Igor Portu, Martín Sarasola y a todos los presos políticos vascos que se

A propósito de esta última afirmación, hay aún cierto tema que puede generar discusiones: ¿los autores de los actos terroristas a quienes se ensalza han de estar condenados?²⁸¹. Tal interrogante conduce a otra incertidumbre previa, ya que la sentencia supone identificación de unas personas, por lo que ¿habrían de estar identificados los autores de la conducta terrorista? Pues bien, de acuerdo con el Tribunal Supremo, para cometer el delito en cuestión es suficiente con enaltecer a

“[c]ualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos (por lo que) no es necesario identificar a una o varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos”²⁸².

Posteriormente, el Tribunal Supremo sostuvo que:

“En este caso concreto, debemos dilucidar si la exhibición de las fotografías de autores condenados —prescindiendo de los acusados que no tienen condena firme, en la medida en que les ampara la presunción de inocencia—, es una manifestación de la libertad de expresión o constituye el

encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España. ¡Os queremos! (...)”. La sentencia tiene voto particular de Juan SÁNCHEZ MELGAR.

²⁸¹ Esta hipótesis es recurrente. Ocurrió, por ejemplo, en el caso de Arnoldo Otegi, quien fue investigado en razón del delito que es objeto de análisis, por hacer un discurso en honor a Olaia KASTRESANA, cuya responsabilidad nunca fue declarada penalmente. Sobre el tema, VÁSQUEZ RAMOS, Op. cit. p. 378. Va un poco más allá el profesor de la Universidade da Coruña: a su juicio, la conducta por la que respondería KASTRESANA es la de pertenencia a asociación ilícita, en los términos del artículo 516 del Código Penal, motivo por el que enaltecerla haría más complejo atribuir a Otegi el artículo 578, dado que este se circunscribe a los artículos 571 a 577 de la misma obra.

²⁸² STS 149/2007, de 26 de febrero, caso de Juana Chaos. Esta posición es reiterada por la misma Corporación en STS 180/2012.

*delito de referencia, comprendido dentro de la rúbrica de la Sección 2.ª
“De los Delitos de Terrorismo”*²⁸³.

De lo anterior, se colige que no habría apología, si se enaltece a quienes no han sido declarados responsables del delito de terrorismo. Es decir, habría una exigencia específica respecto del delito subyacente, a saber, el terrorismo: la necesidad de contar con una sentencia previa de condena en la persona del terrorista. Sin embargo, en fechas más recientes esa misma Corporación afirmó que:

*“En tercer lugar es un hecho notorio la condición de dirigente de la organización terrorista ETA del homenajeado y su relevancia dentro de ETA y su entorno por sus contribuciones “políticas” dentro de la banda y por el desarrollo de teorías con gran trascendencia dentro de ETA como lo fue la conocida como “Teoría del desdoblamiento”. No conociéndosele ninguna otra cualidad a Argala que le pudiera hacer objeto de ningún tipo de loa o reconocimiento más que su papel relevante dentro de la organización terrorista. A esta conclusión llega la Sala de instancia en base a las declaraciones del testigo miembro del Cuerpo Nacional de Policía con número 77.665 que ratificó los dos informes que constan en la causa sobre quién era Argala y su participación en la actividad de ETA”*²⁸⁴.

De lo anterior se desprende que, la tesis vigente —aunque no es pacífica— reconoce que no es necesaria la declaración de responsabilidad, pero existe la carga probatoria y argumentativa de indicar que el sujeto ensalzado tenía la condición de terrorista.

En ese orden, la situación se hace un poco más compleja, pues significa ensalzar a alguien que aún no ha sido condenado y cuya inocencia, según el artículo 24.2 de la Constitución Española, se presume, podría constituir apología del terrorismo. Esto también,

²⁸³ STS 299/2011.

²⁸⁴ STS 180/2012 de 7 de marzo de 2012.

en este caso, plantea serios problemas de legalidad, pero también, como se indicará más adelante, conflictos relacionados con la constatación de estados de error.

A su vez, la norma no hace distinción respecto de los grupos que ya han abandonado las actividades terroristas. Ensalzarlos, por sus actuaciones presentes no deja de ser inquietante. Sin embargo, esto resulta más complejo en la hipótesis que se aborda a continuación. Si partimos de la base, admitida por cierto sector de la doctrina²⁸⁵, según la cual una vez que una organización terrorista abandona de manera expresa el uso de la violencia, aunque algún individuo realice un acto violento grave, “no podrá vincular su conducta a la organización por lo que su conducta no sería terrorista”²⁸⁶. Si el acto de quien hizo parte del grupo ya no puede catalogarse de terrorismo, ¿alabarlo a él, o a su comportamiento, quedaría por fuera de la apología del terrorismo?²⁸⁷. Luego volveremos sobre este punto.

3.4.4.7. *El medio comisivo*

Conforme la Ley Orgánica 7 de 2000, se introdujo al artículo 578 la expresión “por cualquier medio de expresión pública o difusión”. Para darle contenido a este ingrediente normativo previsto en la norma, MORAL DE LA ROSA requiere que sea ante “un grupo nutrido de personas”, ya que es insuficiente ante unas pocas o “un círculo reducido de ellas”²⁸⁸. En igual sentido, expone CAPITA REMEZAL que, es necesario “un número importante de receptores”²⁸⁹, propósito que puede cumplirse en concentración, mitin o “a

²⁸⁵ PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista...* Op cit. p. 334.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ Hay que decirlo de una vez: el mismo interrogante se debe plantear para la apología impropia. Si ese acto ya no es considerado terrorismo, sus víctimas no lo serán de un comportamiento de tal naturaleza. Realizar conductas de desprecio hacia los perjudicados de esa conducta tendría una respuesta jurídica bastante diferenciada.

²⁸⁸ MORAL DE LA ROSA, Op. cit., p. 256.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 183.

través de correo electrónico”²⁹⁰. Esta última hipótesis solo podría entenderse como admisible en el supuesto de que se trate de un correo enviado como mensaje de difusión o a múltiples destinatarios, pues de uno a otro la conducta debería quedar impune.

Surgen dos inquietudes: qué se puede entender por *grupo nutrido* o *número importante* de personas y cuál sería la diferencia entre *expresión pública* y *difusión*. Respecto de lo primero, la solución no parece clara, pues son conceptos indeterminados y no son precisados por sus autores. Podría examinarse cada caso concreto y atender al contexto en que la afirmación es hecha y la proporción de personas que reciben el mensaje en relación con la población existente. En cuanto a lo segundo, nuevamente es menester recurrir al DRAE, del cual se extrae que, entre otras acepciones, *difundir* equivale a propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etcétera. Mientras que, el término *expresión pública*, también deducida por la autorizada herramienta, constituye una declaración de algo para darlo a entender en forma notoria, patente, manifiesta o vista por todos.

En suma, el legislador quiso restringir la apología a contextos abiertos o susceptibles de ser propagados o divulgados, por lo que se dejarán fuera aquellas justificaciones o enaltecimientos formulados en contextos privados, dirigidos de una persona a otra, o que simplemente no pasan al conocimiento popular.

Esta misma lógica parecería que se mantiene en la reforma hecha con la Ley Orgánica 2/2015, para la cual es suficiente que la justificación o el enaltecimiento sean “públicos”, es decir, que trasciendan de la esfera privada; pero, suprime el concepto de “difusión”. De hecho, tal como explica CORRECHER MIRA, con esta reforma la divulgación que se hace por medios masivos o tecnologías de la información (como redes sociales), se

²⁹⁰ En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Legislación penal antiterrorista...*, p. 211.

convierte en un tipo agravado de enaltecimiento²⁹¹, por lo que el tipo básico quedaría solo para las manifestaciones hechas ante un grupo de personas, acaso en alguna plaza pública.

3.4.4.8. *¿Debe concurrir la provocación o incitación?*

Luego de la reforma que tuvo la norma en el año 2000, parece que la incitación ya no es un presupuesto esencial de la apología que nos ocupa. Sin embargo, a pesar de la reforma, no hay unanimidad en la doctrina.

De este modo, para CAPITA REMEZAL la nueva redacción explícitamente no requiere la incitación a cometer nuevos delitos, pero “se entiende presente implícitamente”²⁹². Se desprende de lo afirmado por este autor que estaríamos ante un elemento subjetivo tácito.

Tal vez por ello, para RODRÍGUEZ PUERTA,

*“[l]a mera sanción de opiniones, por deleznable que puedan ser consideradas, aparta a cualquier tipo penal de la senda de la tutela de bienes jurídicos y niega el principio de ofensividad, al margen de entrar en conflicto con derechos de rango constitucional como son los de expresión y opinión”*²⁹³.

Por el contrario, para MORAL DE LA ROSA²⁹⁴, se requiere la exaltación, aplauso o alabanza públicas a determinados hechos concretos “con la intención de dar un apoyo

²⁹¹ CORRECHER MIRA, Jorge, (2017), “Enaltecimiento del terrorismo y redes sociales: sobre la criminalización de los delitos de opinión”, en: *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, PÉREZ CEPEDA, Ana (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, p. 184.

²⁹² CAPITA REMEZAL, Op. cit., p. 172.

²⁹³ RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), (2004), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Cizur Menor-Navarra, Thomson Aranzadi, p. 2504.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 260.

moral o ideológico”, pero no sería necesaria la provocación o la intención de provocar la comisión de esos delitos.

En criterio de RUÍZ LANDÁBURU, “en ningún caso es preciso que esa expresión incite directa o indirectamente a la comisión de un delito de los recogidos en el artículo en cuestión, ni que el dolo del autor abarque más allá que el propio elogio”. Desde su punto de vista, agrega: “[n]o creo que, ni siquiera por vía de interpretación, pueda llegarse a la conclusión contraria”²⁹⁵.

Para LAMARCA PÉREZ “interpretar que el enaltecimiento o la justificación del artículo 578 exige la incitación a cometer delitos de terrorismo plantea la cuestión de cuál sería entonces el ámbito de aplicación de la apología como forma de provocación del artículo 579”²⁹⁶.

De acuerdo con CUERDA ARNAU, lo que singulariza al tipo que nos ocupa es el hecho de tratarse de una conducta “de incitación no directa pero idónea para crear un clima amenazante capaz de afectar al sentimiento colectivo de tranquilidad”²⁹⁷, es decir, las llamadas indeterminadas y genéricas hacia la violencia, pero que no aparecen conectadas al sujeto pasivo de la acción.

Críticamente, la profesora PÉREZ CEPEDA sostiene que exigir, en este tipo penal, que los actos resulten objetivamente idóneos para incitar genéricamente al delito o crear un clima propenso a que este se cometa, resultaría *contra legem*.

Pues bien, al buscar la intención del legislador —criterio histórico— se ha de revisar el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2000, por medio del cual se modificó el texto del artículo 578. En él se dice con claridad que este precepto es independiente de lo normado

²⁹⁵ Cfr. RUÍZ LANDÁBURU, p. 79.

²⁹⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Apología. Un residuo de incriminación de la disidencia”, *Revista la Ley Penal*. n.º 28, año II, junio de 2006, p. 4.

²⁹⁷ CUERDA ARNAU, María Luisa, (2008), “Terrorismo y libertades políticas”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 3, Tirant Lo Blanch, p. 35.

en el artículo 18 del Código Penal²⁹⁸. Así lo ha reconocido la jurisprudencia, tras advertir que la apología del artículo 578 “constituye una figura que desborda la apología clásica del artículo 18”²⁹⁹, pues “se sitúa extramuros”³⁰⁰ de esta. Más claramente se ha indicado que:

“Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del artículo 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron”³⁰¹.

De todo lo anterior, parece concluirse que hasta ahora no había sido necesaria la incitación o la provocación para estimar punible el comportamiento de enaltecer o justificar a los actos terroristas o a sus autores. Por otra parte, es necesario considerar que la apología del terrorismo se ha asociado, según lo ya visto, a la protección de bienes jurídicos relacionados con la paz pública o la salvaguarda constitucional, sin que, como acabamos de ver, sea necesario algún tipo de provocación o incitación. Pero, si tenemos en cuenta lo

²⁹⁸ En igual sentido, SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso, (2006), *Derecho penal parte especial*, 11ª edición, Madrid, Editorial Dykinson, p. 1047.

²⁹⁹ STS 299/2011.

³⁰⁰ STS 180/2012.

³⁰¹ STS 299/2011. Sin embargo, recientemente se puede observar el voto particular del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, respecto de la sentencia STS 31/2017, quien expresó: “lo que convierte en criminales las conductas de referencia es su aptitud para estimular la práctica de las acciones descritas en los artículos 571 a 577 Código Penal, legitimándolas de algún modo, se hace preciso que aquellas guarden una mínima relación contextual y de efectiva funcionalidad con estas, de manera que quienes ejecutan actos de terrorismo puedan beneficiarse de ellas o rentabilizarlas en términos de apoyo, generación de consenso o de prestigio social”. Esto podría significar el inicio de una variación en la jurisprudencia, o por el contrario, solo un punto de vista incapaz de modificar los amplios alcances del tipo penal.

afirmado en la ya reseñada sentencia 235/1997 del Tribunal Constitucional³⁰², según la cual la apología del genocidio solo puede sancionarse si tiene por finalidad la incitación, tendríamos que reconocer que es más grave cometer un delito contra la Constitución que contra la humanidad³⁰³.

Tal vez, con esa misma lógica, en la sentencia STC 112/2016 de 20 de junio, el Tribunal Constitucional, al revisar un recurso de amparo promovido en contra de una sentencia condenatoria impuesta por el delito analizado, dentro de su razonamiento, valoró

³⁰² Dice el Tribunal Constitucional: “Para (que sea delito) será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos”. p. 9.

Aunque, como se vio en el apartado respectivo, el criterio tradicional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha exigido la incitación, como elemento para que el discurso a favor del terrorismo quede por fuera del ámbito de protección de la Convención, todo parece indicar que desde el año 2010 se ha mostrado favorable hacia el reconocimiento del criterio *clear and present danger* como factor relevante a la hora de determinar si determinada restricción a la libertad de expresión se estima legítima. Además, aún las voces más conservadoras de la Corte Europea reflexionan en los siguientes términos: “we do not believe that moral support for terrorism *per se* deprives an expression of the protection of Article 10. It is possible, for example, that someone agrees with certain terrorists about an alleged injustice, which the terrorists claim to be the reason of their fight. Such agreement on matters of injustice is indirect support only, and does not amount, *per se*, to the support of terrorist methods”. Ver voto disidente de Sajó y Tsotsoria, caso Gül contra Turquía, *ut supra*.

³⁰³ Es curioso, por decirlo de alguna forma, que el Tribunal Supremo trate de legitimar decisiones de condena en casos de apología del terrorismo, precisamente, con fundamento en la mencionada sentencia, respecto de casos en los que no hay siquiera posibilidad alguna de incitación a cometer delitos. Así puede verse en STS 846/2015 de 30 de diciembre.

el criterio incitación, “así sea indirecto”, a la violencia, como elemento que legitimaría la intervención penal.

Entre tanto, aunque provocación e incitación hasta ahora no han sido requisitos observables en la jurisprudencia del Tribunal Supremo para estructurar el injusto de apología del terrorismo³⁰⁴, pues ha bastado para condenar que se retuitee algún contenido³⁰⁵, ha de decirse que, con ocasión de la Ley Orgánica 2/2015, tales circunstancias generan, a juicio del legislador, un mayor desvalor. De esta forma, se afirma que:

cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

³⁰⁴ Por ejemplo, en la sentencia STS 948/2016, relacionado con un joven que publicó en su perfil de Facebook algunas imágenes de ETA, se menciona expresamente la STC 112/2016, con la genérica indicación que esas imágenes podrían causar incitación indirecta, pero sin la más mínima argumentación al respecto. Luego, al revisar la argumentación exhibida en la sentencia STS 31/2017, sobre los tuits publicados por César Strawberry, que será referida más adelante, se hizo énfasis en la irrelevancia del aspecto *incitación* para entender configurado el delito, a pesar de la tesis del Tribunal Constitucional. Sin embargo, hay que reconocer que después, aparece una insular sentencia (STS 493/2018, dictada en el caso conocido como Arkaitz Terreón) en la que, entre otras razones, se le dio importancia a la incitación a la violencia. No obstante, en la decisión contra José Miguel Arenas Beltrán, rapero conocido como “Valtonyc” (STS 79/2018), hizo alusión genérica a la incitación, realmente la valoración de tal aspecto es bastante pobre y se limitó a transcribir algunas decisiones del Tribunal Constitucional.

³⁰⁵ Así se observa en la reciente sentencia STS 706/2017 de 27 de octubre de 2017, en la que los hechos objeto de reproche se circunscribían a una persona que retuiteó algunas imágenes o mensajes alusivos a ETA, sin más. El Tribunal Supremo desestima la demanda de casación, sin mayores argumentaciones y con apoyo en la decisión del 20 de enero de 2000 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero sin decir de qué manera se provocaba o incitaba a la violencia, de manera directa o indirecta.

Lo primero que ha de destacarse es la expresión *hechos* como generadores de alteración de la paz o de sentimientos de inseguridad. No son, entonces, los actos humanos o las conductas, sino simplemente ciertos hechos. ¿Cómo puede incrementarse la reprochabilidad a una persona por razón de un hecho?

Ahora bien, compleja labor la de medir la idoneidad de ese comportamiento para i. alterar gravemente la paz pública, ii. crear grave sentimiento de inseguridad; o iii. crear un grave sentimiento de temor en la sociedad o una parte de ella. Pero más difícil será probar, al tratarse de un elemento del tipo penal, los sentimientos de inseguridad o de temor en la sociedad.

3.4.5. Tipo subjetivo

El dolo debe comprender todos los elementos objetivos anteriormente analizados. En consecuencia, el sujeto activo debe conocer que ensalza o justifica al terrorismo y, de todas formas, quiere hacerlo. Aquí conviene recordar aquel caso de la alcaldesa que lanzó manifestaciones de cariño³⁰⁶. En esa oportunidad, se indicó por el Tribunal Supremo que ese tipo de manifestaciones no tenía la intención de enaltecer a los terroristas, y esa fue una de las razones para absolver.

La situación puede resultar un poco más compleja de lo que parece. ¿Qué sucede si, con total sinceridad, no se conoce la calidad de terrorista de una persona o de un grupo al que se enaltece?³⁰⁷ O, como en el caso Otegi, en el que este afirmó que él no tenía “absoluta certeza” sobre la calidad de terrorista de Kastresana.

³⁰⁶ STS 224/2010, de 3 de marzo de 2010.

³⁰⁷ Puede suceder que alguien desconozca los símbolos que usa una banda terrorista o, a un lector no colombiano, que no reconozca las insignias o banderas de las FARC. En el caso del joven que ondeó una bandera en un estadio del país vasco (STS 2506/2007), es menester considerar que aquel conocía lo que significaban los logotipos y colores que en tal bandera se enarbolaban.

En la primera hipótesis estamos ante un error de tipo, con las consecuencias diferenciadas que otorgan las normas penales, en virtud a si era vencible o no. El segundo caso es catalogado por VÁSQUEZ RAMOS como dolo eventual³⁰⁸.

3.4.6. Apunte sobre la culpabilidad y su conexión con la necesidad de la pena

Debe recordarse que hace poco, entre las decenas de personas capturadas en la operación Araña (que al parecer ya va en su episodio IV), se encuentra un tuitero conocido como @Boro_LH, quien en 2012, de alguna forma, justificó el secuestro de ORTEGA LARA. En noviembre de 2017 se encontraba respondiendo en juicio ante la Audiencia Nacional y, de acuerdo con lo difundido, manifestó: “No he cometido ningún delito, pero sí he cometido el error de creerme el artículo 20 de la Constitución, en el que se garantiza el derecho a la libertad de expresión”³⁰⁹.

Podría parecer una simple proclama hecha por el acusado, a raíz de este tuit posteo hace más de cinco años, pero puede adquirir un matiz de relevancia adicional. Bajo la suposición de que esta manifestación sea cierta, ¿no estaríamos ante un evidente ejemplo de error de prohibición? De ser así, al ser vencible, debería tener una reducción notable de la sanción a imponer. Si el error es invencible, la conducta queda sin reproche penal³¹⁰. Por otra parte, como se explicó líneas atrás, existen marcadas diferencias entre los fenómenos delictivos de crimen organizado y terrorismo. Pero también se reconocieron ciertos puntos de conexión entre ellos. Por ese motivo, tal como lo afirma la profesora ZÚÑIGA RODRÍGUEZ³¹¹, para referirse al crimen organizado transnacional, pero también

³⁰⁸ Para VÁSQUEZ RAMOS, Op. cit. p. 377.

³⁰⁹ Véase: <https://goo.gl/jS6F7i>. Consultado en diciembre de 2017.

³¹⁰ En un sentido similar, aunque referido a los delitos contra el honor, puede verse BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, (1987), *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Madrid, Editorial Tecnos, p. 127.

³¹¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, (2016), “El concepto de organización criminal de la Ley n.º 30077 sobre crimen organizado y el delito de asociación ilícita del artículo 317 del CP: una difícil

predicable del terrorismo, hay ciertos eventos en que estamos ante personas que hacen del delito su *modus vivendi*, como ocurre —se advierte aquí— con el delincuente por convicción, lo cual no encuadra tan fácil en un Derecho Penal tradicional que observa esto como una suerte de Derecho Penal de autor.

Como sostiene BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, el terrorista es un individuo que hace parte de una organización que busca la obtención de ciertos fines políticos y que lleva consigo una concreta “ideología”³¹². En consecuencia, afirma, es un delincuente por convicción. Este aspecto es abordado en detalle por BAUCELLS I LLADÓS quien, a partir de la obra de RADBRUCH, otorga interesantes consecuencias a los delitos cometidos por el autor por convicción, a quien describe como aquel que, i. se siente obligado por sus convicciones; y ii. cuya convicción es el motivo decisivo de su actuación³¹³. Explica que un tratamiento diferenciado de esta clase de conductas, tal como ha ocurrido en la historia de la legislación alemana, encuentra su fundamento en el artículo 16 de la Constitución española que, a su juicio, no solo garantiza la libertad de conciencia, sino además el respeto por la convicción religiosa, de cultos e ideológica.

Entre otras hipótesis³¹⁴, este último autor explica que la conducta delictiva por convicción ofrece una respuesta adecuada en la categoría dogmática de la culpabilidad.

relación”, en: *Ley contra el Crimen organizado (Ley No 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (dir.), Lima, Instituto Pacífico, p. 47.

³¹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Derechos Humanos y Derecho Penal”, Op. cit., p. 54. En igual sentido aparece en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón, “Reflexiones político-criminales sobre el terrorismo”, *Derecho Penal y Criminología. Revista del instituto de ciencias penales y criminológicas*, vol. X, n.º 34, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero/abril 1988, p. 100.

³¹³ BAUCELLS I LLADÓS, Joán, (2000), *La delincuencia por convicción*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 40 y ss.

³¹⁴ Afirma el mencionado profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona que hay supuestos en los cuales la conducta del autor por convicción se puede hallar justificada, por estar dentro de los parámetros legítimos del artículo 16 de la Constitución española. Esta tesis, en nuestro caso, puede

Concretamente, afirma que el artículo 14.3 del Código Penal autoriza no solo a hacer una valoración sobre el error de la significación antijurídica del hecho, sino también respecto del error sobre la “legitimación del autor para llevarla a cabo”. Las contradicciones de la norma, las lagunas legales o la inconstitucionalidad de las normas, entre otros supuestos, junto con la “relevancia de las actuaciones por convicción en la teoría racional de los actos morales”³¹⁵ serán criterios para la delimitación de la vencibilidad del error.

Para explicar lo dicho, se hace uso del caso de la ocupación pacífica de bienes inmuebles deshabitados. Por ello, al hacer paráfrasis de tal hipótesis, para nuestro caso, tendríamos que advertir en primer lugar que, difícilmente la *apología del terrorismo* hace parte del “Derecho Penal nuclear”, por lo que se duda de su constitucionalidad y aptitud para proteger los bienes jurídicos de la seguridad pública o del orden constitucional. En segundo lugar, que hay voces, desde la opinión pública, la política y la academia, que reclaman la despenalización de ese delito. Tercero, que cada vez se conocen más sentencias con soluciones dispares, buena parte de ellas con fallo absolutorio y que “configuran casos en los que el autor, ni poniéndose en manos de un jurista experto, podría asegurarse de que no son conductas ilícitas”³¹⁶. Por tal motivo, “el Estado, desde la forma como ha regulado el conflicto, debe reconocer eficacia exculpante o atenuante al ‘error de validez’ o al error sobre los límites de una causa de justificación”³¹⁷.

Por otra parte, como dicen BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y PÉREZ CEPEDA, el Derecho Penal solo podría dirigir su motivación a personas que tengan la característica de

chocarse con el apartado final del numeral 1, pues podría argumentarse que la garantía de la libertad ideológica se limita por virtud de la necesidad “del mantenimiento del orden público protegido por la Ley”.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 419.

³¹⁶ *Ibidem*, 420.

³¹⁷ *Ibidem*, 419.

ser susceptibles a dicha motivación³¹⁸. Por eso, la teoría de la pena también debe ser relevante en la hipótesis de delincuencia por convicción. Asimismo, hay importantes delineamientos de los fines que debe cumplir la pena, entre ellos, incluso, el de resocialización. Como bien lo sostiene la profesora ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, si se admite que la resocialización es una garantía aceptada por constituciones como la española y, se agrega, la colombiana, esta debería estar guiada, en el caso del terrorismo, por tres objetivos: i. renunciar a las acciones terroristas; ii. acatar los sistemas básicos del sistema democrático; y iii. favorecer los procesos de resarcimiento de daños causados a las víctimas³¹⁹. Pero, en el caso de quienes ejercen actos aquí denominados como de apología al terrorismo, las posibilidades de cumplir con tales objetivos, válidos en las conductas verdaderamente terroristas, se hacen algo difusas. De tal manera que, una norma de esta jaez lo que buscaría es “aspirar al acatamiento acrítico de las normas y pretender con ello propiciar una adhesión interna de valores que el sistema penal no está ni en condiciones de fomentar, ni le cabe realizar legítimamente”³²⁰.

3.5. Apología impropia

Se ha denominado así a esta clase de comportamiento pues la conducta *no es propiamente apología*. Aunque en la exposición de motivos se le enunció siempre de esta forma, parece que tiene más parentesco con otros delitos como se mencionará más adelante.

³¹⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Lección 1. Derecho penal, concepto y funciones”, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, (2015), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo I, introducción del Derecho Penal*, 2ª edición, Madrid, Ediciones Iustel, p. 34.

³¹⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Sobre la resocialización de los presos terroristas”, Op. cit.

³²⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, Op. cit. p. 256.

3.5.1. Bien jurídico

Consecuencia de no distinguir las dos apologías es que, a pesar de reconocer sus diferencias, se suelen englobar bajo un mismo bien jurídico. Así sucede, por ejemplo, con RUÍZ LANDÁBURU, cuando afirma que, con el artículo 578, “en todos los casos se protege la paz social y el orden constitucional”; aunque más adelante termine por reconocer que existirían intereses individuales que pueden ser salvaguardados³²¹.

Si admitiéramos que la paz social y el orden constitucional son los que se protegen en esta modalidad, tendríamos una insalvable dificultad, pues cabe que el comportamiento se realice en ámbitos privados y, por lo tanto, no tenga trascendencia pública. En ese caso, difícilmente podría decirse que la paz social o el orden constitucional han sido siquiera expuestos a un peligro abstracto.

De acuerdo con el Tribunal Supremo:

“Esta segunda figura ostenta una naturaleza más íntima y personal, que afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas, por el hecho de serlo, y que en último término supone un ataque a su dignidad humana, violada con el menosprecio que supone el comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo”³²².

Esto coincide con lo afirmado por la doctrina, al anotar que el bien jurídico protegido es el *honor*³²³ de la víctima y el de sus familiares “en caso que aquella haya fallecido”³²⁴.

³²¹ RUIZ LANDÁBURU, Op. cit., p. 89.

³²² STS 752/2012.

³²³ GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.), (2007), *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Bosch Editores, p. 3707. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ PUERTA, Op. cit., p. 2504; CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, Op. cit.; y PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista...* Op. cit. p. 377.

A dicho concepto se le han otorgado dos sentidos³²⁵, uno objetivo y otro subjetivo. El primero es entendido como la fama o reputación predicable de una persona; y, el segundo, como la propia estimación que esta tiene de sí misma.

Dado ese bien jurídico, considera LAMARCA PÉREZ que era innecesaria dicha regulación, ya que estamos ante un delito de injuria³²⁶. Más enfático ha sido el Grupo de Estudios de Política Criminal que, sobre el comportamiento analizado, ha señalado que:

“[n]o constituye en forma alguna un acto de terrorismo o de apología del mismo tratándose de un comportamiento que, de ser constitutivo de infracción penal, está mucho más cercano a los delitos de injurias o a los nuevos delitos contra la integridad moral, por lo que su tipificación expresa resulta además innecesaria y solo introduce confusión y duplicidad normativa”³²⁷.

Otros autores han señalado que “[l]os citados comportamientos, cuando alcanzan el nivel de las injurias o de los atentados a la integridad moral, ya tienen una adecuada respuesta en nuestro ordenamiento jurídico, y en los restantes casos basta con la descalificación que la sociedad asigna a sus autores”³²⁸.

Por todo lo anterior, parece que estamos ante un delito de injurias cualificadas por el sujeto pasivo. Cierta sector de la doctrina afirma que su tipificación se justifica en la

³²⁴ CAPITA REMEZAL, Op. cit., p. 182.

³²⁵ SSTS, 2279/1987, 5115/1987, 4223/1989, 7995/1997, entre otras.

³²⁶ LAMARCA PÉREZ, Op. cit., p. 210. También sostiene lo mismo en LAMARCA PÉREZ, Carmen, (2001), “Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo”, en: *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina y DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario (coords.), Madrid, Editorial Colex, p. 104.

³²⁷ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, Op. cit., p. 37.

³²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José, “El Derecho Penal ante el terror”, *Jueces para la Democracia*. n.º 29, Madrid, diciembre de 2009, p. 6.

medida en que estemos ante una *injuria colectiva*³²⁹. Sin embargo, debe decirse que esto sería posible en los supuestos en que la humillación se dirija a un número plural de personas con elementos en común; pero, cuando se dirige a una persona en particular que haya sido víctima de un delito terrorista, parece que la expresión *colectiva* pierde validez³³⁰.

Sobre la mencionada cualificación, para LAMARCA PÉREZ, la diferenciación del sujeto pasivo por razón del delito que ha padecido “vulnera el principio de igualdad pues todas las víctimas y sus familiares, y no solo las de los delitos terroristas, tienen derecho a que no se lleven a cabo contra ellas este tipo de actos”³³¹.

Otra reflexión adicional ofrece GÓMEZ NAVAJAS, para quien la intervención del Derecho Penal en estas hipótesis se hace innecesaria, dado su carácter fragmentario y de *ultima ratio*, en tanto existe la vía civil, contemplada en la Ley Orgánica 01/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen³³².

Como puede verse, esta modalidad de conducta genera no pocas discusiones sobre su legitimidad y utilidad en el ordenamiento legal español.

³²⁹ Por todos, BENLLOC PETIT, Guillermo, (2001), *El Derecho Penal ante el conflicto político*, APDCP, vol. LIV, p. 203.

³³⁰ Como en el caso de Dionisio, víctima de secuestro por ETA, cuyas dimensiones de su zulo (claustro) fueron comparadas con las viviendas de algunos ciudadanos españoles por el ofensor, lo que valió, entre otras razones, reproche penal, según aparece en STS 846/2015.

³³¹ LAMARCA PÉREZ, Op. cit., p. 3. En el mismo sentido, puede verse a CAPITA REMEZAL, Op. cit., p. 190, quien se pregunta el porqué de esta distinción, cuando se pudo incluir en esta clase de delitos a las víctimas de otros comportamientos tan graves, como en los casos de xenofobia o racismo. A juicio de quien escribe, por ese camino también podrían considerarse las víctimas de comportamientos contra la libertad de credos.

³³² GÓMEZ NAVAJAS, Justa, (2017), “Absolución del delito de humillación de las víctimas de terrorismo”, *Reseñas de Jurisprudencia, Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, julio-diciembre de 2016, p, 378.

3.5.2. Sujeto pasivo

La determinación de quién debe ser el portador del bien jurídico no parece cosa elemental y son varias las respuestas que se pueden dar.

Si partimos del supuesto, como lo ha hecho hasta ahora buena parte de la doctrina, de que el bien jurídicamente tutelado es el mismo que en los restantes delitos relacionados con el terrorismo, deberíamos concluir que lo protegido es la paz, la vigencia constitucional o la seguridad pública. Desde esa perspectiva, en consideración a que usualmente se afirma que la víctima se identifica con el titular del bien jurídico³³³, tendríamos que decir que, en el caso de los delitos de terrorismo (en general) y de la apología impropia al terrorismo (en particular), la víctima es toda la comunidad —o incluso el Estado, como estructura política—, en la que el acto terrorista se ha ejecutado.

El sorites precedente nos lleva a afirmar que el artículo 578 sanciona a quienes realicen actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las personas individuales afectadas, que repercutan en la comunidad o agrupación colectiva en la que se ha llevado a cabo el comportamiento respectivo. Esta forma de entender la norma tiene por lo menos dos objeciones. Por una parte, estaríamos ante un concepto jurídico algo indefinible: ¿descrédito a los sentimientos de una colectividad? ¿Toda o una parte de ella?, y ¿si toda la comunidad no fue menospreciada o no fue lastimada? ¿O simplemente no se sintió de esta manera? Por otra parte, este entendimiento resultaría ininteligible de acuerdo al artículo 578, en el que se hace alusión al menosprecio de las víctimas de los delitos terroristas “o de sus familiares”.

Por consecuencia, no parece razonable incluir al titular del bien jurídico como sujeto pasivo de esta clase de delitos, que genéricamente protegen las normas penales asociadas con el terrorismo. Por el contrario, parece que la víctima es individual o individualizable.

³³³ En ese sentido, por ejemplo, MIR PUIG, Op. cit., p. 219.

Lo más lejos que la doctrina ha llegado en este punto es a hablar de *macrovíctimas*³³⁴, cuya delimitación, se pensaría, está aún pendiente. Por el mismo sendero, cuando el delito de injurias —cuyas características comunes a esta clase de apología se han venido develando— se comete en contra de un grupo indeterminado e indiscriminado de personas, no suele dar lugar a sanción penal³³⁵.

Parece que esta fue la lógica aplicada por el Tribunal Supremo³³⁶ cuando tuvo que decidir si un mensaje publicado en la página de internet de una eurodiputada constituía apología del terrorismo. Los familiares de la parlamentaria habían fallecido por obra de ETA. Para el Tribunal Supremo el mensaje fue difuso, pues no se refería concretamente a las víctimas del terrorismo, por lo que estaría cubierto por la libertad de expresión³³⁷. Se desprende de lo dicho que los mensajes deshonrosos que no tengan un destinatario

³³⁴ Cfr. BERISTAIN IPIÑA, Antonio, (2004), *Protagonismo de las víctimas de hoy y de mañana*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 34 y 35. Dice el autor: “Por lo tanto, actualmente, en vez de referirnos al ‘sujeto pasivo del delito’, debemos referirnos a la ‘víctima’. Y, en el caso concreto del terrorismo, más que hablar de ‘víctima’, en singular, conviene hablar de ‘víctimas’, en plural, puesto que cada crimen terrorista causa varias víctimas: la directa y muchas más indirectas. Por desgracia, las estadísticas empequeñecen la realidad. Si investigamos cuántas son las víctimas del terrorismo en España, generalmente nos dirán que 817 asesinadas y 77 secuestradas. Estas cifras se refieren solo a las víctimas directas, pero olvidan las indirectas, que son más, casi inabarcables: sus familiares y amigos, etcétera”. La enunciación hecha abarca primordialmente a personas que tienen un vínculo directo con quien ha padecido el acto terrorista, pero ¿quiénes serían estos “etcétera”?

³³⁵ Así, verbigracia, SSTC 107/1988, 51/1989 y 121/1989. Aunque debe reconocerse que la tesis opuesta se ha admitido cuando las palabras deshonrosas recaen sobre miembros de la comunidad judía. Cfr. STC 176/1995.

³³⁶ STS 752/2012.

³³⁷ Decía la entrada hecha por los acusados en el blog de la parlamentaria: “perros... Seguro que va a salir precioso, como sus *aitas*... No como los vuestros, llorones, llorones, kagones y llenos de granos... Ke asko...” (sic). En la página, la eurodiputada mostraba su desacuerdo con la posibilidad concedida por algunos gobiernos (incluido el andaluz) de autorizar la fertilización *in vitro* por parte de personas condenadas por terrorismo.

identificable, no cabrían en la modalidad delictiva ya referida. Por lo tanto, debe delimitarse claramente quiénes ostentan la calidad de sujetos pasivos del comportamiento reprochado.

Es cierto, como reconoce la doctrina³³⁸, que, si la definición de *terrorismo* ha sido compleja, no lo es menos la de *víctimas del terrorismo*. Se ha intentado en diferentes oportunidades la creación de un estatuto internacional de víctimas del terrorismo³³⁹, sin mayores éxitos. Por lo tanto, habría que buscar algún modelo de identificación de las víctimas en otro tipo de normatividad, acaso más amplia que aquella restringida a los actos terroristas. Concretamente, se propone acudir a la Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1985, por la que se adoptó la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos del Poder. Allí se señala que, se ha de entender por víctima a:

aquellas personas que hubieran sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder.

Por otra parte, en el presente estudio, no se comparte la posición de CAPITA REMEZAL, quien, si bien para los casos que aquí hemos denominado apología propia considera que el sujeto pasivo sería la sociedad en general, al referirse a la modalidad impropia (aunque sin denominarla de esa forma) señala que en este caso los sujetos son las

³³⁸ Verbigracia, MUÑOZ ESCANDELL, Irene, (2012), *Los derechos de las víctimas del terrorismo en el ámbito internacional*, Madrid, Editorial Dykinson S. L., p. 38. Hay incluso quienes proponen su constitucionalización; así, por ejemplo, GARCÍA ACOSTA, F., en la ponencia realizada en el I Congreso Internacional de Criminología, Derecho Penal y Derechos Humanos realizado en la Universidad de Sevilla, entre el 14 y el 16 de marzo de 2013, a la que se tuvo la oportunidad de asistir.

³³⁹ Una propuesta de dicho estatuto ha sido elaborada por FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Román. Disponible en: <https://goo.gl/wgSnok>. Consultado en abril de 2014.

víctimas individuales o sus familiares, “en caso que aquellos hayan fallecido”³⁴⁰. En otras palabras, la consideración como víctimas de los familiares resulta subsidiaria.

Esta interpretación en relación con los familiares tiene dos inconvenientes. El primero, que hace una distinción que el legislador no realiza³⁴¹. El segundo, que va en contra de lo que los mismos instrumentos internacionales reconocen en materia de derechos de las víctimas. Dice la Declaración previamente citada que se han de estimar víctimas también a “los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa”.

A la misma conclusión puede arribarse si se consulta la Resolución del Parlamento europeo sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité económico y social, titulada “Víctimas de delitos en la Unión Europea-normas y medidas” (COM [1999] 349-C5-0119/1999-1999/2122 [COS]), en la que claramente se advierte que, al suscribir nuevos tratados, es necesario tener en cuenta:

[Q]ue el terrorismo genera una categoría especial de víctimas, cuya situación no constituye un asunto de índole privada e incluye, además de la persona directamente afectada, a parientes cercanos, viudos o viudas, huérfanos, etc., y pide a la Comisión que tenga en cuenta lo anterior tanto al formular la definición de víctimas como al adoptar medidas dirigidas a facilitar la ayuda material o psicológica a la que se hace referencia en su Comunicación³⁴².

En consecuencia, las víctimas son no solo quienes han padecido el acto terrorista por sí mismos, sino también las personas que se encuentran en su núcleo más cercano. Por

³⁴⁰ Op. cit., p. 169.

³⁴¹ En este punto, resulta prudente aclarar que la Ley 32/99 de Solidaridad con las víctimas de terrorismo instaure dicha subsidiariedad pero únicamente para establecer los beneficiarios de las indemnizaciones a que hubiese lugar. Cfr. <https://goo.gl/e9ZJvs>. Consultado mayo de 2014.

³⁴² Texto aprobado en Estrasburgo el 15 de junio de 2000.

esta vía también se superan las dificultades que los delitos de injuria y calumnia han tenido en cuanto a las personas fallecidas. Dado que aquí se incluye a los familiares, aun a pesar de que la humillación o menosprecio recaiga sobre quien padeció el acto terrorista, y este haya fallecido, es posible ejercer la acción penal y punir el comportamiento.

Finalmente, resulta llamativa la forma en que el sistema selecciona lo que considera apología del terrorismo pues, como se observa en el caso analizado por el Tribunal Supremo en STS 252/2016 de 31 de marzo, se trata de actos realizados por personas con “ideología cercana a los postulados de falange”, que realizaron conductas que podrían catalogarse como ofensivas hacia ciertas víctimas del franquismo³⁴³. Pero, aunque

³⁴³ Fueron resumidos por la Audiencia Nacional, en sentencia AN 49/2015 de 30 de julio de 2015, así: Sobre las 2.30 horas del día 11 de julio de 2009, Efraín, y tras una cena en las piscinas militares de Pamplona, donde habían acudido, entre otros, los otros dos acusados, se dirigió en uno de sus vehículos, en concreto en el Lada, tuneado de camuflaje, a la zona del cementerio de Artica donde se encontraba colocada una placa homenaje a los 17 presos del franquismo, no constando que en ese momento escribiera sobre ella “Viva Cristo Rey”.

(...)

a. Pintaron sobre el vehículo matrícula.... GTF, propiedad del Ayuntamiento de Orkoyen, utilizado habitualmente por su alguacil, Ceferino: “Javier kontuz, mira debajo” y “Zerri comunista”, así como el yugo y las flechas, exigiendo su reparación la suma de 820,03 euros.

b. Pintaron la placa de la calle Dolores Ibarruri del Ayuntamiento de Orkoyen con la bandera de España.

c. Rompieron la escultura y las placas laterales del monolito en recuerdo de los comunistas fugados del “Fuerte de San Cristóbal” en 1938, realizando asimismo pintadas, sito en el monte Ezkaba (Ansoain-Navarra), para cuya reparación el Concejo de Ansoain hubo de desembolsar la suma de 713,40 euros.

d. Seguidamente fueron al cementerio de Berrioplano, efectuando en su tapia pintadas en los mismos términos de menoscabar la realización de actos de reconocimiento de la memoria histórica (“Caídos por Dios y por España. Contra el comunismo...Arriba España”), requiriendo su reparación el desembolso de una suma de 1875 euros, habiéndose renunciado a la indemnización.

inicialmente esto haya sido tipificado como amenazas terroristas, solo se emitió condena por amenazas a colectivo concreto³⁴⁴. De este modo, se agrega que también se podría estar ante una inadecuada distinción en materia de víctimas, que se reduciría a discriminar quién puso el artefacto explosivo causante del hecho victimizante.

3.5.3. Acción y omisión en la apología impropia

Dado que es suficiente con la humillación o menosprecio de las víctimas, estamos ante un tipo penal de acción. No se concibe, en este sentido, una comisión por omisión, ya que no se observan fuentes de posición de garantía predicables, ni se precisa un resultado según los requisitos exigidos por el artículo 11 del Código Penal.

3.5.4. Tipo objetivo de la apología impropia

3.5.4.1. *En cuanto a la estructura típica*

Es un delito de los que se denominan de lesión, pues requiere la afectación del bien jurídico, en este caso, la integridad moral de la víctima o víctimas, según se explicó en precedencia. Se trata de un delito de mera actividad, pues no es necesario que la acción

e. Rompieron la placa en memoria de los fusilados del Fuerte de San Cristóbal, colocada en el cementerio de Aizoain y efectuaron pintadas (“Ainzoain a los caídos en la cruzada”, así como el yugo y las flechas), exigiendo un desembolso de 900 euros.

Finalmente realizaron distintas pintadas en la fachada principal del Ayuntamiento de Arbizu del siguiente tenor literal y en euskera: “Cesareo, Ricardo, Alberto, Luis Antonio. Orain zelatan. Bier ilgo zittuztegu”, advirtiendo a Ricardo, Luis Antonio, Alberto y Cesareo (Alcalde y concejales de aquel), “hoy se os vigila, mañana os matamos”, así como pintadas relativas a asesinatos de republicanos en 1936; exigiendo su reparación un desembolso de 1500 euros.

³⁴⁴ Es así que, como sostiene PÉREZ CEPEDA, podríamos estar ante un Derecho Penal de autor, al hacer uso del concepto de terrorismo, de manera sesgada y asimétrica, “cuando se tipifica, persigue y condena dependiendo del tipo de ideologías”. Cfr. PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista...* Op. cit. p. 271.

humillante o de menosprecio vaya seguida de la causación de un resultado separable temporal-espacial de la conducta.³⁴⁵

3.5.4.2. *Sujeto activo*

Mientras que en la apología propia se ha defendido que no puede existir autoapología, lo que descartaría al propio terrorista, la conducta ahora analizada se puede atribuir a cualquier persona, aun si está relacionada de manera directa con la organización. Es posible, por tanto, que el propio terrorista quiera incrementar el dolor ya causado con hechos posteriores, como llamar, enviar correos electrónicos o someter de cualquier otra forma a la víctima a tratos orientados a desacreditarla, menospreciarla o humillarla. Como resulta obvio, lo mismo es predicable respecto de quien no tiene relación alguna con quien ejecuta el acto terrorista.

3.5.4.3. *Comportamiento incriminado*

En esta hipótesis el verbo rector se refiere a la realización de *actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación* a las víctimas de delitos terroristas. Si acudiésemos nuevamente al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, llegaríamos a la conclusión de que el descrédito implica la reducción o pérdida de la reputación de las personas; el menosprecio responde a la desestimación o falta de aprecio por la víctima; y la humillación se entiende como herir el amor propio o la dignidad de alguien o su menoscabo.

3.5.4.4. *Sobre los actos victimizantes*

Para la configuración del tipo penal analizado, debemos estar ante víctimas del *terrorismo*, conductas de terrorismo que en el acápite correspondiente de la apología propia fueron detalladas. A este punto puede agregarse que, a diferencia de la apología propia, no

³⁴⁵ En ese sentido, MIR PUIG, Op. cit., p. 221.

se requiere que los responsables de la conducta terrorista estén condenados. Ni siquiera es necesario identificar a la persona que tuvo dicha conducta, pues una persona es víctima del comportamiento terrorista, independientemente del individuo que lo manifieste. Esto se desprende del contenido de la ya mencionada Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos del Poder: se tiene la condición de víctima “independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador”.

3.5.4.5. Sobre la difusión del mensaje

Por otro lado, como quiera que buena parte de la doctrina no hace una clara separación entre los dos tipos penales, se suele afirmar genéricamente que en el delito previsto en el artículo 578 se requiere una amplia difusión. Pero lo cierto es que, al tratarse del segundo apartado de la norma citada —a diferencia de la apología propia— la conducta puede materializarse en privado y aun así es perfectamente punible.

Así, para CAPITA REMEZAL, hasta un mensaje de texto por teléfono móvil “encierra una capacidad ofensiva digna de sanción penal”³⁴⁶. El Tribunal Supremo coincide con tal conclusión al afirmar que:

De este modo, la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, sin perjuicio de que también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados. En suma, la figura no precisa de la difusión pública (...). Y se consuma con la simple recepción efectiva de la ofensa por la víctima del terrorismo que sufre un acto humillante o despreciativo que sea a tal fin idóneo, subjetiva y objetivamente³⁴⁷.

³⁴⁶ CAPITA REMEZAL, Mario, (2007), *El concepto jurídico del terrorismo*, Getafe, tesis de grado de la Universidad Carlos III de Madrid, p. 185.

³⁴⁷ STS 752/2012, tesis reiterada en STS 846/2015.

Por tanto, no es necesario que tenga publicidad alguna el signo o mensaje humillante. Esto también nos permite concluir que no es necesario que se incite a la comisión de nuevos delitos, tal como la doctrina lo reconoce³⁴⁸.

3.5.5. Tipo subjetivo

3.5.5.1. *Dolo*

Es necesario, según se vio, que se ejecuten actos idóneos para causar la humillación o menosprecio de las víctimas del terrorismo. Pero resultarían insuficientes si los autores no conocen la condición de esas personas, como perjudicadas por el terrorismo, o no tienen la intención de lastimarles moralmente, según lo expresado en precedencia.

Así las cosas, es perfectamente posible hablar de error de tipo cuando, por ejemplo, se cause algún tipo de humillación a personas que han sido víctimas del terrorismo, pero el agente no conozca esa condición o no tenga la intención de ofenderles *por esa razón*, sino por cualquier otro motivo. En este caso, seguramente estaremos ante otro delito, pero no ante el previsto en el segundo apartado del artículo 578 del Código Penal³⁴⁹.

3.5.5.2. *¿Elemento subjetivo?*

Al ser consecuentes con la proximidad que hemos encontrado entre la apología impropia y la injuria, se hace primordial analizar si es necesaria la concurrencia del *animus iniuriandi* como elemento subjetivo del tipo penal.

³⁴⁸ Verbigracia, CAPITA REMEZAL, Op. cit., p. 188.

³⁴⁹ Supóngase el caso de quien humilla a una víctima del terrorismo, pero no conoce esa circunstancia. Allí no estaremos ante el delito analizado.

Debe reconocerse que cierta parte de la doctrina³⁵⁰ ha indicado que, a partir del Código Penal de 1995, ya no se precisa de ese específico ánimo de dañar el honor ajeno para colmar la conducta punible. Sin embargo, parecía que el Tribunal Supremo, al igual que con la injuria³⁵¹, continuaba con esa misma exigencia. Así, en el ya aludido caso de la eurodiputada, estimó que la frase, “a ver si con un poco de suerte te pegan un tiro antes de la tregua definitiva y así te reúnes con ‘los tuyos’, so zorra... Un besito”, lleva un “desprecio implícito” innegable no solo frente a la persona a quien se dirigía el mensaje, sino a la de sus familiares muertos por ETA³⁵².

En otra oportunidad, el mismo tribunal declaró que en el inciso segundo del artículo 578 debía siempre concurrir “el elemento subjetivo del tipo penal alternativo (...) que radica en el propósito de ‘desacreditar, menospreciar o humillar’ a las víctimas”. Por lo tanto, se precisa de un dolo específico o “ánimo directo, de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas”, por lo que su actualización no podría darse por conductas que, a pesar de tener una diferente finalidad específica, “de alguna manera y de forma indirecta, puedan producir dolor o desasosiego en las víctimas o sus familiares”³⁵³. Sin embargo, posteriormente, afirmó que no resultaba exigible una especie de *animus* singularizado de buscar exclusiva y específicamente humillar a las víctimas, pues era suficiente conocer el carácter objetivamente vejatorio de las expresiones³⁵⁴.

³⁵⁰ Así, puede verse a CEREZO MIR, *Derecho Penal*, Op. cit., p. 429; al igual que LAURENZO COPELLO, Patricia, (2004), *Comentarios al Código Penal, parte especial, vol. II*, Valencia, Tirant Lo Blanch Editores, pp. 933 y ss.; FUENTES OSORIO, Juan, (2009), “Elementos subjetivos en los delitos contra el honor”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, p. 271.

³⁵¹ STS de 27 de enero de 2001.

³⁵² STS 752/2012.

³⁵³ STS 299/2011. Caso foto de los presos.

³⁵⁴ STS 846/2015.

Más recientemente, en el caso de César MONTAÑA LEHMAN (llamado en la sentencia “Luis Miguel”, y conocido en redes sociales como “Cachas”, escritor y músico de grupos como Def con Dos y Strawberry Hardcore), el Tribunal Supremo expresó que era irrelevante para el tipo penal determinar si el autor de las frases ofensivas perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista o buscaba desprecio hacia las víctimas. En ese sentido, indicó que era suficiente con

“asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas —siempre en el marco de referencia que ofrecen los artículos 572 a 577—; basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de Twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo”³⁵⁵.

Esta tendencia puede ser preocupante porque no delimita específicamente la intención del autor, sino que prácticamente objetiviza el comportamiento, lo que hace más difícil la constatación probatoria del dolo. De esta forma, son susceptibles de criminalización un mayor número de comportamientos. No obstante, la Audiencia Nacional, en sentencia de 15 de noviembre de 2016 absolvió a un acusado de los cargos por humillación a las víctimas del terrorismo, por cuanto no se observaba ánimo injurioso o maltratador³⁵⁶.

En consecuencia, se observa que no existe aún claridad sobre si el *animus iniuriandi* hace parte de la estructura típica, si queda abarcado por el dolo o si se puede prescindir totalmente de él.

³⁵⁵ STS 31/2017. Conviene revisar el interesante voto particular del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, quien sostiene, en este punto, que no hay una humillación a las víctimas, en tanto se trata de personajes históricos o de sujetos políticos.

³⁵⁶ SAN 4038/2106. En este caso, el acusado, en su cuenta de Twitter, utilizó expresiones como: “Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcásser para que no vaya Irene Villa a por repuestos” o “rescateficción Rajoy promete resucitar la economía y a Marta del Castillo”.

De aceptarlo, también es necesario examinar las consecuencias desde el punto de vista dogmático. Para seguir a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, y dado el tratamiento diferenciado que se ha propuesto para lo que acá se ha denominado apología impropia — muy cercano a los tradicionalmente denominados delitos contra el honor—, tenemos que reconocer que en las hipótesis en que el sujeto entienda que cierta manifestación no resulta ofensiva o no causa humillación alguna a la víctima, estamos ante un error de tipo³⁵⁷, lo que deriva en la exclusión de la responsabilidad o su castigo como imprudente, en caso de vencibilidad.

3.5.6. Antijuridicidad

Constatada la tipicidad de la apología impropia, debe revisarse si no concurren causales de justificación. En ese sentido, para seguir la lógica expresada previamente en cuanto al parentesco de este delito con la injuria, es viable la concurrencia del consentimiento del sujeto pasivo, dado que estamos ante un bien jurídicamente tutelado de carácter disponible, como es el honor.

Si tomamos en cuenta las palabras del profesor BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, podremos considerar que, aquellas hipótesis en que nos encontremos frente a aseveraciones de situaciones fácticas que, al resultar verdaderas, carecen de entidad de afectar el honor de una persona (incluso, en relación con determinadas valoraciones incapaces de causar lesión al honor, habida cuenta de las “consideraciones sociales imperantes en el medio”), se considerarían irrelevantes para el Derecho Penal³⁵⁸.

³⁵⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad de expresión...*, p. 124. Agrega que “en la práctica, la exigencia en el tipo del injusto del elemento subjetivo del *animus iniuriandi* llevaría todos estos casos a la no relevancia penal, en cuanto en este supuesto concreto existe una oposición conceptual entre la actuación en situación de error y la presencia de *animus iniuriandi*”.

³⁵⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, (1991), “Los límites entre el derecho al honor y los derechos a la personalidad”, *Anuario de 1990*, Barcelona, Departamento de Derecho y Ciencias Política, Universidad Autónoma de Barcelona, p. 360.

Adicionalmente, en caso de no admitir la concurrencia del ánimo de injuriar como elemento subjetivo del tipo de apología impropia (casos como el del abogado que, al defender a su representado, causa dolor a las víctimas), estos podrían resolverse como un legítimo ejercicio de una profesión y, por esa vía, excluir la antijuridicidad.

3.5.7. Punibilidad

El perdón, que excluye la categoría de la punibilidad, busca la solución del conflicto derivado de la injuria. Dada la cercanía de este comportamiento con el analizado, no sería descabellado proponer su aplicabilidad³⁵⁹.

³⁵⁹ El conocido caso Cassandra podría haber sido una gran oportunidad de analizar el tema. La Audiencia Nacional (SAN 514/2017, de 29 de marzo de 2017) condenó a Cassandra VERA PAZ por publicar algunos tuits en su red social sobre el asesinato de Luis CARRERO BLANCO, presidente de gobierno bajo el régimen de Francisco FRANCO, a quien se le ha catalogado como dictador. En el curso del proceso, la nieta de CARRERO BLANCO, Lucía, envió a los medios de comunicación una carta abierta en la que calificó como de mal gusto semejante forma de humor, pero consideró la condena en contra de aquella como un disparate. En concreto, afirmó que la pena en ese caso no era “ni proporcionada ni ejemplarizante. Tan solo atemorizadora, y no solo para la acusada, sino para todos los que vivimos en una democracia. Me asusta una sociedad en la que la libertad de expresión, por lamentable que sea, pueda acarrear penas de cárcel. Considero un error peligroso tratar de que la ciudadanía sea respetuosa a base de amenazas y sanciones desmedidas”. Concluye, Lucía Carrero, que a ella no le humilla en lo absoluto lo dicho por Cassandra. Ver <https://goo.gl/8j1kgE>. Consultada en febrero de 2016.

En ese orden, si en un caso dado no hay humillación, o la víctima expresa algún tipo de perdón, ¿resultaría irracional considerar salidas distintas a la condena judicial?

Como dato adicional, y tal como ha sido dicho por algunas personas, se ha de mencionar que la tendencia a sustituir los nombres de los involucrados en el debate penal hace más difícil, por lo menos para un lector desprevenido, comprender el contexto y las implicaciones del caso. En este evento, cambiar el nombre de CARRERO BLANCO por “Felicísimo”, como lo hizo la Audiencia

La retractación que, en los términos del artículo 214 del Código Penal, conduce a la reducción de la sanción a imponer en los delitos contra el honor podría tener alguna consideración político-criminalmente hablando, frente al delito ahora analizado³⁶⁰.

3.5.8. Unidad y pluralidad de delitos

Ha de considerarse que, cuando se trate de pluralidad de actos humillantes realizados por un mismo sujeto activo, podríamos estar, no ante un concurso homogéneo de delitos, sino ante un delito continuado, siempre que se obre orientado por la unidad en el plan delictivo. El asunto no es tan claro cuando se trata de diferentes víctimas. En alguna oportunidad, el Tribunal Supremo estimó someramente que, dado el carácter supraindividual del comportamiento, no permitiría considerar tal hipótesis³⁶¹. Sin embargo, no dio mayores razones para esta conclusión. Por el contrario, si pensamos que tiene gran parentesco con los delitos de injuria y calumnia, es posible que pueda existir concurso de delitos, en particular, si son víctimas de diferentes *hechos*.

En cuanto al concurso de leyes, CANCIO MELIÁ³⁶² destaca las dificultades que pueden plantear los concursos entre los delitos de adoctrinamiento (576.3), amenazas

Nacional en la sentencia, poco ayuda para entender la trascendencia de estos hechos, sin perjuicio del curioso nombre asignado a la víctima del acto terrorista.

³⁶⁰ Como una simple propuesta de *lege ferenda*, y con el mejor propósito del restablecimiento y la confirmación de la vigencia de la Constitución española, debería admitirse, al hablar de esta clase de apología, que, ante una retractación, sino se exonera de pena (acaso por falta de necesidad), por lo menos se reduzca o, bajo ciertas condiciones, se pueda evitar el ejercicio de la acción penal. Una medida de esta naturaleza, además, contribuiría a dedicar esfuerzos a perseguir a quienes en realidad están tras las proclamas terroristas y no a aquellos actos que posiblemente no deberían caer en el sistema judicial, en comportamientos que discutiblemente están dentro del ámbito de protección de la norma.

³⁶¹ STS 846/2015. Paradójicamente, en la misma decisión se mencionan rasgos comunes entre la injuria y esta clase de delitos.

³⁶² CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización...”, Op. cit., p. 665.

terroristas (170.2) y provocación (579.1). Para complementar lo dicho por el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, aquí se ha de sugerir como criterio de solución la alternatividad, esto es, se debe aplicar el tipo penal con el mayor rigor punitivo.

También, como consecuencia de la reiterada proximidad entre la apología impropia y la injuria, podría presentarse un concurso de leyes a resolver por la vía de la especialidad, pues el artículo 578 establece ciertos elementos que no aparecen en el delito de injuria.

3.5.9. Penalidad

Tal como lo ha advertido la doctrina, la sanción de la apología impropia no puede estar tan lejos de la del delito de injuria³⁶³, pues, de lo contrario, caería en un supuesto de desproporción. A su vez, esa desproporción podría verse en la pena accesoria, ya que no establece un marco fijo de tiempo a las prohibiciones del artículo 57 para la apología, lo cual, posibilita que se imponga una pena accesoria más gravosa que la implantada al delito subyacente como, por ejemplo, el homicidio terrorista.

En efecto, la indeterminación punitiva de la disposición, delegada acaso al arbitrio del juez, supone un claro atentado al principio de la legalidad de las penas, concretamente, en lo que atañe a la seguridad jurídica. Es así como el legislador dejó en manos del juzgador la imposición de *alguna o algunas* de las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 57, *por el tiempo que este determine*. Esa disposición, a su vez, remite al artículo 48 que impone, por ejemplo, la prohibición de acercarse a la víctima, sus familiares o a “otras personas que determine el juez o el tribunal”. Todas estas indeterminaciones pueden resultar desproporcionadas y contrarias al principio de seguridad jurídica.

³⁶³ BENLLOCH PETIT, Op. cit., p. 203. En el mismo sentido, CAPITA REMEZAL, Op. cit., p. 123.

3.5.10. Condición de procedibilidad

Si en la injuria la querrela es presupuesto para el ejercicio de la acción penal, el legislador podría considerarlo en los casos de apología impropia. Todo ello bajo el entendido de la disponibilidad del bien jurídico decantado.

3.6. Sobre la reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2015

Como últimamente viene sucediendo, las reformas penales buscan algún tipo de legitimación en instrumentos internacionales, y este caso no es la excepción. Así, en el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2015³⁶⁴, de 30 de marzo, se hace expresa alusión a la Resolución de las Naciones Unidas 2178 aprobada el 24 de septiembre de 2014. No hay ninguna explicación de por qué las reformas previas al apartado del Código Penal español dedicado al terrorismo resultaban insuficientes para cumplir unos posibles compromisos derivados de tal normatividad.

En efecto, al revisar lo que allí se afirma en relación con lo que es objeto de este trabajo, solo se percibe que el referido instrumento insta a los Estados Miembros a adoptar medidas orientadas a impedir que los terroristas se aprovechen de “tecnologías, comunicaciones y recursos, en particular de audio y video, para *incitar* al apoyo de actos terroristas”. Pero, a su vez, se esfuerza promoviendo el respeto de “los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumpliendo las demás obligaciones dimanantes del derecho internacional”³⁶⁵.

Así mismo, dentro de las reformas introducidas, se observa con preocupación que la nueva redacción del artículo 573 considera como terrorismo la comisión de uno de varios delitos (por ejemplo, contra la vida o integridad, la Corona o el patrimonio), cuando se lleven a cabo con la finalidad de alterar gravemente la paz pública, o desestabilizar

³⁶⁴ BOE, consultado en: <https://goo.gl/qrCNFn>.

³⁶⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Consejo de Seguridad. Resolución 2178. Consultada en <https://goo.gl/61VC8Q>, en abril de 2016. Las cursivas no hace parte del texto original.

gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, entre otros supuestos.

De este modo, una manifestación hecha con el propósito de reclamar algún servicio público esencial o de protesta, por ejemplo, por los desahucios que, de alguna manera, lesionen la integridad de alguno o afecten el patrimonio de otro, cabe perfectamente dentro de tan ambigua descripción normativa; de tal suerte que con facilidad se le etiqueta de terrorista.

Para nuestros efectos, esto es más complejo, pues si alguien trata de justificar dicha protesta, también cae en los linderos del Código Penal. Lo propio ocurre con la penalización de los desórdenes públicos (art. 574.4), cuya indeterminación es problemática, pero la justificación de sus causas también genera excesiva preocupación.

No menos compleja resulta la inclusión de la parte tercera del mismo artículo, al precisar que se considera terrorismo aquel comportamiento orientado a desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional, pues no define si debe tratarse de una de derecho público, de intereses privados o, incluso, que puedan tener problemas de reconocimiento en determinados Estados³⁶⁶. La indefinición de tales organismos no solo genera problemas de tipicidad, sino que puede conducir a resultados paradójicamente opuestos a los esperados por el legislador.

Lo propio ocurre con la desestabilización de las estructuras económicas o sociales del Estado. Como lo señaló en su momento Amnistía Internacional, se trata de categorías de

³⁶⁶ Tal es el caso de la Conferencia de Naciones sin Estado de Europa Occidental, conformada por varios partidos nacionalistas de esa región, entre los que se destaca, Sinn Féin en el Norte de Irlanda, Bloque Nacionalista Galego en Galicia, Herri Batasuna, en el país Vasco y el Ciemen catalán.

difícil conceptualización, por lo que las califica de “vagas y manifiestamente imprecisas”³⁶⁷ ³⁶⁸.

También es del caso resaltar las extrañas fórmulas de terrorismo ahora incorporadas a la legislación, incluidas las conductas imprudentes, por ejemplo, el artículo 576.3 que consagra una especie de *omisión de control de actividades de financiación del terrorismo culposo*, por llamarlo de alguna forma, que, de acuerdo con el artículo 573 también debe ser catalogado como terrorismo. Quien pretenda, de cualquier manera, justificar ese nuevo comportamiento o a su autor, seguramente incurre también en el artículo 578.

En cuanto al tipo penal que ocupa primordialmente nuestra atención, se observan tres grandes modificaciones: por una parte, un incremento punitivo, en tanto el límite superior de la pena de prisión pasa de dos a tres años. Sobre el particular, no se explican cuáles fueron las razones de política criminal que aconsejaron tal incremento³⁶⁹. En especial, cuando es sabido que desde 2011 ya ETA, principal razón de expresión y a la vez motivo de condena para quienes ensalzaban a aquel grupo, cesó en sus actividades terroristas.

³⁶⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Consideraciones de AI a las enmiendas presentadas por el Grupo Popular a la Ley Orgánica de Reforma del Código Penal en materia de terrorismo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, enero de 2015, p. 13.

³⁶⁸ Para un análisis más detallado de estos aspectos, puede verse a PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista...*, Op. cit., pp. 305 y ss.

³⁶⁹ Como se verá en su momento, que el derecho penal se ocupe de este tipo de manifestaciones ya genera ciertos debates, no lo es menos que se sancione con privación de la libertad a quien realiza tales comportamientos. Así, puede verse a MIRÓ LLINARES quien, siguiendo a RAZ y a BAKER, explica que “sólo la afectación a la autonomía personal, puede justificar otro atentado a la autonomía del individuo como es la privación de la libertad”. Cfr. MIRÓ LLINARES Fernando (2017), *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización del internet*, Madrid, Marcial Pons, p. 30.

Por otro lado, se crean dos subtipos agravados, y se imponen las penas del apartado anterior en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, Internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas, o mediante el uso de tecnologías de la información. Asimismo, dice el texto normativo, cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado. Resultaría interesante saber cómo se pueden acreditar, dado que se trata de un aspecto relacionado con el tipo penal, aspectos como los “sentimientos de inseguridad o de temor” en la sociedad. ¿Acaso habría que llevar un sicólogo de muchos habitantes de determinada región para evaluar sentimientos colectivos?

Finalmente, introduce medidas judiciales, como la destrucción, borrado o inutilización de libros, archivos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Dado que buena parte de los comportamientos se vienen cometiendo en redes sociales, sería también interesante ver cómo inutilizan los tuits y sus réplicas, a sabiendas de que siempre quedarán en la línea de tiempo (*timeline*) de Twitter³⁷⁰.

Pues bien, posiblemente, en la mente de quienes formularon este proyecto estaba seguir tras los pasos de aquellos que aún hacen comentarios sarcásticos sobre la situación de ETA. Lo cierto es que esa organización, según se observa, hace ya un buen tiempo abandonó la lucha armada. Así que, ¿cuál es el riesgo que se pretende suprimir con esta nueva redacción normativa? Y, si de lo que se trata es de contrarrestar el fenómeno del

³⁷⁰ Además, eso pone en evidencia una inexplicada desconfianza en medidas no penales. Incluso, las de propia regulación por parte de esa red social, que permite que los usuarios denuncien cuentas que abusan de los derechos de publicación. Twitter indicó, en un informe difundido en abril de 2018, que a entre agosto de 2015 y diciembre de 2017 había cerrado 1,2 millones de cuentas por publicar información relacionada con el terrorismo. Cfr. https://transparency.twitter.com/es_es.html consultado en mayo de 2018.

terrorismo yihadista, poco podrían hacer las autoridades españolas frente a discursos enviados desde algunos países del medio oriente³⁷¹.

3.7. Recapitulación

De lo hasta ahora analizado, pueden extraerse varias conclusiones. La primera y más importante es que no existe consenso sobre la legitimidad³⁷² para sancionar este comportamiento.

Se ha venido produciendo lo que acertadamente CANCIO MELIÁ y PETZSCHE denominaron “Europa como excusa”³⁷³, que ha servido para justificar ciertas reformas penales, especialmente en temas relacionados con terrorismo y, usualmente, con el propósito de restringir cada vez más los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, como se ha observado hasta ahora, no hay ninguna norma que imponga la criminalización de expresiones que ensalcen a personas señaladas de cometer actos terroristas o que lancen afirmaciones que, sin el propósito de ofender, causen dolor en las víctimas. En los casos en que se puede inferir una recomendación para criminalizar ese comportamiento, se ha asociado a la idea de incitación o provocación del terrorismo.

Por otra parte, en la revisión de la historia normativa española, se encontró que la apología ha estado presente en casi toda la época contemporánea y moderna, pero con más

³⁷¹ O viceversa, tal como se explica en BENSON David (2014), “Why the internet is not increasing terrorism”. En *Security Studies*, vol. 23, p. 293.

³⁷² Se usa aquí la expresión *legitimidad* como lo hace la profesora ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, esto es, “en el plano teórico de la justificación legítima y ética del propio Estado y de la actuación política y jurídica de sus gobernantes”. Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, Op. cit., p. 33.

³⁷³ CANCIO MELIÁ, Manuel y PETZSCHE, Anneke, (2015), “Precursor crimes of terrorism”, en: LENNON, Genevieve y WALKER, Clive, *Routledge handbook of law and terrorism*, London and New York: Routledge, p. 197. En igual sentido, CANCIO MELIÁ, Manuel, (2013), “El Derecho Penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea”, en: *European Inklings (EUi)*, número 2, “Oñate, Armonización Penal en Europa”, p. 322.

rigor en aquellos momentos coetáneos a la Revolución francesa o en las décadas franquistas y sus años posteriores. Ya en los últimos tiempos, con la incorporación del Código Penal de 1995, se supeditó la penalización de la apología a la incitación o provocación de actos terroristas.

Con la reforma introducida a partir de la Ley Orgánica 7/2000, la fórmula se emblandeció, al considerar que era penalmente relevante solo el enaltecimiento o justificación del terrorismo, puesto que ya no era necesario incitar o provocar. Con la mencionada norma también se añadió un segundo apartado, en el cual se considera reprochable ejecutar actos de menosprecio o humillación de las víctimas del terrorismo.

La doctrina ha insinuado que estamos ante dos tipos penales pero no se ha ocupado de darles unas consecuencias diferenciadas. Por ello, en este trabajo se ha mostrado brevemente el tratamiento jurídico que las distancia. A la primera se le ha llamado apología propia y a la segunda apología impropia.

Sobre el bien jurídico, parece pacífico que, en el caso de la apología propia (enaltecer o exaltar al terrorismo), este esté asociado a proteger la paz social y el orden constitucional. También se ha destacado que resultaría inviable sancionar la “autoapología”.

De igual manera, no resulta fácil establecer lo que se considera como enaltecer o elogiar, pues en algunos casos se ha tratado severamente a quien porta una bandera con emblemas de ETA en un estadio, pero en otras se ha abordado con cierta benevolencia a aquel que lanza frases de afecto a quienes considera presos políticos. A propósito, no ha resultado sencillo establecer si las personas ensalzadas o elogiadas han de ser terroristas sobre quienes pese una sentencia condenatoria o basta simplemente elogiar a *algún* individuo señalado como tal. Aquí se ha sugerido la acreditación probatoria de la condición de terrorista, por ser el delito subyacente al comportamiento recriminado.

La norma analizada, además, exige la difusión o expresión pública del enaltecimiento o justificación; sin embargo, delimitar cuándo estamos ante expresiones privadas o cuándo hay un *número considerable* de personas tampoco es tarea resuelta. Para

el Tribunal Constitucional español, en materia de apología del genocidio (comportamiento sumamente grave), hace falta la provocación. Sin embargo, parece que no es precisa tal exigencia en lo que atañe a la apología del terrorismo. Es suficiente, entonces, la justificación o el enaltecimiento del terrorismo para estar en presencia de un hecho penalmente relevante, sin exigirse ningún tipo de provocación.

Entre tanto, se estima que la escasa posibilidad de resocialización lo que hace es verificar la irrisoria legitimidad que existe, desde la perspectiva de la función de la pena, para criminalizar actos expresivos que no tienen la potencialidad de incitar a la violencia.

En cuanto a la apología impropia (aquella que entraña humillación y menosprecio a las víctimas del terrorismo) no hay un consenso doctrinal sobre cuál debe ser el bien jurídico, lo que hace más difícil distinguir las conductas lesivas de las que no lo son. Aquí se tomó una de las múltiples opciones, esto es, la integridad moral. Parece claro que el sujeto activo de esta modalidad de apología puede ser cualquier persona, incluido el terrorista; por lo tanto, no es tan fácil determinar el sujeto pasivo.

Asimismo, se ha cuestionado el trato dado a las víctimas del terrorismo frente al otorgado a las víctimas de otra clase de comportamientos tan o más graves como el racismo, la xenofobia o incluso el genocidio. Pero los reproches también se orientan a la utilidad o legitimidad de penalizar este comportamiento, dado que lo sancionado no es más que una suerte de injuria ya prevista como delito en el Código Penal.

Como se ha explicado, varias de las dificultades relacionadas con el análisis de la apología impropia tienen que ver con el equivocado tratamiento conjunto que se le ha otorgado a esta modalidad respecto de la apología propia. Así ocurre, por ejemplo, con el elemento difusión, ausente en la modalidad a la que ahora hacemos referencia. También parece que ha sido escaso el análisis político-criminal de esta forma comportamental, pues, ya que la apología impropia se encuentra bastante cercana a la injuria, debería tener una configuración similar a esta.

En síntesis, debe decirse que la redacción actual del artículo 578 del Código Penal español ofrece múltiples discusiones que van desde su legitimidad hasta su correcta

exégesis interpretativa, sin descuidar las contradicciones que pueden existir en materia de libertad de expresión. A pesar de lo anterior, con el fin de completar el análisis sobre la base de la observación experimental, se realizará el *trasplante* del referido *tejido* al sistema penal colombiano y se determinará la forma en que este podría reaccionar.

CAPÍTULO 4. ¿UNA POSIBLE TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO EN COLOMBIA?

4.1. ¿Es actualmente punible el delito de apología del terrorismo en Colombia?

Antes de responder si es viable crear un tipo penal de esa naturaleza para el país de América del Sur, se hace necesario revisar que no exista algún delito, acaso con diferente denominación jurídica, que ya cubra el comportamiento al que se ha venido haciendo referencia.

4.1.1. Consideraciones previas

El vigente Código Penal colombiano fue expedido por la Ley 599 de 2000³⁷⁴. La reforma introducida por este texto legal en la parte especial del Código Penal anterior (D. 100 de 1980) tuvo diversos objetivos. Se procedió a la reordenación de los preceptos con arreglo al criterio de la relevancia que la Constitución Política de 1991 atribuye a los bienes jurídicos en ella protegidos, de manera que, los delitos contra la vida y el derecho internacional humanitario pasaron a ocupar una ubicación sistemática preferente³⁷⁵. También se incorporaron al Código todas las figuras que se habían ido introduciendo en el sistema penal a través de diversas disposiciones normativas³⁷⁶. Asimismo, se atemperó el

³⁷⁴ Disponible en la página del Senado de la República de Colombia: www.secretariasenado.gov.co Consultada en mayo de 2013.

³⁷⁵ La Constitución declara la existencia de un estado social y democrático de derecho, de tal suerte que, según se afirma, el Código Penal de 2000 se orienta por esa visión antropocéntrica, en oposición al Decreto Ley 100 de 1980, que otorgaba lugares primarios en la ordenación de bienes jurídicos a los delitos contra la patria.

³⁷⁶ Fue el caso de las previstas en los decretos que el ejecutivo expidió durante los estados de excepción (o de sitio, como se denominaban en ese entonces) a finales de la década de los ochenta y

Código Penal a la doctrina de la Corte Constitucional, y se revisaron los marcos penales abstractos previstos y las reglas de determinación de las penas concretas³⁷⁷. La parte general fue objeto de una profunda reforma, orientada principalmente a actualizar las categorías penales. Aunque se advierte en la exposición de motivos que el Código Penal de 2000 no se inscribe en ninguna escuela del pensamiento dogmático³⁷⁸, lo cierto es que aquel refleja las orientaciones intelectivas posfinalistas³⁷⁹ y, en cierta medida, funcionalistas³⁸⁰ de quienes prepararon el anteproyecto³⁸¹.

principios de los noventa en el contexto de la lucha contra los carteles de la droga. En ese entonces, se incorporaron figuras como el lavado de activos, enriquecimiento ilícito y el testaferrato; así como aquellas que reprimen conductas asociadas con el narcotráfico desde el cultivo, la posesión de estupefacientes y la tenencia de insumos; todas ellas luego fueron declaradas legislación permanente.

³⁷⁷ En términos generales, se incrementaron los mínimos de las penas, se redujeron los máximos, y se estableció un sistema de determinación de la pena por *cuartos* que no es más que dividir el ámbito de punibilidad en cuatro partes y ceñir al juez a uno de ellos según concurren agravantes o atenuantes.

³⁷⁸ Lo cual podría verse reflejado en las causales de ausencia de responsabilidad. Mientras el Código Penal de 1980, con fuerte influencia causalista de la mano del maestro REYES ECHANDÍA, tenía enumeradas y separadas las causales de justificación de las de inculpabilidad, el actual Código las ubica todas en un mismo artículo, para que sea la doctrina y la jurisprudencia quienes se ocupen de establecer su ubicación dogmática. Por esa razón, se ha sostenido que el Código Penal es de “textura abierta”. Así, puede verse a GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, (2005), *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*, Tomo I, Bogotá, Giro Editores, p. 163.

³⁷⁹ De este modo, podría desprenderse de la estructuración de las categorías penales, la forma en que se ha regulado el dolo, la descripción de la culpa y la tentativa, el tratamiento separado del error de tipo y el de prohibición, etcétera.

³⁸⁰ Por ejemplo, la construcción de la omisión impropia, las consecuencias que se otorgan al error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación y la mención a la imputación objetiva dentro de las normas rectoras.

A diferencia del Código Penal de 1936, y al igual que su predecesor inmediato de 1980³⁸², el Código Penal colombiano de 2000 no contiene ningún epígrafe dedicado a la *apología* o *enaltecimiento* del delito. Sin embargo, es posible que la descripción típica analizada en el capítulo precedente encuentre cabida en alguna de las figuras delictivas previstas en el vigente Código Penal, tal vez bajo diferente *nomen iuris*. De ahí que, seguidamente, se proceda al análisis de aquellas que puedan resultar más cercanas a la que constituye el objeto de este trabajo.

4.1.2. La instigación a delinquir

El artículo 348 del vigente Código Penal colombiano establece lo siguiente:

Instigación a delinquir. El que pública y directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos incurrirá en multa.

Si la conducta se realiza para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, secuestro extorsivo, tortura, traslado

³⁸¹ Por ejemplo, Alfonso GÓMEZ MÉNDEZ y Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU de la Universidad Externado de Colombia o Álvaro DÍAZ GARNICA de la Universidad de San Buenaventura de Cali, entre otros. Cfr. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Resolución 0-553 de marzo 4 de 1998, por medio de la cual se creó la comisión para la elaboración de un anteproyecto de un nuevo Código Penal.

³⁸² El artículo 209 del Código Penal de 1936 tenía el siguiente tenor literal: “El que de manera pública y directa incite a otro u otros a cometer un delito determinado, incurrirá en arresto de dos meses a un año, y en multa de cincuenta a mil pesos, siempre que tal acción no esté prevista como delito de mayor gravedad en otra disposición”. Por su parte, el artículo 210 rezaba: “El que de manera pública y directa haga la apología de un delito o género de delitos, incurrirá en arresto de uno a seis meses y en multa de veinte a quinientos pesos”. Véase: ARAGÓN, Arcesio, (1938), *Código penal, Ley 95 de 1936, vol. v*, anotado, concordado y comentado, Bogotá, Biblioteca jurídica de la Universidad del Cauca, p. 132 y 133.

forzado de población u homicidio o con fines terroristas, la pena será de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses de prisión y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666,66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Estamos ante la figura delictiva más emparentada con el objeto de este trabajo. La proximidad existente entre la apología del delito y la instigación a cometerlo, como recuerda LÓPEZ MORALES, se hizo patente con la incorporación de la apología al Código Penal de 1936 (art. 210). Esta última consistía en “elogiar o presentar un acto criminal como laudable”³⁸³, mientras que la instigación, tipificada en el artículo 209, tenía una redacción similar al actual artículo 348.

Sobre aquella conducta se pronunció LOZANO Y LOZANO durante los convulsos finales de la década de los cuarenta del siglo XX³⁸⁴, con motivo de las voces de apoyo a grupos insurgentes que dos personas transmitieron a través de una emisora de radio. En ese contexto, sostuvo el referido autor que, para que una conducta pudiera ser constitutiva de apología, debe tratarse de una

“manifestación directa, concreta, inequívoca, acerca de un delito o género de delitos. De algo que revele la voluntad de llevar a la conciencia de los oyentes o lectores, la idea de que un delito es cosa plausible, honrosa, digna

³⁸³ LÓPEZ MORALES, Jairo, (2002), *Nuevo Código Penal*, Tomo III, 2ª edición, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, p. 30. El Código Penal de 1936 tuvo vigencia (con muchas modificaciones) hasta que fue expedido el ya mencionado Decreto Ley 100 de 1980.

³⁸⁴ Mientras el mundo se recuperaba de la Segunda Guerra Mundial, Colombia padecía el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, lo que produjo el alzamiento en armas de grupos de campesinos y la revuelta partidista en toda la nación. Fue en esos aciagos años en los que nacieron los grupos guerrilleros.

de elogio, tratando de destruir así las barreras que se oponen en el ánimo de la inmensa mayoría de las gentes a cometerlo o aceptarlo”³⁸⁵.

De tal suerte, para LOZANO Y LOZANO, el Código Penal colombiano de 1936 solo sancionaba las más vivaces y enérgicas formas de elogio pues, por su naturaleza, la apología “tiene que ser franca, abierta, entusiasta, sin reticencias”, pero ha de referirse a delitos concretos y expresar las razones por las que esos delitos son dignos de alabanza³⁸⁶.

De lo expuesto, cabe extraer dos conclusiones en relación con el mencionado Código de 1936. La primera, que este texto legal contemplaba de forma diferenciada la apología del terrorismo y la instigación a delinquir. La segunda, que con arreglo a la interpretación que en aquel momento se le daba a la apología, esta debía quedar restringida a conductas delictivas concretas.

Como se apuntó previamente, el Código Penal de 1980 renunció al castigo de la apología, que tampoco fue incriminada en las reformas posteriores, como las introducidas por los decretos 180 de 1988³⁸⁷ y 2266 de 1991³⁸⁸. Se podría considerar que tanto la apología como la instigación fueron refundidas en un solo artículo. Sin embargo, a esta tesis se opone la presencia, desde entonces hasta hoy, del adverbio “directamente” en la descripción legal de la instigación al delito.

³⁸⁵ LOZANO Y LOZANO, Carlos, (1950), *Elementos de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, pp. 495 y ss.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 519. Vale precisar que los acusados en este caso fueron finalmente absueltos.

³⁸⁷ Este severo conjunto de disposiciones consideró a la instigación para delinquir con fines terroristas como competencia de los jueces de orden público (sin rostro), pero nada más. A lo sumo, se contemplaba la genérica prohibición de realizar transmisiones en directo cuando los atentados terroristas se estuvieran ejecutando, según se desprende del artículo 50.

³⁸⁸ Por el cual se adoptaron como legislación permanente algunas de las disposiciones emitidas en ejercicio de la conmoción interior (estado de sitio).

Como ya señaló MAGGIORE³⁸⁹, la instigación *directa* se orienta a cometer delitos, mientras que constituye instigación *indirecta* la conducta que consiste en hacer pública la apología de uno o varios delitos, “que no es determinada a cometer un delito, sino a la defensa y exaltación de alguna actividad delictuosa”. La apología —agrega el autor— “difiere de la instigación en cuanto esta mira al porvenir”, mientras que aquella se refiere “solo a delitos ya cometidos”.

Existe, por lo tanto, una diferencia irreconciliable entre las dos figuras que impide considerarlas conjuntamente incriminadas en un mismo precepto. La instigación en Colombia es un tipo penal que sanciona un acto preparatorio, mientras que la apología propia consiste en un acto que se realiza con posterioridad a la comisión de un delito.

En lo tocante a la apología impropia, pueden realizarse consideraciones similares a las ya expuestas respecto a la apología propia. Mientras que la instigación, como señala PÉREZ, ha de ser pública³⁹⁰, la apología impropia puede ejecutarse privadamente. Que una conducta pueda provocar la humillación o menosprecio de las víctimas del terrorismo de forma abierta y pública no implica necesariamente una instigación a cometer ulteriores delitos de terrorismo.

De lo expuesto, cabe concluir la imposibilidad de sancionar la apología del terrorismo, tanto propia como impropia, a través de la figura de la instigación a delinquir.

4.1.3. Financiación de actividades terroristas

El artículo 345 del Código Penal, modificado por la Ley 1121 de 2006 y, posteriormente, por el artículo 16 de la Ley 1453 de 2011, tiene en la actualidad la siguiente redacción:

³⁸⁹ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, vol. III, “De los delitos en particular”, Bogotá, Editorial Temis, pp. 442 y ss.

³⁹⁰ PÉREZ, Op. cit., p. 398. Señala concretamente que requiere algún tipo de “difusión o propaganda” para ser punible.

Financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada: El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas, incurrirá en prisión de trece (13) a veintidós (22) años y multa de mil trescientos (1.300) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Podría considerarse poco acertado subsumir en esta —no tan novedosa— disposición penal³⁹¹ la apología del terrorismo. Sin embargo, la inclusión del verbo *apoyar* entre los verbos rectores parece ofrecer un argumento a favor de la referida subsunción. En efecto, conforme el DRAE, una de las acepciones de *apoyar* es “confirmar, probar, sostener alguna opinión o doctrina”. Estas conductas podrían coincidir con las que se han analizado en el capítulo anterior, constitutivas de enaltecimiento de los terroristas o justificación de sus delitos. Sin embargo, tal como ya se había expresado en otro lugar³⁹², a la luz de los argumentos que seguidamente se esbozan, la conclusión antes apuntada no puede ser asumida.

³⁹¹ Una forma más incipiente de financiación estaba ya presente en el Decreto 180 de 1988, antes mencionado.

³⁹² Sentencia del juzgado séptimo penal del circuito especializado de Bogotá, Colombia, Radicado 110013000097200900094, del 17 de diciembre de 2012.

4.1.3.1. Exégesis lingüística

El adverbio “económicamente” no puede entenderse referido solo al verbo “sostener”, sino también a los demás verbos que se predicán de “cualquier otro acto”; de lo contrario, la conjunción disyuntiva “o” debería ir precedida por un coma. Dada la dicción legal, la promoción o apoyo que incriminan la norma deben considerarse dotados, al igual que el sostenimiento, de un contenido económico.

4.1.3.2. Exégesis completa

Las más recientes leyes de Colombia se aprueban con la incorporación de un epígrafe a cada artículo, esto es, un rótulo que circunscribe el contenido de cada disposición. Por tanto, si lo aprobado en el Congreso y publicado en el *Diario oficial*³⁹³ incluye un epígrafe, “eso significa que son parte de la ley, de lo que el legislador ha sancionado” y deberían, por tanto, “ser tomados en cuenta en el momento de efectuar la interpretación de la ley”³⁹⁴. De tal manera que, el intérprete no podría desconocer que el epígrafe de la norma se refiere a la “financiación” y a la “administración de recursos” relacionados con actos terroristas, lo cual redundaría en una correcta hermenéutica.

³⁹³ La actual redacción corresponde a la Ley 1453 de 2011, la cual fue publicada en el *Diario oficial* n.º 48.110 de 24 de junio de 2011. El artículo 16 de dicha normatividad señala: “financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada y administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada. El artículo 345 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 16 de la Ley 1121 de 2006, quedará así: ART. 345. —Financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada. El que directa o indirectamente (...)”.

³⁹⁴ Cfr. MURO RUÍZ, Eliseo, (2007), *Algunos elementos de técnica legislativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 210. En el mismo sentido, sentencias C-290 de 2000 y C-188 de 2006 de la Corte constitucional.

4.1.3.3. *Exégesis histórica*

El tipo penal analizado había sido reformado a través de la Ley 1121 de 2006, oportunidad en la que se introdujeron verbos como promover o apoyar, según se anotó. Con dicha modificación se procuró atemperar la legislación interna a las recomendaciones y compromisos internacionales³⁹⁵. En concreto, se observa que tanto el convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la asamblea general de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999, como la Convención interamericana contra el terrorismo, aprobada el 3 de junio de 2002, hacen referencia a la financiación siempre en el contexto de lo económico. De lo anterior, se deduce que la norma debe ser interpretada dentro de esa específica función.

4.1.3.4. *Exégesis de autoridad*

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia³⁹⁶, la norma analizada describe un “tipo penal [que] solo se ocupa de sancionar conductas vinculadas con las actividades de administración de bienes de los grupos al margen de la ley, o de grupos terroristas

³⁹⁵ Así, VERVAELE, Jhon, (2011), “Economic crimes and money laundering: A new paradigm for the criminal justice system?”, *Cuadernos de Derecho Penal económico, Lavado de activos y delitos afines*, n.º 5, 27-52, Colombia, Universidad de Ibagué. De acuerdo con VERVAELE, las observaciones hechas por GAFISUD en el 2004 al gobierno colombiano advierten sobre la escasa cantidad de conductas que podían ser penalizadas por lavado de activos, por ello “In 2006, the Colombian government implemented a series of reforms, which involved the inclusion of the financing of terrorism as a criminal offense”, p. 16.

³⁹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación penal, sentencia del 23 de febrero de 2011. Rad. 31464. Se trata de un caso de un miembro de las autodefensas (paramilitarismo) que fue acusado de apoyar al terrorismo por “el simple hecho de pertenecer al grupo armado ilegal”, razón para casar la sentencia y declarar la invalidez del cargo de financiación del terrorismo.

nacionales o extranjeros”, por lo que la interpretación dada ha sido restringida al ámbito económico³⁹⁷.

4.1.3.5. Exégesis estricta de la norma penal

De no asumirse los argumentos anteriores, habría dos formas opuestas de interpretar la disposición. Una de ellas permitiría afirmar que el contenido del verbo *apoyar* no está condicionado por el adverbio *económicamente*. La otra llevaría a sostener todo lo contrario. En consecuencia, tendríamos una lectura que penalizaría cualquier tipo de apoyo a un grupo terrorista, frente a otra que solo lo sanciona cuando el apoyo tiene un contenido económico. Se creería que en este punto la selección interpretativa debe orientarse por los principios de *favor libertatis* y *pro homine*, es decir, aquella interpretación que restrinja menos las libertades ciudadanas, pues no de otra manera podría hablarse válidamente de un Derecho Penal liberal³⁹⁸.

Conforme a lo expuesto en esta apartado, cabe concluir que, incluso si se admitieran el ensalzamiento o la justificación de un grupo terrorista como formas de apoyo a este, una exégesis correcta del artículo 345 del Código Penal colombiano obliga a restringir dicho apoyo a aquel dotado de un contenido económico o financiero. Por lo tanto, todas las

³⁹⁷ Dice concretamente la Corte: “Para los fines del recurso importa destacar que el tipo penal solo se ocupa de sancionar conductas vinculadas con las actividades de administración de bienes de los grupos al margen de la ley, o de grupos terroristas nacionales o extranjeros, y comportamientos relacionados con su financiación, o la financiación de sus actividades o el apoyo económico de las personas que los integran. Interesa igualmente precisar que se trata de un tipo penal autónomo, de conducta alternativa, que en su primera parte describe modalidades comportamentales (sic) específicas referidas a los fondos, bienes o recursos de estos grupos, a través de verbos de fácil comprensión, y que en la segunda incluye una cláusula general comprensiva de cualquiera otra actividad orientada a apoyar económicamente estas organizaciones, sus actividades o sus miembros”.

³⁹⁸ En respaldo de esta tesis y en un caso análogo en Europa, véase: ALCÁCER GUIRAO, Rafael, (2012), *Constitución y principios del Derecho Penal*, México, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 27.

restantes manifestaciones de respaldo de cualquiera otra índole quedarían fuera del ámbito de aplicación de esta norma.

4.1.4. Concierto para delinquir con fines terroristas

De acuerdo con el artículo 340 del Código Penal, modificado por las leyes 733 de 2002 y 1121 de 2006, habrá de sancionarse el concierto para delinquir. La redacción del precepto es la siguiente:

Quando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Quando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, los elementos básicos del referido comportamiento pueden desglosarse de la siguiente forma: i. la existencia de una organización que, con carácter permanente, tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; ii. que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los una para alcanzar dicho objetivo; y iii.

que las actividades que se proponen sus miembros pongan en peligro o alteren la seguridad pública³⁹⁹.

Por lo tanto, podría afirmarse, en relación con la apología de delitos ejecutados por terroristas o sus autores, que se ve cumplido el primer requisito, pues nos encontramos ante una organización con vocación de permanencia que tiene diferentes objetivos, algunos de los cuales están asociados a la modificación o alteración del orden constitucional, mediante la perpetración de comportamientos que se habrían de categorizar como terroristas.

Frente al segundo punto, esto es, la existencia de un acuerdo de voluntades entre los miembros de la organización, parece que el ejercicio de subsunción respecto de la apología del terrorismo empieza a debilitarse. Si se parte de la tesis propuesta anteriormente, esto es, que no puede existir autoapología, se debe admitir que el apologeta *no* forma parte del grupo terrorista, por lo cual, en principio, se descartaría una asociación.

De hecho, también debe reconocerse que quien realiza la apología puede no conocer a los miembros del grupo terrorista y, aun así, ejecutar la conducta. Puede, incluso, no haber tenido jamás contacto alguno con estas personas, pero de todas formas ondear una bandera alusiva al grupo terrorista en un estadio o portar una pancarta con una fotografía de una persona a quien nunca conoció, fallecida y señalada como terrorista. ¿Cómo podría predicarse acuerdo de voluntades en esa hipótesis?

Pero, en gracia de discusión, se debe aceptar alguna forma primitiva o implícita de acuerdo. Procedería entonces preguntarse: ¿acuerdo para qué? Según lo advertido por la jurisprudencia, se trataría de un convenio para cometer delitos, es decir, una proyección criminal hacia el futuro. Nos encontraríamos en el ámbito de los actos preparatorios⁴⁰⁰. Y he aquí una diferencia sustancial entre el concierto para delinquir y la apología del

³⁹⁹ C-241 de 1997.

⁴⁰⁰ Así se ha reconocido pacíficamente por la jurisprudencia desde tiempos no tan recientes. Verbigracia, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, auto de 10 de diciembre de 1952, LXXIII, 851.

terrorismo, pues esta constituye una “cooperación ideal *ex post facto*”⁴⁰¹, según se explicó previamente. En consecuencia, no es posible predicar la existencia del concierto para delinquir cuando se exalta o justifica a los miembros de un grupo terrorista o sus actos.

En lo que se refiere a la apología impropia, es decir, a aquellos actos que conllevan menosprecio o humillación a las víctimas, son aplicables los mismos razonamientos hechos en precedencia. En especial, puede lastimarse y causarse ofensa a las víctimas a través de un aislado acto de quien no tiene más interés que profundizar en las heridas acaso por otro causadas. Por lo tanto, en la apología impropia no se precisa de un acuerdo de voluntades entre quien humilla y el terrorista, por lo que difícilmente se puede hablar de concierto para delinquir en esta hipótesis.

4.1.5. Terrorismo

El artículo 343 del Código Penal prevé lo siguiente:

El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1000) a diez mil (10000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta (...).

Como ha sostenido la jurisprudencia, “se entiende por terrorismo un delito de mera conducta que consiste en emplear medios de destrucción colectiva contra personas o cosas, con el propósito de crear un ambiente de zozobra o perturbar el orden público”⁴⁰². La

⁴⁰¹ CAPITA REMEZAL, Op. cit., p. 184.

⁴⁰² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación penal, sentencia de 6 de diciembre de 1988.

doctrina se expresa en términos similares. Así, de acuerdo con GÓMEZ LÓPEZ, uno de los elementos de la fase objetiva de la conducta implica la “realización de hechos capaces de causar estragos”⁴⁰³.

De lo expuesto, se desprende que son los medios utilizados los que conducen al estado de zozobra y, a su vez, los que configurarían el delito de terrorismo.

Pues bien, el enaltecimiento o justificación de actos terroristas, o de sus autores, no resultan subsumibles en el ámbito típico. En otros términos, las palabras o los actos de exaltación no ponen en peligro la vida, integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones y demás aspectos objeto de protección mediante el empleo de estragos. La apología propia no puede castigarse en Colombia como acto terrorista.

Ahora bien, el inciso 2 de la norma en cita señala:

Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y la multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La conducta incriminada, que ha de ser siempre generadora de zozobra o terror en la población o en un sector de ella, puede ser realizada por comunicaciones o medios privados (verbigracia, una llamada telefónica). En tales supuestos, quedarían necesariamente excluidas las conductas constitutivas de apología propia, ya que esta exige para su realización, como se analizó previamente, la publicidad de las palabras de enaltecimiento o justificación proferidas.

Ahora bien, cuando el ensalzamiento del autor o la justificación del delito cometido transmitidos a través de los medios mencionados en el precepto estén revestidos de la necesaria publicidad y provoquen terror colectivo, no habría obstáculo para su castigo. Así,

⁴⁰³ GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, *El homicidio*, Tomo I, 2ª edición, Bogotá, Temis, p. 585.

un discurso de justificación de un acto terrorista cometido en la ciudad “A”, grabado en un video enviado a la redacción de un periódico local de la ciudad limítrofe “B”, que busque y logre provocar terror en sus habitantes (verbigracia, al argumentar que “todas las ciudades de la región merecen lo mismo que ocurrió en A”), podría castigarse como delito de terrorismo.

Con todo, se cree que la subsunción en este precepto de un acto como el esbozado, en el que concurren —a diferencia de lo que sucede en otros supuestos imaginables— los requisitos típicos exigidos en relación con el medio o soporte en el que se transmite el mensaje apologético, con la aptitud para provocar terror colectivo, supondría castigar un injusto en buena medida ajeno o, al menos, no inherente a la apología del terrorismo en sentido estricto.

Sin duda, resulta subsumible en la segunda modalidad de conducta sancionada por el artículo 343, la denominada apología impropia, que por su naturaleza puede ejecutarse privadamente, siempre y cuando el comportamiento esté dotado de la entidad necesaria para generar zozobra o terror más allá del simple receptor de la comunicación. Como advierte con claridad la jurisprudencia colombiana, “cualquier comportamiento que únicamente persiga golpear intereses privados, queda excluido de la connotación terrorista”⁴⁰⁴.

De todas formas, no se puede perder de vista que la intención del legislador con esta fórmula, prevista en el inciso 2 del artículo 343, difiere en mucho con el propósito establecido para la apología impropia, a saber, evitar actos que humillen a las víctimas del terrorismo. Esas diferencias teleológicas no pueden perderse de vista al evaluar su aplicabilidad.

⁴⁰⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación penal, sentencia de julio 1 de 1993.

4.1.6. Amenazas

El artículo 347 del Código Penal, modificado por la Ley 1142 de 2007, tiene el siguiente tenor literal:

Amenazas. El que por cualquier medio atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución, con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella, incurrirá por esta sola conducta, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con este precepto se pretende sancionar a aquel que, con el propósito de causar terror en la población o en un sector de ella, dé a entender a su víctima, con actos o palabras, su propósito de causarle un mal. Pero ese mal no puede ser uno de aquellos que afecte la tranquilidad individual, sino que, aquí también, debe trascender a la población o a un sector de ella. De ahí que esté ubicado en los delitos contra la seguridad pública.

De acuerdo con la doctrina, con este comportamiento se busca atemorizar, es decir, causar miedo, pánico, espanto, pavor de un mal que amenaza o de un peligro que se teme, con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o un sector de ella⁴⁰⁵. En este sentido, se argumenta que:

“El primer aspecto que debe tenerse en cuenta respecto de esta conducta es la característica especial de la intimidación, puesto que, independientemente al contenido de la misma, es decir, del mal con que se pretenda intimidar real o ficticiamente, el acto debe tener un impacto

⁴⁰⁵ LÓPEZ MORALES, *Nuevo Código Penal*, Op. cit., p. 29.

colectivo, propio del terrorismo, y no simplemente consecuencias de temor a una persona o grupo reducido a causa de una acción”⁴⁰⁶.

El comportamiento incriminado en el artículo 347, por tanto, no es el de enaltecimiento o justificación de actos terroristas pues, mientras este pretende alabar o justificar un acto *ex post*, aquel comunica el mal que se avecina.

Quedan excluidos del tipo, asimismo, aquellos actos privados de apología del terrorismo impropia, es decir, consistentes en proferir expresiones o manifestaciones dirigidas sin trascendencia pública a víctimas del terrorismo en procura de su humillación o menosprecio. Tampoco sería susceptible de penalizarse por esta vía, la apología impropia que se realice públicamente pues —debe insistirse en ello— las conductas abarcadas por dicha forma de apología profundizan en el daño moral que causa el delito ya ejecutado, mientras que la amenaza objeto de estas líneas se refiere a un hecho no ocurrido aún.

En conclusión, la exigencia típica de una conducta constitutiva de amenaza —de la que está exento el ya examinado párrafo 2 del artículo 343.2— hace que el artículo 347 sea inidóneo para abarcar cualquier conducta apologética del delito en general y, por lo tanto, también del terrorismo.

4.1.7. Injuria

El artículo 220 del Código Penal colombiano reza: “El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Se trata de una figura incardinada en los delitos “contra la integridad moral”, para cuya integración desde antaño se ha exigido⁴⁰⁷: i. que una persona impute a otra conocida o

⁴⁰⁶ CRUZ BOLÍVAR, Leonardo, (2002), “Delitos contra la seguridad pública”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 454, cursiva añadida. En el mismo sentido, LÓPEZ MORALES, Jairo, (2003), *Código Penal comentado*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley.

determinable un hecho deshonroso; ii. que el imputador tenga conocimiento del carácter deshonroso de ese hecho; iii. que el carácter deshonroso del hecho imputado dañe o menoscabe la honra de esa persona; y, iv. que el imputador tenga conciencia de que el hecho atribuido tiene esa capacidad de dañar o menoscabar la honra de esa persona.

Lo deshonroso ha sido entendido por la Corte Suprema de Justicia como lo infamante o inmoral, aquello que puede resultar ultrajante y que lesiona la fama o la buena reputación del vilipendiado⁴⁰⁸. Pero también se ha hablado del honor en aquellas circunstancias en que se afecta la propia dignidad y decoro del ofendido⁴⁰⁹ o su “sentimiento íntimo de estimación”⁴¹⁰. Al primero se le ha denominado *honra* (u honor objetivo), mientras que al segundo se le identifica con el *honor propiamente dicho* (o subjetivo)⁴¹¹.

En Colombia, pues, son punibles tanto las ofensas realizadas públicamente como aquellas que se dirigen únicamente al destinatario, aunque en esta última hipótesis la sanción penal prevista en el artículo 223 resulta atenuada por lesionar solo el honor subjetivo.

Se abre así, con este precepto legal, la posibilidad de sanción en Colombia de la apología impropia, ya que, menospreciar, humillar o desacreditar a las víctimas de actos

⁴⁰⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación penal, auto del 29 de septiembre de 1983, M.P. Fabio CALDERÓN BOTERO.

⁴⁰⁸ *Ibidem*. Sentencia del 17 de marzo de 1987.

⁴⁰⁹ *Ibidem*. Sentencia del 6 de abril de 2005, radicado 22099.

⁴¹⁰ CÓRDOBA ANGULO, Miguel, (2002), “Delitos contra la integridad moral”, *Lecciones de Derecho Penal parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 209.

⁴¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación penal, sentencia del 30 de mayo de 1997, radicado 26115.

terroristas puede afectar la propia estima, la dignidad o el “patrimonio ético”⁴¹² de quien se ofende⁴¹³.

Por el contrario, no cabe adjudicar a la injuria ningún efecto relacionado con la apología propia, es decir, con el enaltecimiento o justificación de actos terroristas o de sus autores, pues consisten en conductas radicalmente opuestas. En la injuria se trata de restarle reputación al ofendido (por lo menos en sentido objetivo), mientras que en la apología, como se ha indicado reiteradamente, lo pretendido es ensalzar o enaltecer al autor del delito o sus actos.

4.1.8. Recapitulación

En este capítulo se ha tratado de determinar si existe algún precepto penal vigente en Colombia que permita la sanción de las conductas constitutivas de apología del terrorismo, tipificadas en el artículo 578 del Código Penal español.

En lo que tiene que ver con la apología propia, se ha descartado su coincidencia con la instigación para delinquir, en tanto que esta ocurre con carácter previo al injusto, mientras que aquella tiene ocasión *ex post*. La financiación del terrorismo tampoco es un delito asimilable a la apología del terrorismo, pues ninguna de las conductas alternativas previstas en el artículo 345 se ajusta a la exaltación o justificación de los actos terroristas, ni siquiera aquella determinada por el *apoyo*. Esto ocurre porque el respaldo incriminado es exclusivamente el que posee un contenido económico.

⁴¹² *Ibidem*. Sentencia del 17 de marzo de 1987.

⁴¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-392/2002. En esa decisión se indicó que “la corporación ha precisado que no todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerado como imputación deshonrosa. Esta debe generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que este tenga, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del Derecho”.

Frente a la figura del concierto para delinquir, los actos de apología carecen en múltiples hipótesis del acuerdo de voluntades indispensable en aquella. Pero, en el caso de que exista ese acuerdo, este debe tener la finalidad de cometer delitos, rasgo que no se observa cuando la actividad se limita a enaltecer o legitimar el terrorismo.

La incriminación de la apología propia por la vía del delito de amenazas se ha descartado, por cuanto su finalidad es dar cuenta de un mal futuro a las víctimas, mientras que la apología se refiere a un hecho terrorista ya ejecutado. La temporalidad impide una eventual subsunción típica. En cuanto al delito de terrorismo, la exigencia en el artículo 343 del Código Penal colombiano del empleo de medios dotados de la aptitud necesaria para causar estragos deja fuera de su ámbito típico a las palabras o los gestos.

En cambio, puede quedar abarcado por el párrafo 2 del artículo 343 —y castigarse como terrorismo— no solo la apología impropia, sino también el enaltecimiento del autor o la justificación del delito cometido transmitido a través de los medios o soportes mencionados en el precepto, cuando los actos estén revestidos de la necesaria publicidad y provoquen terror en la población o en un sector de ella.

Con todo, se considera que la subsunción en este precepto de un acto de apología propia de dichas características, en el que concurren —a diferencia de lo que sucede en otros supuestos imaginables— los requisitos típicos exigidos en relación con el medio o soporte en el que se transmite el mensaje apologético y con la aptitud para provocar terror colectivo, supondría castigar un injusto en buena medida ajeno o, al menos, no inherente a la apología del terrorismo.

El análisis efectuado permite concluir que la apología impropia, esto es, la humillación, descrédito o menosprecio a las víctimas del terrorismo, podría quedar comprendida dentro de la injuria, bien dentro del artículo 220, cuando se realiza públicamente; bien en el artículo 223, cuando se hace en forma privada, es decir, dirigida únicamente al ofendido. Pero no ocurre lo mismo con la apología propia pues, mientras que la injuria procura el descrédito de una persona, aquella pretende exaltar y enaltecer al terrorista o a sus actos.

4.2. Posibilidad latente

Ahora, la pregunta que surge es si resulta adecuado, en clave de racionalidad legislativa, incorporar a la normatividad colombiana la apología del terrorismo propia, tal como ya ha ocurrido en otros países como Perú o España.

Precisamente, no se trata de una posibilidad remota. En Colombia las leyes penales se suelen modificar con demasiada frecuencia⁴¹⁴ y no pocas veces se inspiran en legislaciones de otros países, especialmente, de España. Así ha ocurrido con la idea de la prisión permanente revisable, que en un par de oportunidades se ha propuesto en el Congreso⁴¹⁵, por fortuna, con poco éxito. También hemos copiado legislación antiterrorista. Con ITURRALDE, ha de recordarse que durante el gobierno de Julio César TURBAY AYALA se adoptó una normatividad antiterrorista (también conocida como Estatuto para la Defensa de la Democracia⁴¹⁶), inspirada en legislaciones como la española, como consecuencia de una serie de huelgas. De igual modo ocurrió tras el asesinato de Carlos MAURO HOYOS, Procurador General de la Nación, cuando se incrementaron penas o se crearon nuevos tipos penales de delitos calificados por el terrorismo, o su facilitación, y se criminalizaron conductas como el sabotaje, así como ciertos discursos públicos⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Un interesante diagnóstico es presentado por CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, (2011), *Balance diez años de funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia*, Bogotá, Usaid-CEJ, p. 104. Concretamente se afirma que entre 2006 y 2014 se habían presentado 259 proyectos de ley orientados a reformar el Código Penal. En igual sentido, SOTOMAYOR ACOSTA, Juan, (2007), “Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa, *Nuevo Foro Penal*, n.º 71, enero-junio de 2007, Medellín, p. 13.

⁴¹⁵ Por ejemplo, Proyecto de Acto Legislativo n.º 036/13 Cámara.

⁴¹⁶ Adoptado en estado de excepción, por el decreto legislativo 180/1988.

⁴¹⁷ ITURRALDE, Manuel, (2010), *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Bogotá, Universidad de Los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, Siglo del hombre editores, pp. 98 y 99.

Durante el año 2010, el gobierno de Juan Manuel Santos intentó promover un proyecto de ley en el Congreso mediante el cual se tipificaría el delito de apología del terrorismo, dentro de un paquete de medidas relacionadas con la seguridad ciudadana, iniciativa que fue retirada por el rechazo que tuvo entre grupos defensores de derechos humanos⁴¹⁸. Luego, en septiembre de 2017, el candidato del expresidente Uribe, Iván Duque, quien es el más fuerte aspirante a la presidencia de Colombia⁴¹⁹, dijo a través de su cuenta de Twitter, en relación con un fallecido líder de las FARC, que “Hacerle un homenaje al Mono Jojoy es una apología al terrorismo y al crimen organizado”, por lo que en enero de 2018 dijo: “Promoveré una legislación que impida la exaltación de los crímenes de lesa humanidad y de los victimarios. Al igual que en Alemania no se puede exaltar el nazismo, en Colombia no se podrá exaltar el terrorismo de las FARC, el ELN o las AUC”.

El fácil recurso de copiar legislación europea, especialmente española (por la afinidad con la lengua), es muy recurrente. Además, es claro que en Colombia modificar las normas penales es más sencillo que en España, dado que solo se precisa de una ley ordinaria, cuyo trámite legislativo es más sencillo y breve que una ley orgánica o una ley estatutaria. En el país suramericano, cuando se trata de normas que desarrollen derechos fundamentales, los proyectos de ley deben tramitarse por una ley especial, denominada estatutaria, tal como ocurre en España con las leyes orgánicas. Pero, el entendimiento de la Corte Constitucional ha sido que no es necesario, en materia penal, tramitarla como ley estatutaria⁴²⁰.

⁴¹⁸ Así, puede verse en <https://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso-227862-no-habra-delito-de-apologia-al-terrorismo> consultado en diciembre de 2017.

⁴¹⁹ Al momento de escribir este trabajo aún no se han realizado las elecciones presidenciales de Colombia de 2018.

⁴²⁰ Por todas, la sentencia C-313/94 de la Corte Constitucional, en la que se explicó que “no hace parte del núcleo esencial de ningún derecho fundamental delinquir; luego, señalar legislativamente los tipos penales y establecer las condignas sanciones, en modo alguno equivale a ‘regular los derechos fundamentales’”. Esta postura es criticada por VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luis, (2016), *Política criminal y justicia constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 141.

Por cierto, la escasa fundamentación y el poco peso que puede tener un comité de política criminal en Colombia hacen que prácticamente cualquier iniciativa penal, por elemental que parezca, pase rápidamente por el Congreso, sin mayor discusión. Por estas razones, conviene poner a prueba la posible tipificación del delito de apología del terrorismo en Colombia, país que, como ya se precisó, tiene estrechos vínculos culturales con España y que, además, también ha padecido los ataques de naturaleza terrorista de un grupo que quiere imponer su visión de modelo de Estado, en contra de los postulados democráticos que rigen al país suramericano.

4.3. Análisis de la racionalidad legislativa de una iniciativa en tal sentido

En los apartados precedentes, se analizó el tipo penal que en España comúnmente se ha denominado *apología del terrorismo*, al cual, con apoyo en jurisprudencia y doctrina, se le han otorgado los contornos respectivos, y del que se mostraron sus dificultades interpretativas. Seguidamente se buscó entre las diversas normas colombianas emparentadas con esta conducta a fin de establecer si se encontraba tipificada, a lo cual se dio respuesta parcialmente negativa.

En efecto, el comportamiento que la norma reprocha se ha discriminado en dos sentidos que aquí he denominado apología propia e impropia. Al primero le corresponde el enaltecimiento o justificación de los terroristas o sus actos. El segundo tiene que ver con la humillación o menosprecio hacia las víctimas de los delitos terroristas.

La segunda modalidad mencionada se adecua correctamente en el delito de injurias, tipificado en Colombia en el artículo 220 del Código Penal. Entre tanto, la aquí denominada apología propia no tiene aparejada ningún tipo penal en este país. Por lo tanto, a continuación, se indagará sobre si su inclusión sería posible desde una perspectiva de racionalidad legislativa, dentro de un marco de política criminal, entendido este como el estudio (o la toma) de medidas relativas a tres actividades: la definición de determinados

comportamientos como delitos, la iniciativa de prevenir esos actos y la consecuencia cuando la prevención fracasa por lo que se produce el acto delictivo⁴²¹.

Esto se debe resaltar porque usualmente se entiende a la política criminal como una estrategia para prevenir delitos, pero sin tener en cuenta que, en realidad la categorización de cierto acto como *delito* no es más que una construcción social.

4.3.1. Modelo del que se parte para evaluar su conveniencia

Si LOCKE tuviera razón⁴²², debemos partir de un estado natural de libertad de toda persona, circunstancia que parece compatible con el artículo 10 de la Constitución española y el artículo 16 de la colombiana, tendríamos que reconocer, como lo hace HUSAK, que existe un derecho individual, en principio, a no ser castigados. Agrega ese autor que, dado que la pena supone sufrimiento y censura, la razón de castigar no debe quedarse en un plano utilitario (algunas veces hipotético, se agrega), sino que es necesario que se establezca una carga de la prueba acerca de la justificación del derecho a no ser castigado, la cual debería asumirse por su potencial infractor: el Estado⁴²³.

Por eso, HUSAK también propone que las leyes no solamente deben analizarse desde el punto de vista de la constitucionalidad de determinada restricción, sino que, además, en

⁴²¹ URBINA GIMENO, Íñigo, (2016), “La economía como herramienta en la evaluación legislativa”, en: *Hacia la evaluación racional de las leyes penales*, NIETO MARÍN, MORALES ROMERO y BECERRA MUÑOZ (eds.), Madrid, Marcial Pons, p. 84.

⁴²² LOCKE, John, (1997), *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, México, Editorial Porrúa, p. 36: “hemos de considerar cuál es el estado en que los hombres se hallan por naturaleza. Y es este un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre”.

⁴²³ HUSAK, Douglas, (2013), *Sobre criminalización. Los límites del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, p. 167.

ciertos casos, hay que aplicar un *test de mera racionalidad*⁴²⁴, a partir de la legitimidad de los fines.

En el campo del diseño de la política criminal y del Derecho Penal, ha de considerarse que una decisión será racional⁴²⁵ en la medida en que contribuya a atender la problemática sobre la cual busca actuar, para lo cual, se requiere que los argumentos que la justifican resistan refutación empírica.

Para evaluar la eventual inclusión de una norma que penalice la apología del terrorismo se ha elegido el modelo propuesto tanto por ATIENZA RODRÍGUEZ⁴²⁶ como por DÍEZ RIPOLLÉS⁴²⁷, quienes han estructurado en cinco niveles el mapa clasificatorio de los argumentos que deberían sustentar una decisión legislativa, con base en criterios éticos, teleológicos, pragmáticos, jurídico formales y lingüísticos. Se nos muestra como plausible este modelo para evaluar a fondo las —eventuales— decisiones del legislador en materia de política criminal⁴²⁸.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 198. Sin embargo, es dudosa la tesis según la cual la legitimidad se mide en términos de los intereses del Estado.

⁴²⁵ Por lo menos en el plano deontológico o *del deber ser*. Al respecto puede verse ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal...*, Op. cit. p. 37.

⁴²⁶ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, (1997), *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Editorial Civitas, p. 32.

⁴²⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José, (2003), *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta.

⁴²⁸ Una puesta a prueba de las ventajas de este modelo como parámetro analítico de las leyes penales, en: VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luis, (2012), “La irracionalidad de la política criminal contra agresores sexuales. Estudio de una propuesta normativa en el marco de un modelo de racionalidad legislativa penal”, en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando, (coord.), *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*, Universidad de Salamanca, Aquila fuente, p. 352. Así también, como criterio para distinguir lo penalmente relevante, RANDO CASERMEIRO, Pablo, (2009), *La distinción entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Madrid, Editorial Tirant Lo Blanch.

Sin pretender hacer una detallada exposición de los fundamentos que subyacen a esta estructuración, a continuación, se enunciará el contenido de cada categoría racional y enseguida el acoplamiento a ella de la hipótesis normativa bajo examen.

4.3.2. Racionalidad de la norma

La norma puede tener la misma redacción de la originaria prevista en el artículo 578 del Código Penal español, al que se le ha sustraído el supuesto ya cobijado en la injuria y se le ha hecho coincidir con las disposiciones colombianas en materia de terrorismo. Podría, entonces, quedar de la siguiente forma:

El enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, homicidio con fines terroristas o concierto para delinquir con fines de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución se castigará con pena de prisión de uno a dos años.

Debe tenerse en cuenta en este punto que, a diferencia de la legislación española, el Código Penal colombiano no tiene un catálogo tan amplio de delitos asociados al terrorismo. Dado que son pocos, pueden incluirse sin mayor problema como parte del texto de la norma. Por otra parte, se ha respetado el *quantum* punitivo previsto en España, muy a pesar de que en Colombia las penas suelen ser mucho más altas que en el país ibérico, sin perjuicio de ciertas reformas que en este lugar se han hecho recientemente⁴²⁹.

También hay aportes interesantes en GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Calidad de las leyes y técnicas legislativa: a propósito del cuestionario previo”, *Revista Española de la función consultiva*, vol. 6, p. 46.; BECERRA MUÑOZ, José, (2016), *Propuestas de rediseño institucional para la elaboración y evaluación de la política criminal por parte del gobierno en Hacia la evaluación racional de las leyes penales*, NIETO MARÍN, MORALES ROMERO y BECERRA MUÑOZ (eds.), Madrid, Marcial Pons, p. 163.

⁴²⁹ Por ejemplo, la Ley Orgánica 1 de 2015, que incorpora la prisión permanente revisable. Disponible en: <https://goo.gl/1XpRrC>. Consultada en marzo de 2013.

4.3.2.1. Racionalidad ética

Dentro de esta categoría se enmarcan aquellos postulados básicos que justifican la intervención legislativa penal que poseen un amplio y relativamente asentado consenso social dentro de un determinado ordenamiento jurídico. Se vinculan, condicionados histórica y culturalmente, al sistema de creencias de la colectividad en la que este se inscribe⁴³⁰. Varios principios conforman este nivel de racionalidad pero, para lo que interesa en este trabajo y al tener en cuenta que es una ley específicamente sustantiva, se atenderán los principios rectores de esta naturaleza.

4.3.2.1.1. Principio de lesividad

Para que una norma penal sea racionalmente adecuada, debe procurar evitar la dañosidad social del comportamiento. También es necesario que los bienes jurídicos, cuya lesividad se procura evitar⁴³¹, se hallen arraigados al sistema de creencias; por esa vía, tales bienes no podrían contradecir los principios constitucionales.

Según cierto sector de la doctrina⁴³², el fundamento del principio de lesividad (y también del de mínima intervención) se halla en el artículo 16 de la Carta Política colombiana, según la cual, “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. En ese sentido, para la Corte Constitucional de Colombia el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad no habilita a la persona para la comisión indiscriminada de delitos. De allí que, según se afirma, la tipificación de conductas penales

⁴³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José, (2003), *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, p. 92.

⁴³¹ Tal como se explica en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Curso de Derecho Penal...* Op. cit., p. 71.

⁴³² En ese sentido, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, (2012), *Introducción al Derecho Penal constitucional*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, p. 35.

constituya “un límite al libre desarrollo de la personalidad impuesto por el ordenamiento jurídico”⁴³³.

En consecuencia, podría pensarse que es el legislador ordinario quien tiene la facultad de restringir el derecho fundamental; no obstante, la misma Corporación agrega que, tal límite solo será legítimo si las conductas tipificadas son susceptibles de vulnerar o poner en peligro los derechos de los demás. “Si ello no ocurre, a la sombra de la penalización de conductas se encontrarán delirios autoritarios”⁴³⁴. Con mayor énfasis se afirmó que “únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional”⁴³⁵. En conclusión, en Colombia, según esta perspectiva, serían los bienes jurídicos con trascendencia en la Carta Política los que pueden ser objeto de protección⁴³⁶.

No se entrará aquí en la discusión sobre las distancias que puedan haber entre el principio de lesividad y el concepto de antijuridicidad material⁴³⁷; pero, si tomamos como punto de partida lo concluido por la doctrina, según se reseñó previamente, que ha sostenido que el bien jurídico a proteger al tipificar la conducta de apología del terrorismo es la seguridad pública o el orden constitucional, cualquiera de los dos intereses difícilmente puede verse cuestionado por la propuesta típica enunciada.

⁴³³ C-200 de 2002.

⁴³⁴ *Ibidem*; en igual sentido, C-420 de 2002.

⁴³⁵ C-335/08.

⁴³⁶ En otras palabras, el legislador tiene autonomía y libertad de configuración normativa, pero no debe desconocerse que los tipos “deben respetar los cánones constitucionales, especialmente todos aquellos que plasman derechos y garantías constitucionales” (C-364 de 1996).

⁴³⁷ Sobre el tema y con ocasión del modelo de racionalidad propuesto, puede verse a RANDO CASERMEIRO, *Op. cit.*, p. 160.

Por una parte, la seguridad pública es un concepto de difícil apreciación⁴³⁸, pero que ha sido lúcidamente identificado por PÉREZ bajo la rúbrica del peligro común⁴³⁹. Dice el autor que, en todas las conductas agrupadas en el título de delitos contra la seguridad pública⁴⁴⁰ concurre el peligro, esto es, “el daño potencial conscientemente apreciado”⁴⁴¹.

Ahora bien, considerar que sobrevendría un daño real a la tranquilidad de los ciudadanos por enaltecer o justificar un comportamiento es acaso una hipótesis escasamente verificable. Una cosa es que las personas se sientan —legítimamente— ofendidas por un acto terrorista, otra bien distinta que el Derecho Penal deba ocuparse de quienes buscan una justificación a quien lo realizó. Tal como se dijo en precedencia, se trataría de una colaboración ideal *ex post facto*, cuyo aporte en nada cambia el reproche que ya se haría sobre los métodos utilizados.

También se ha indicado que con este tipo de normas se busca evitar una eventual repetibilidad de los actos terroristas. Esa justificación normativa parte de un supuesto que podría formularse de la siguiente forma: los ciudadanos, ante un comportamiento de quien exalta al terrorista, estarían condicionados a emular al autor del acto de terror. Básicamente se nos coloca, como ciudadanos, en una situación de escasa racionalidad y de incapacidad para discernir información y de determinarnos adecuadamente. Necesitaríamos, según esa

⁴³⁸ Para PAWLIK, la determinación del bien jurídico de la *seguridad pública* es una “vacía fórmula estereotipada”, en tanto que todo acto antijurídico en realidad perjudicaría la seguridad pública, por lo que la protección de tal interés es solo una reformulación de la función del Derecho Penal. PAWLIK, Op. cit., p. 159.

⁴³⁹ PÉREZ, Op. cit., p. 376.

⁴⁴⁰ Así, “el concierto es peligroso por la organización que implica, la reserva y disciplina a quienes integran el acuerdo delictivo. El terrorismo se ejerce como medio de destrucción colectiva y su objeto es el de crear o mantener un ambiente de zozobra en los miembros de una comunidad. La instigación se dirige a otro u otros para llevar a cabo delitos determinados o genéricamente concebidos. En todo estos hechos está presente el peligro para muchas personas, como es de la esencia de los delitos que engendran inseguridad en el conglomerado”. *Ibidem*, p. 375.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

tesis, un leviatán para ordenar nuestro comportamiento futuro. Como afirma VIVES ANTÓN, criminalizar la simple expresión de opiniones y creencias “revela una inadmisibles falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones”⁴⁴².

Por ello es que se ha sostenido aquí que no es la seguridad pública la que se ve alterada cuando se enaltece o justifica un acto terrorista, pues las personas pueden repudiar válida y legítimamente un comportamiento, así como ejercer un control social menos formalizado que el penal, ante quienes simpatizan con métodos execrables. Incluso, ese control social puede estar, en el plano legal, no necesariamente de naturaleza criminal, tal como se explicó previamente⁴⁴³.

En otro sentido, se afirma que, lo que se busca con la tipificación del comportamiento es el mantenimiento del orden constitucional que los terroristas buscan subvertir. Debe reconocerse que esta afirmación es bastante limitada en cuanto al entendimiento del fenómeno terrorista en la actualidad.

Como ya se explicó previamente, existen varios tipos de terrorismo, entre ellos, el que busca la reivindicación de una parte de la población, así como el que intenta imponer una determinada cosmovisión. Todo parece indicar que la legislación española siempre ha

⁴⁴² VIVES ANTÓN, Op cit., p. 433, en referencia a la afirmación similar de CUERDA ARNAU, María Luisa, “El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 56, 1999 (IV), p. 17.

⁴⁴³ Véase el apartado sobre la libertad de expresión en Colombia y, particularmente, las sentencias T-263/98 y T-749/03 de la Corte Constitucional. Parece que hacia esa misma dirección se inclina la sentencia STS 4/2017 del Tribunal Supremo Español (caso César Strawberry), al decir en uno de sus apartados que “existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo”.

tenido en mente aquella tipología del terrorismo⁴⁴⁴. Pero el terrorismo se extiende hacia terrenos religiosos, en los que su finalidad tiene poco que ver con la necesidad de modificar la configuración de algún Estado o territorio. El 11 de septiembre de 2001 y los atentados que le siguieron han marcado esta nueva forma de terrorismo⁴⁴⁵, que ha sido promovida por movimientos fundamentalistas de grupos religiosos que buscan defender o propagar su credo, aun por la fuerza. Como dice PAWLIK, al terrorista que actúa por motivos religiosos no le interesa solamente transformar el orden político en su país. En realidad busca un ataque a todo el orden internacional: “¡Guerra a occidente!”⁴⁴⁶. Aquí, la posible modificación de un determinado orden constitucional empezaría a ser solo un efecto colateral de dicha guerra.

Otra forma de terrorismo, cuyos efectos han sido padecidos con especial relevancia en Colombia, tiene que ver con el originado por grupos de delincuencia organizada que no operan con una clara finalidad de modificar el orden político, independizar algún territorio o imponer una visión religiosa. Se trata de una finalidad de terrorismo que lucha por evitar su persecución penal, el control de algún tipo de comercio o la modificación de ciertas condiciones legales. Así, por ejemplo, Pablo ESCOBAR, líder del denominado cartel de Medellín, en la década de los años ochenta hizo explotar carros bomba cargados de dinamita, que destruyeron el edificio de inteligencia estatal en Bogotá; devastó la sede de uno de los periódicos más importantes del país; atacó las propiedades de miembros del

⁴⁴⁴ Desde la Mano Negra andaluza a principios del siglo XX, hasta los días actuales con el grupo ETA que procura la independencia del país vasco, con marcada tendencia socialista. Sobre el tema, una voz autorizada es la de LAQUEUR, Walter, (1990), *Terrorismo*, Madrid, Espasa Calpe, *pasimm*.

⁴⁴⁵ De hecho, se procura darle otra denominación a esta forma de terrorismo, cuyo concepto ofrece cada vez contornos más difusos. Así lo reconoce RIVAS NIETO, Op. cit., p. 49.

⁴⁴⁶ PAWLIK, Op. cit., p. 143.

cartel de Cali; e hizo estallar un avión en vuelo, entre otros actos, para alcanzar objetivos bien diversos⁴⁴⁷.

Pero también se ha reconocido la existencia del terrorismo de Estado, esto es, aquel que el propio gobierno utiliza para inducir el miedo en la población o atacar subrepticamente a los grupos rebeldes⁴⁴⁸.

Como se ve, de las diferentes tipologías de terrorismo, solo una persigue la modificación del orden constitucional. De tal manera que, desde la perspectiva única y limitada del mencionado interés, la sanción de las restantes formas de terrorismo sería

⁴⁴⁷ En su orden, diezmar las fuerzas de seguridad del Estado en su persecución; acallar a los medios de comunicación en sus señalamientos; reducir a la “competencia” en su lucha por el monopolio de las rutas del narcotráfico; o acabar con la vida de un candidato presidencial que se comprometía en la lucha contra las drogas.

⁴⁴⁸ Tal es el caso de los GAL en España y, según se ha afirmado, las AUC en Colombia. El profesor OLÁSULO incluye en esa categoría a las dictaduras que en el cono sur de América Latina actuaron en lo que se denominó “Plan Cóndor”. OLÁSULO ALONSO, Héctor, (2015), *Introducción al Derecho Penal internacional*, Bogotá, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, apartado 5.5. Por su parte, SANGUINO CUELLAR cataloga como terrorismo de Estado el hundimiento de un barco de Greenpeace por parte de la Dirección General de la Seguridad Exterior (DGSE) de Francia en 1985, durante su paso por el puerto de Auckland, Nueva Zelanda. Cfr. SANGUINO CUÉLLAR, Kenny, (2017), “La resocialización de terroristas en España: una experiencia para Colombia”, en: *Crimen organizado, corrupción y terrorismo*, PELÁEZ MEJÍA, José (coord.), Cúcuta, Editorial Jurídica Ibáñez-Universidad Libre de Cúcuta, p. 381. A su vez, NIÑO GONZÁLEZ incluye allí, además, a los sistemas teocráticos de medio oriente. Cfr. NIÑO GONZÁLEZ, César Augusto, (2017), *El terrorismo como régimen internacional subterráneo: más allá de una lógica convencional*, Bogotá, Ediciones Universidad Santo Tomás de Aquino, p. 49. Este autor describe al terrorismo de Estado como una forma de ejercer el poder del Estado de tal manera que permite o impone, a fin de crear temor general, la aplicación de manera subrepticia, dispersa e imperceptible —incluidas personas inocentes—, de medidas de coacción extrañas al ordenamiento jurídico establecido.

ilegítima. De hecho, lo que busca el terrorismo de estado es el mantenimiento del orden de cosas vigente, no su modificación⁴⁴⁹.

En cuanto al terrorismo político, LAQUEUR le ha adjudicado las siguientes características: i. sus antecedentes carecen de interés; ii. es uno de los problemas más importantes y peligrosos para la humanidad; iii. el terrorismo es una respuesta a la injusticia: si hubiera justicia política y social no habría terrorismo; iv. el único sistema conocido de disminuir el terrorismo es la reducción de agravios, tensiones y frustraciones que están presentes en su origen; v. los terroristas son fanáticos empujados a la desesperación por condiciones intolerables, su inspiración es profundamente ideológica; y vi. el terrorismo puede darse en cualquier sitio⁴⁵⁰.

Puede que no se compartan plenamente estas características, pero es necesario detenerse en el tercer rasgo, según el cual el terrorismo es una respuesta a la injusticia. Por lo menos desde la perspectiva de quien lo ejecuta⁴⁵¹. Esta conclusión no resulta exótica. La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que lo cuestionable en el terrorismo no son los fines que persigue, sino los métodos utilizados⁴⁵². Los fines pueden ser, incluso, como ya se describió, coincidentes con los de la rebelión. El terrorista puede perseguir una finalidad política.

De hecho, en Colombia, tal como lo afirma ALVARADO BUSTOS, el delito político ha tenido diversas concepciones a partir de la historia, pues “las acciones de los grupos insurgentes son derivadas de programas y principios políticos, como también el tratamiento

⁴⁴⁹ Por eso la Corte Suprema de Justicia colombiana no ha admitido la rebelión como delito atribuible a las Auto Defensas Unidas de Colombia, AUC.

⁴⁵⁰ LAQUEUR, Op. cit., p. 26.

⁴⁵¹ Dice REINARES: “toda violencia es legítima para alguien”. REINARES, Op. cit. p. 32.

⁴⁵² C-009/95.

que el Estado le ha dado al combatiente, rebelde o terrorista según la época”⁴⁵³. Esto quiere decir que, un grupo puede ser fácilmente catalogado, conforme el momento histórico y las circunstancias, de terrorista o de rebelde.

No es gratuito que, para el gobierno estadounidense, hasta hace poco Nelson Mandela, premio Nobel de paz y líder sudafricano contra el apartheid, haya sido considerado un terrorista⁴⁵⁴. Lo propio ocurre con la apología pues, como señala SÁNCHEZ-OSTIZ, “la apología se presenta como un reducto de los delitos políticos en nuestro tiempo”⁴⁵⁵.

En particular, se ha dicho que “al rebelde no se le sanciona, en el contexto de esa ideología, por los proyectos que busca realizar, sino por los medios que emplea en esa búsqueda”. De tal suerte que, “las declaraciones de Filadelfia, Virginia y Francia recogen un legado ideológico que puede resumirse así: la disensión y la heterodoxia no son delitos sino derechos. Al discrepante armado se le debe sancionar por armado, pero no por discrepante”⁴⁵⁶.

Todo lo afirmado es relevante en relación con el terrorista político. Pero, lo que aquí se ha analizado no es la posible sanción de quien ejecuta el acto terrorista, sino de quien le enaltece o justifica. Y aún habría que distinguir entre quien ensalza el método y quien simplemente alaba el fin. El primero no lesiona por esta vía y directamente el orden constitucional; y quien se ocupa del fin no debería ser perseguido por el Derecho Penal.

⁴⁵³ ALVARADO BUSTOS, Bibiana, (2012), *De altruistas a terroristas*, tesis magistral, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, p. 25.

⁴⁵⁴ Véase: <https://goo.gl/PyVQAn>. Consultado en octubre de 2016

⁴⁵⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, (2006), “La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho Penal del enemigo”, en: *Derecho Penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, (coord.), Madrid, Edisofer, p. 897.

⁴⁵⁶ Cfr. C-456/97 y, particularmente, el salvamento de voto del magistrado Carlos GAVIRIA DÍAZ.

En efecto, la Carta Política de los diferentes Estados, incluido el colombiano, no es estática. Es más, regula los mecanismos según los cuales puede ser modificada⁴⁵⁷. A lo anterior debe agregarse que, al seguir esa misma ideología, la misma Constitución otorga un trato más benévolo al delincuente político (rebelde o sedicioso)⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ Título XIII de la Constitución Política de Colombia.

⁴⁵⁸ Así, la Corte Constitucional ha reconocido que “La Carta Política le ha dado un tratamiento privilegiado al delito político en consideración a los fines altruistas de mejoramiento social que subyacen a él. Ese tratamiento privilegiado consiste en la concesión de amnistías e indultos a los autores o partícipes de tales delitos y en la exclusión, entre las inhabilidades para ocupar altas dignidades estatales, de la existencia de condenas por delitos políticos”. Cfr. Sentencia C-695/02. Por ejemplo, se observan las siguientes normas constitucionales sobre la materia:

- a. El artículo 35 establece que no procederá la extradición por delitos políticos.
- b. En el artículo 150.17, que faculta al Congreso de la República para conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos y según el cual, en caso de que los favorecidos fueren eximidos de responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a la indemnización a que hubiere lugar.
- c. En el artículo 179.1, que dispone que no podrán ser congresistas quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
- d. En el artículo 201.2, según el cual le corresponde al Gobierno, en relación con la Rama Judicial, conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de tal facultad.
- e. En el artículo 232.3, al disponer que para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere, entre otras cosas, no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

En conclusión, no puede decirse que la subversión del orden constitucional sea el único interés objeto de protección, cuando se trata de la apología del terrorismo⁴⁵⁹.

Al parafrasear a LAURENZO COPELLO⁴⁶⁰, se ha de decir que, aun de aceptarse algún rasgo de peligrosidad de esta conducta, ella se aleja tanto de los bienes que pretende proteger que lo que explicaría su punición sería más bien el rechazo moral que generan⁴⁶¹.

-
- f. En el artículo 299, al ordenar que para ser elegido diputado se requiere, además de otras exigencias, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos.

⁴⁵⁹ Por otras razones diferentes, llega a la misma conclusión ASUA BATARRITA, Adela, (2006), “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal. Delitos de terrorismo, finalidades terroristas y conductas periféricas”, en: *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, CANCIO MELIÁ-GÓMEZ-JARA DIEZ (coord.), Buenos Aires, B. de F. Editores, p. 274. Dice: “En cuanto al ‘orden constitucional’, las posibilidades de modificación de la ordenación política, la pretensión de cambios constitucionales, es legítima siempre que se desarrolle por los cauces legalmente previstos, por lo que solo cabe entenderlo como el orden de los mecanismos democráticos. El terrorismo de motivación política es claro que se opone a estos mecanismos mediante el ‘atajo’ ilegítimo de la atemorización a través de sus crímenes. Pero esa atemorización conforma ya la afectación de la paz pública, por lo que cualquiera que sea la finalidad política no añade un plus a esta”.

⁴⁶⁰ LAURENZO COPELL, Patricia, (1996), “Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia”, en: *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Madrid, Escuela Judicial, p. 265. Agrega que “todo ello a costa de una profunda —y, en mi opinión, injustificada— limitación de los derechos fundamentales de opinión y expresión”.

⁴⁶¹ Y si de comportamientos que puedan estimarse inmorales se trata, conviene recordar lo dicho por VIVES ANTÓN, para quien “no es necesario destacar más el peligro que pueden ocasionar la tutela moral de los ciudadanos por el Estado y la intolerancia general. Toda concepción según la cual se interprete la limitación por la ley moral de la garantía constitucional al libre desarrollo de la personalidad otorgando al legislador el poder de combatir mediante la amenaza penal meras immoralidades, será contraria a los principios materiales del Estado de derecho”. Ver VIVES ANTÓN, Op. cit., p. 410.

Ahora bien, la situación se hace un poco más compleja cuando a quien se enaltece ya no realiza actos terroristas. Piénsese en aquellos miembros de ETA, IRA o de FARC que, a la fecha de concluir este trabajo, ya hacen parte o, por lo menos, aspiran a hacer parte de la vida política. ¿Cómo podría subvertir el orden constitucional quien hizo parte de alguna de esas agrupaciones y, desde su participación en los organismos del Estado, incluso elegido democráticamente, redunde en su fortalecimiento?⁴⁶². En esos casos, coincidimos con CANCIO MELIÁ en que quedaría disuelta cualquier posible lesividad al bien jurídico⁴⁶³.

4.3.2.1.2. Principio de certeza o seguridad jurídica

Este principio exige que el ciudadano conozca con precisión en qué circunstancias se le va a exigir responsabilidad, así como las consecuencias jurídicas de tal comportamiento⁴⁶⁴.

Con esto en mente, conviene resaltar los elementos y rasgos generales del tipo penal de apología del terrorismo, según lo dicho en páginas previas, así como algunos de los casos más significativos de los que ha tenido conocimiento el Tribunal Supremo español en esta materia.

Uno de los elementos nodales en el tipo penal estudiado es el de *terrorismo*. Identificar si estamos ante uno de estos actos, por lo menos en Colombia, exigiría delimitar que la conducta reprochada se concreta en actos que causan estragos y con entidad suficiente para generar zozobra en la población o en un sector de ella.

⁴⁶² Por ejemplo, Rodrigo LONDOÑO JIMÉNEZ, dirigente del grupo FARC conocido como “Timochenko”, tiene en su contra varias condenas, una de ellas a treinta y un años de prisión por terrorismo y homicidio agravado, confirmada por la Corte Suprema de Justicia. Cfr. <https://goo.gl/nM1j5V> consultado en diciembre de 2017. Recientemente “Timochenko” ha dado a conocer sus aspiraciones políticas.

⁴⁶³ CANCIO MELIÁ, en: CUERDA RIEZU, Op. cit., p. 65.

⁴⁶⁴ DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad...* Op. cit., p. 146.

Como se observó en el apartado respectivo, la determinación de si un acto en concreto corresponde a terrorismo o a un hecho de diferente naturaleza no resultaría fácil en este país. Como es sabido, existe desde hace varios años en Colombia un conflicto armado no internacional, por lo que no es fácil deslindar un delito cometido en desarrollo —con ocasión del conflicto— y un acto terrorista. Aun si se admite la inexistencia de dicho conflicto, cierto es que existen diversos grupos rebeldes que buscan la modificación del orden constitucional vigente. Etiquetar a dichos grupos como terroristas, delincuentes políticos o actores de un conflicto armado no es tarea fácil. De hecho, La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha admitido concurrentes los delitos de rebelión y terrorismo⁴⁶⁵.

Sucede, entonces, que el terrorismo también puede ser usado como arma de combate, esta vez, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, en cuyo caso, como explican PÉREZ CEPEDA y OLÁSOLO, deberían aplicarse las normas del Derecho Internacional Humanitario, en tanto que son fenómenos distinguibles, pero no por ello excluyentes⁴⁶⁶. Esta tesis se opone a la de FAKHOURI GÓMEZ, para quien el *auténtico terrorismo* es aquel que consiste en una infracción al DIH⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación penal: sentencia del 7 de mayo de 2010, radicado 31510, M.P. Augusto IBÁÑEZ GUZMÁN; auto del 27 de septiembre de 2005, radicado 24186, M.P. Alfredo GÓMEZ QUINTERO; sentencia del 7 de marzo de 2007, radicado 23825, M.P. Javier ZAPATA ORTIZ; auto del 18 de julio de 2007, radicado 27793, M.P. Javier ZAPATA ORTIZ; entre otros.

⁴⁶⁶ OLÁSOLO, Héctor y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, (2008), *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 226.

⁴⁶⁷ Particularmente, la definición que refiere es que el *auténtico terrorismo* consiste en la infracción al DIH por parte de una de los miembros de un conflicto armado, que consiste en el ataque a bienes jurídicos personalísimos de civiles no involucrados en ese conflicto, con el fin de ser influyente sobre terceros y, así, obtener un resultado en la esfera política. Cfr. FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, (2014), “¿Guerrilleros? ¿Terroristas? Implicaciones de cara a la paz”, *XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Procesos de paz: Derecho Penal y justicia transicional*, BERNAL CUÉLLAR, Jaime (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 92.

En consecuencia, la denominación de un acto como terrorista es una labor bastante compleja. De allí que la Corte Constitucional colombiana haya reconocido la textura abierta del artículo 343, que describe y sanciona al terrorismo, tras indicar que se trata de un “delito dinámico” fruto de “nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales”⁴⁶⁸. Según lo dicho, corresponde al intérprete evaluar cuándo estamos ante un acto terrorista y cuándo es, por ejemplo, un acto rebelde (político) o una conducta ejecutada con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno.

Pero, si a eso le sumamos que se ha de valorar qué puede estimarse como justificación o enaltecimiento al terrorista o a sus actos, la tarea se hace aún más vaporosa. En el contexto español analizamos varios casos que llegaron al Tribunal Supremo, la mayoría de los cuales fueron estimados como apología. Entre ellos están: llevar la figura de los presos etarras en las fiestas patronales, la ubicación de sus fotografías en las comparsas, enarbolar una bandera de ETA en un estadio de fútbol o retuitear una imagen. No lo sería, a juicio de esa Corporación, las manifestaciones de cariño de una autoridad pública hacia las personas privadas de la libertad por razón del terrorismo, de quienes afirmó, se trataban solo de delincuentes políticos.

Así, el sensible límite que existe entre cierta clase de terrorista (no todos, como ya se advirtió previamente) y el delincuente político hace compleja la tarea de establecer cuándo se elogia a un idealista y en qué circunstancias a un perpetrador de actos de terror. Como reconoce la Corte Suprema, pueden existir rebeldes que ejecutan actos terroristas y lo reprochable no es la finalidad, sino los métodos utilizados, según se indicó previamente.

Por esa misma vía habría de preguntarse, ¿en qué momento se elogia al terrorista y en qué momento al idealista? ¿Podría elogiarse a una persona por otro *rol* diferente al de terrorista (buen padre, estudiante, generoso amigo, etcétera)? ¿Cómo elogiar a una persona sin consideración a sus actos? ¿Cómo defender los derechos de alguien sin, de alguna

⁴⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL C-127/93, M.P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO.

forma, tratar de justificar su actuar?⁴⁶⁹ ¿Cuándo se justifica al terrorista y cuándo se reclaman legítimamente sus derechos?

De este modo, ondear una bandera con algún símbolo es apología del terrorismo pero que una autoridad territorial declare solidaridad y cariño hacia unos “presos políticos” privados de la libertad, precisamente por terrorismo, no lo es. Parece que queda, entonces, en manos del intérprete solucionar este complejo asunto. Lo que conduce, en últimas, a considerar que se da una escasa seguridad jurídica y que el asunto entra en el grisáceo mundo de las valoraciones.

A lo anterior hay que agregar los problemas derivados de si se ha de exigir una declaratoria de responsabilidad penal previa en contra de las personas a quienes se alaba. En otras palabras, ¿es necesario que el terrorista esté condenado previamente? ¿Y si es amnistiado o indultado? ¿O si ya cumplió la pena?

Este aspecto resulta completamente viable, dado que, si como mencionamos en acápites precedentes, se ha reconocido la cercanía que existe entre los actos terroristas y los delitos políticos, no resultaría extraño, en diversos contextos normativos⁴⁷⁰, que a alguien señalado de cometer tales conductas se le conceda amnistía. En España el asunto podría resultar, por lo menos, paradójico. Quienes cometieron el homicidio en contra de Carrero

⁴⁶⁹ Sobre esta específica pregunta, reflexiona el profesor de la Universidad de Antioquia, MUÑOZ TEJADA, “que el panorama es aún más desolador, pues no solo se criminaliza la protesta social a partir del tipo penal de rebelión, sino también la mera crítica o el ejercicio de actividades lícitas (como la abogacía). En este orden de ideas, asumir la defensa técnica de una persona sindicada de delitos como terrorismo o concierto para delinquir, traslada la etiqueta de delincuente del procesado al abogado que promueve su defensa”. Su reproche se fundamenta en rótulo asignado por defender en juicio a unos estudiantes de esa universidad pública. Cfr. MUÑOZ TEJADA, Julián, “El delito político, la política criminal y la criminalización de actividades lícitas en Colombia”, *Diálogos de Derecho y Política. Revista electrónica*, n.º 1, año 1, Medellín, agosto de 2009, p. 11. Disponible en www.udea.edu.co Consultado en agosto de 2013.

⁴⁷⁰ Dado que el calificativo de “terrorista”, a quien se le justifica o alaba, no solo se predica en la normatividad de un determinado país, sino que cada vez adquiere más relieve internacional.

Blanco, señalados de cometer ese acto terrorista, fueron amnistiados⁴⁷¹. Pero a quien hace algún tipo de broma de mal gusto sobre ese hecho, como en el caso Cassandra, se le condena. Es decir, quienes causaron la muerte del miembro del gobierno franquista quedaron impunes y a quienes se refieren con escaso humor a un hecho ocurrido hace más de cuarenta años se les impondrán penas de prisión, con otras consecuencias adversas⁴⁷².

Todo esto sin perjuicio de reconocer que estamos ante lo que se denominarían delitos de opinión, cuyos efectos tocan necesariamente con la libertad de expresión, por lo que se haría necesario saber cuándo estamos ante un ejercicio regular de ese derecho y cuándo ante un abuso del mismo. Sobre esto, se volverá más adelante.

De cualquier forma, lo que se observa en precedencia es que, dada la construcción típica del delito tantas veces mencionado, no puede resultar claro para el ciudadano en qué momento está dentro o fuera del ámbito de reproche penal. De tal suerte, como sostienen BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y PÉREZ CEPEDA, los conceptos jurídicos indeterminados afectan la seguridad jurídica y, además, “posibilitan un amplio margen de maniobra para las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado”⁴⁷³. A lo anterior debe agregarse una latente posibilidad de restringir derechos, no solo el de libertad de expresión, sino también el derecho a la libertad de locomoción por privación de libertad o la intimidad al ejecutar ciertos actos de investigación.

⁴⁷¹ Ley 46/1977, de 15 de octubre. BOE-A-1977-24937. Debe decirse que, de conformidad con el inciso final del artículo 1, también serían objeto de amnistía los delitos conexos a los allí mencionados. El artículo segundo dice textualmente: “En todo caso, están comprendidos en la amnistía: (...) d) los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación”.

⁴⁷² Todo parece indicar que ha perdido la beca y, por su inhabilitación, la posibilidad de cumplir su aspiración de ejercer la docencia. Al respecto <https://goo.gl/3c7p5N>. consultado en abril de 2015.

⁴⁷³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Lección 7. La actual legislación penal española”, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, PÉREZ CEPEDA, y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, (2015) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Op. cit., p. 239.

Tal como afirma FAKHOURI GÓMEZ⁴⁷⁴, la autoridad moral del Estado, así como de la comunidad internacional —se agrega—, queda en entredicho cuando se pretende combatir y sancionar por algo que ni siquiera tienen claro unos y otros. En consecuencia, este nivel de racionalidad ética, por lo que concierne a los dos principios señalados, no sería superado por una propuesta normativa que así se hiciera en Colombia.

4.3.2.2. Racionalidad teleológica

En este segundo nivel, se ha de verificar, a través del debate y confrontación entre las diversas posturas sociales y políticas contrapuestas, que se haya alcanzado un consenso básico acerca de los objetivos que se pretenden lograr con la decisión legislativa o, en su defecto, una decisión claramente mayoritaria al respecto. Entre estos objetivos han de estar, la definición de los bienes jurídicos o intereses objeto de tutela, el ámbito normativo y el nivel de protección que se aspira alcanzar con la medida, entre otros aspectos⁴⁷⁵.

Lo que se pretendería alcanzar con una propuesta normativa de esta estirpe es, como en el modelo español, la represión de quienes brindan su “apoyo a actuaciones criminales muy graves”, según reza la exposición de motivos en el país ibérico. Pero, para tal fin, debe existir un consenso sobre el tratamiento de los terroristas. Ya algo se ha anticipado sobre las dificultades en cuanto a la ubicación jurídica de quienes han venido ejecutando dichos actos. Terroristas, partes del conflicto armado o delincuentes políticos: la dificultad más

⁴⁷⁴ FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, (2014), *¿Qué es el terrorismo? Un intento de ponerle sábana al fantasma*, Bogotá, Editorial Ibáñez, Universidad de Los Andes, p. 77.

⁴⁷⁵ Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos “las restricciones autorizadas [por la Convención Americana de DDHH] para la libertad de expresión deben ser las necesarias para asegurar la obtención de ciertos fines legítimos, es decir, que no basta que la restricción sea útil para la obtención de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir, que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 79.

evidente en este ejercicio de clasificación se relaciona con los miembros de grupos subversivos como las FARC o el ELN.

Esta difícil escisión entre el delito político de cierta clase de terrorismo ha conducido a que algunos medios de comunicación se encuentren en la compleja tarea de tratar de referirse a determinados grupos con alguna neutralidad en el lenguaje. Así, el diario *El Tiempo*, sobre el particular, advierte a sus comunicadores que “se usará la calificación de ‘acto terrorista o de terror’ para designar toda acción cuyo objetivo sea causar pánico entre civiles”. Sin embargo, señala que “habida cuenta de lo complejo del carácter de los grupos armados y de lo político en la definición, que cambia con el tiempo y los intereses, el periódico no adoptará, por lo pronto, la calificación de ‘terroristas’ para designarlos”⁴⁷⁶.

Esta actitud neutralista es rechazada —e incluso parodiada— por el periodista y asesor del expresidente Uribe, José Obdulio Gaviria. Según él, dicho manual “trae de inmediato a la memoria los escritos de los intelectuales españoles, particularmente los vascos, porque ellos han dado una gran batalla contra las diversas expresiones de las corrientes legitimadoras de la violencia”⁴⁷⁷. Sin embargo, al tratar de encontrar el rótulo adecuado para los integrantes de las FARC o el ELN, también se les ha enunciado como delincuentes políticos. De hecho, en este preciso instante se debate en el Congreso de Colombia la forma de inclusión a la vida política del grupo denominado FARC⁴⁷⁸.

En ese sentido, la prensa colombiana registra que:

“mientras avanza la negociación, el país deberá definir cuáles delitos considerar conexos al delito político, qué hacer con los guerrilleros que

⁴⁷⁶ EL TIEMPO, “Conflicto armado y terrorismo: manual de cubrimiento del periódico”, *El Tiempo*, 6 de noviembre de 2003, Bogotá.

⁴⁷⁷ GAVIRIA VÉLEZ, José Obdulio, (2005), *Sofismas del terrorismo en Colombia*, Bogotá, Editorial Planeta, p. 175.

⁴⁷⁸ EL TIEMPO. Disponible en: <https://goo.gl/5ismKU>. Consultado en julio de 2013.

tengan condenas (toda la cúpula de las FARC), cuya participación en política prohíbe la Constitución, y qué tratamiento dar a quienes hayan cometido graves violaciones del derecho internacional”⁴⁷⁹.

Si aún se discute si a ciertos terroristas se les puede dar la condición de delincuente político, menos probable resulta ponernos de acuerdo acerca de si se debe penalizar, cómo y en qué condiciones a quien ensalza o justifica sus comportamientos⁴⁸⁰.

Pero este no es asunto de complejidad exclusiva para la prensa colombiana. Stephen PADDOCK asesinó a cincuenta y ocho personas durante un concierto al aire libre en Las Vegas, Estados Unidos. Días después, Saifullo SAIPOV mató a ocho en Manhattan. Este fue calificado como un acto terrorista, no así aquel. La diferencia fue que al uzbeko SAIPOV, de origen musulmán, se le escuchó decir, “Allahu Akbar”, lo que ha sido traducido como “Dios es grande”. Este caso es resaltado por Arsalan IFTIKHAR para señalar que existe un doble estándar para calificar lo que es terrorismo⁴⁸¹. Una suerte de sesgo que se percibe, según afirma con ocasión de estudios hechos por la Universidad Estatal de Georgia, en el cubrimiento que los medios otorgan cuando un ataque es hecho por un musulmán, muy a pesar de que, por ejemplo, el caso de Paddock pudiera estar inspirado en razones de supremacía blanca o extremismo cristiano⁴⁸².

⁴⁷⁹ REVISTA SEMANA, “Diez puntos clave del proceso”, edición del 18 de octubre de 2012. Disponible en: <https://goo.gl/HKdtnn>. Consultado en agosto de 2014.

⁴⁸⁰ La secretaria de Estado de Estados Unidos, Condoleezza RICE, por ejemplo, fue muy cuidadosa en el calificativo otorgado a las FARC, muy a pesar de haber servido al presidente de ese país George W. BUSH. Así, en un libro suyo evita referirse a ese grupo como *terroristas* y, en su momento, solo lo pone en boca de un miembro del ejército. RICE, Condoleezza, (2017), *Democracy. Stories from the long road to freedom*. Nueva York, Hachette work group, p. 253.

⁴⁸¹ IFTIKHAR, Arsalan, “The ‘Allahu Akbar’ Double Standard of Terrorism”, *The Bridge Initiative*, Universidad de Goergetown, noviembre de 2017. Disponible en: <https://goo.gl/Yxqit7>.

⁴⁸² Aunque no es el propósito en este apartado examinar la racionalidad en España, no deja de llamar la atención el doble estándar con el que también pueden estar siendo tratados determinados

Este doble estándar no es más que un reflejo de lo especulativo y subjetivo que resulta aún calificar lo que es terrorismo de lo que no lo es. La trascendencia de este aspecto no solo tiene que ver con la seguridad jurídica demandada para enjuiciar a quienes cometen los actos calificables como terrorismo, sino con las conductas a ellos asociadas. Tal es el caso de la apología al terrorismo. Si, como hemos dicho, se pudiera reconocer que actos como el de Pablo ESCOBAR, al poner un coche bomba frente a un edificio de inteligencia en Bogotá, es terrorismo, asimismo se debería preguntar si, ¿una valla ubicada en pleno centro de Madrid, de una figura evidentemente alusiva al jefe del cartel de Medellín, que desea una blanca Navidad⁴⁸³, no se ha de considerar enaltecimiento de un terrorista? ¿No podría ser una forma de humillar a sus centenares de víctimas, que incluyen magistrados, jueces y hasta un ministro? Allí, solo silencio⁴⁸⁴.

De ahí que, el trato que recibirían aquellos que ensalcen “autores de crímenes graves”, como dice la exposición de motivos de la norma analizada, nos lleva por irresolubles senderos, dada la indeterminación del concepto y el consenso que podríamos tener sobre lo que es reprochable y lo que no pasa de ser una curiosidad.

asuntos. Así, por ejemplo, la detención y procesamiento de dos titiriteros, luego sobreseídos, por su obra “La Bruja y Don Cristóbal, relacionada con ETA; pero nada se ha dicho sobre la película “Fe de Etraras”, recientemente difundida por Netflix, sobre el mismo tema. Se esperaría que nada tenga que ver con que, en este último caso, esté detrás una multinacional, mientras que en aquel, un par de marionetistas. La misma discusión se podría plantear en relación con las víctimas de Francisco Franco quien, aún en tiempos recientes, sigue teniendo voces de respaldo y cuyo punto de discusión se orienta a catalogar su régimen como terrorismo de Estado. Eso habla del difícil consenso sobre el tratamiento de la apología, en el plano de la racionalidad teleológica.

⁴⁸³ Véase: <https://goo.gl/vYN5Tx>. Consultado en diciembre de 2017.

⁴⁸⁴ En realidad, hubo algo más que silencio frente a ese cartel: “el Ayuntamiento de Manuela Carmena ha decidido mantenerlo. En un escrito dirigido a la Embajada de Colombia en España, argumenta que la ordenanza municipal se cumple”. Véase: <https://goo.gl/57rAfJ>. Consultado en diciembre de 2017.

4.3.2.3. Racionalidad pragmática

Corresponde en este momento ajustar los objetivos trazados en la etapa anterior con las posibilidades reales de alcanzarlos. Esto es, que la decisión legislativa prevea los medios jurídicos y materiales necesarios para alcanzar el fin normativo propuesto. Se trataría pues de una cuestión de eficacia de la norma con relación medio-fin⁴⁸⁵. Esta eficacia debe ser considerada en términos reales y no meramente simbólicos⁴⁸⁶.

Si lo que se busca es suprimir cualquier apoyo anímico a los actos terroristas, debe recordarse que en Colombia podríamos anticipar los efectos de una norma como la pensada con una simple mirada al pasado reciente de este país. El Decreto 2535 del 21 de septiembre de 1955 ya hacía reprochables comportamientos análogos al presente, al afirmar que estaba prohibida,

toda publicación en la cual se dé cuenta de hechos que afecten el orden público, o que directa o indirectamente configuren o traten de configurar hechos de violencia como producto del sectarismo o de la pasión política o de provocar o estimular la perturbación del orden público o la violencia política⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, Op.cit., p. 180.

⁴⁸⁶ Así, sostiene LOPERA MESA, Gloria, (2005), “El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia penal colombiana)”, *Nuevo foro penal*. n.º 67, Medellín, Eafit, pp. 48-49.

⁴⁸⁷ Sobre una descripción abundante de los hechos que rodearon esta época, puede verse a COTE BARCO, Gustavo, (2010), *Derecho Penal del enemigo en la violencia (1948-1966)*, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, p. 221. Explica el profesor Cote: “El sujeto que se expresa, manifiesta y propone alternativas que se salen de lo comúnmente aceptado por las élites políticas tradicionales, es un sujeto peligroso del cual no es dable esperar un comportamiento permanente conforme a derecho (se asume como partidario de la rebelión, del desorden y de la Violencia) (...). En consecuencia, para el Derecho Penal de excepción que se produce durante la

Como se mencionó anteriormente, durante la presidencia de Julio Cesar TURBAY AYALA y con ocasión de un estado de excepción que se había decretado el 6 de septiembre de 1978, se expidió el Decreto 1923 de ese año, al que se le denominó como Estatuto de Seguridad. Este texto normativo fue promulgado por el mandatario, dado que era “indispensable adoptar medidas de seguridad para mantener el orden social y la paz en el territorio de la República”⁴⁸⁸. En dicho decreto se incrementaron las penas para delitos relacionados con secuestro, rebelión, terrorismo, amenazas y porte de armas de fuego. Igualmente, fueron sancionadas conductas que fuesen ejecutadas por quienes

ocupen transitoriamente lugares públicos, o abiertos al público, u oficinas de entidades públicas o privadas, con el fin de presionar una decisión de las autoridades legítimas, o de distribuir en ellas propaganda subversiva o de fijar en tales lugares escritos o dibujos ultrajantes o subversivos o de exhortar a la ciudadanía a la rebelión⁴⁸⁹.

Para la investigación y juzgamiento de estos comportamientos, se otorgó competencia a la justicia penal militar, sin consideración a si la conducta era ejecutada por un civil o un miembro de la fuerza pública, por “el procedimiento de los consejos verbales de guerra”⁴⁹⁰. Adicionalmente, se facultó al Ministerio de Comunicaciones para sancionar a quienes transmitan “por las estaciones de radiodifusión y por los cables de televisión informaciones, declaraciones, comunicados o comentarios relativos al orden público, al cese de actividades o a paros o huelgas o noticias que inciten al delito o hagan su

Violencia, el disidente político pierde la categoría de persona y es abordado como un enemigo (...).”

⁴⁸⁸ Considerandos del Decreto 1923 de 1978.

⁴⁸⁹ *Ibidem*. Artículo 7.

⁴⁹⁰ *Ibidem*. Artículo 9.

apología”⁴⁹¹. De igual forma, esta entidad podría suspender las licencias de radiodifusión concedidas a particulares.

Vale precisar que el Decreto, una vez promulgado con la firma del Presidente de la República y la firma de todos sus ministros, recibió críticas de muchos sectores. Uno de los periódicos más influyentes, *El Espectador*, afirmó en su editorial a la mañana siguiente: “No vamos, pues, a prestarle al gobierno el flaco servicio de hacer alabanzas irreales sobre un estatuto que es tan severo para tapan la inconformidad colectiva como ingenuo para frenar a los corruptos y maleantes”⁴⁹².

El entonces director de *El Tiempo*, otro de los diarios más representativos del país, escribió:

*“Las drásticas medidas de orden público, no son sino el paso previo, indispensable a las de orden económico que ahora se vienen encima (...). Para aplicar la libertad de precios que ya anunció el gobierno, tiene que afilar previamente los instrumentos coercitivos que controlen la protesta popular que producirá cualquier aumento generalizado de la carestía”*⁴⁹³.

Como paréntesis, a fin de contextualizar la descripción precedente, debe recordarse que Colombia estaba regida por la Constitución Nacional de 1886, de corte republicano, con marcada tendencia al respaldo del estado de derecho y en las que las facultades para declarar los estados de sitio (de excepción) eran generosas. En ese entonces, el control de la constitucionalidad de las leyes recaía en la sala plena de la Corte Suprema de Justicia.

Por parte de varios ciudadanos fue presentada demanda de inconstitucionalidad en contra del mencionado Decreto 1923 ante la Corte Suprema de Justicia. En sentencia del 30 de octubre de 1978, esa Corporación determinó que las expresiones “propaganda

⁴⁹¹ *Ibidem*. Artículo 13.

⁴⁹² EL ESPECTADOR, editorial del 8 de septiembre de 1978.

⁴⁹³ EL TIEMPO, columna denominada “Contraescape”, domingo 10 de septiembre de 1978.

subversiva” y “dibujos ultrajantes o subversivos” carecían de definición objetiva, por lo que la vaguedad de la noción quebrantaba la Constitución de aquel entonces. En lo restante, el Decreto fue declarado ajustado a la Carta.

Dado que el mencionado decreto pasó, con algunas salvedades, el análisis respecto de su coherencia con la Constitución de aquel entonces, se pueden evaluar algunos de los efectos que tuvo su vigencia.

De acuerdo con ITURRALDE, el gobierno de aquel entonces justificó dicha medida en razón a la proximidad al primer aniversario de la huelga del 14 de septiembre, la cual había sido reprimida “con brutalidad y que había causado un profundo resentimiento entre los sindicatos”⁴⁹⁴; la conmemoración, entonces, podría “ocasionar desórdenes públicos”⁴⁹⁵. Esto trajo como consecuencia, según se afirma, la detención de estudiantes universitarios, la prohibición de manifestaciones públicas, la invasión de las calles por las tropas, el cierre de la Universidad Nacional y la detención de unas ocho mil personas “por razones políticas”. De igual manera, se presentaron denuncias por abusos militares y torturas cometidas en contra de activistas de izquierda y estudiantes, hechos que fueron confirmados posteriormente por una comisión parlamentaria⁴⁹⁶.

Este recuento nos permite arribar a dos conclusiones. La primera, que estas medidas son un instrumento que en algunos casos puede conducir a la represión de la disidencia política. En segundo término, que las medidas —en una lectura luego de transcurridos varios lustros— no tuvieron ningún efecto sobre lo que se pretendía incidir. En concreto, si lo que se buscaba era la eliminación de los grupos subversivos, parece que el efecto producido fue radicalmente opuesto. De hecho, uno de los periodos en los que se produjo mayor incremento de miembros de las fuerzas rebeldes fue este. Por ejemplo, las FARC

⁴⁹⁴ ITURRALDE, Op. cit., p. 76.

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 80.

contaban a inicios de 1978 con 1165 efectivos; durante el gobierno de TURBAY AYALA, el número de miembros fue de 1840, lo que significó un incremento del 58 %⁴⁹⁷.

Por lo tanto, en lo que se refiere a la posibilidad de reprimir al terrorismo y a quienes lo respaldan, parece que medidas como la presente no tendrían el efecto disuasorio esperado. Pero este análisis no es solamente en el contexto colombiano. Precisamente, en tiempos de IRA, Roy MASON fue designado por el gobierno británico como secretario para Irlanda del Norte hacia finales de la década de los setenta. Su política de represión se resumía en la expresión que en algún momento utilizó: “exprimiría como una pasta dental” (a los terroristas de IRA), por lo que hizo varias propuestas en temas carcelarios e, incluso, recomendó la censura en medios de comunicación. Esa actitud, precisamente, fue una de las que condujo a una de las épocas más difíciles en el conflicto de la región⁴⁹⁸.

Esto trae a la memoria un caso analizado por DWORKIN, acerca de unos acusados por cruzar fronteras con el propósito de realizar ciertos discursos que podrían causar disturbios en Chicago. De acuerdo con este autor, una ley antidisturbios sería válida si se pudiese demostrar cuánta violencia se podría prevenir con ella, lo cual es imposible, especialmente porque “no tenemos una comprensión segura del proceso mediante el cual la manifestación se convierten en desorden, ni —en particular— del papel que en todo esto desempeña el discurso inflamatorio”⁴⁹⁹. De tal manera, hacer callar a un hombre es un seguro y profundo insulto, para lograr un “conjetural beneficio”, ya que podría obtenerse de formas menos onerosas. Concluye que, “recortar el derecho de hablar [es] el recurso menos

⁴⁹⁷ CADAVID, Erich, *Historia de la guerrilla en Colombia*, Universidade Federal de Juiz de Fora.

⁴⁹⁸ MCKITTRICK, David y MCVEA, David, (2012), *Makings sense of the Troubles. A history of the Northern of Ireland Conflict*, Londres, Viking, pp. 138 y 139. Este interesante y detallado texto sobre el conflicto del Norte de Irlanda refiere sobre las políticas de Roy MASON: “He also made it clear that the days of political initiatives, on scale of Sunningdale or even the constitutional convention, were over. He spoke of streering clear of ´dramatic initiatives that might lead to failure and leave people in deep despair again’. He remarked later on this autobiography: ‘I thought it futile to barge in with great plans and programmes and proposals for constitutional change’”.

⁴⁹⁹ DWORKIN, Op. cit., p. 299.

caro⁵⁰⁰, pero esto no es más que uno de los recursos utilitaristas, lo cual debe ser excluido del concepto de derechos⁵⁰¹.

Pero también en este nivel deberían evaluarse los efectos no declarados por el legislador. El nivel de racionalidad pragmática tendría que considerar los costos que se asumen con la investigación, así como las consecuencias que una medida de esta naturaleza tendría entre la ciudadanía. Así, con todas las dificultades que de manera secuencial se han venido desentrañando, habrá que reconocer que una norma de esa naturaleza conduciría a que se produjera lo que en Estados Unidos se ha denominado *chilling effect*, que podría significar algo así como efecto de enfriamiento⁵⁰² y que no es otra cosa que una acción intimidante. De esta manera, la vaguedad conceptual disuade a las personas a expresarse libremente⁵⁰³, incluso en temas protegidos por la garantía, por lo que de esta forma se

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 300.

⁵⁰¹ De hecho, un análisis que bien puede hacerse a este nivel está relacionado con el costo que genera, en términos de eficiencia, para un Estado la investigación y judicialización de estos comportamientos. Así, dado que las manifestaciones que en los últimos tiempos se han investigado se han realizado a través de redes sociales, esto implica necesariamente una exhaustiva labor de cotejo de tuits o publicaciones en Facebook, una ingeniería social que demanda recursos estatales y un elevado costo de oportunidad. Así, por mencionar un caso, en Cassandra, se examinaron cerca de noventa y dos mil tuits para extraer de ellos algo más de una decena, que sirvieron para llevarle a juicio. Si a esto le sumamos la extracción forense que se hizo a los equipos celulares, tendremos una ardua labor que, necesariamente, implica destinar esfuerzos, así como recursos públicos importantes y, correlativamente, descuidar otras tareas investigativas, tal vez esas sí, realmente terroristas. Fiscales y jueces de la Audiencia Nacional, enjuiciando ciertas declaraciones irresponsables, cuando bien podrían estar dedicados a esclarecer casos realmente dolorosos, no solo para los ciudadanos españoles sino para nuestra seguridad como humanidad.

⁵⁰² El Tribunal Constitucional español lo ha denominado “efecto de desaliento”, como se ve en la STC 136/1999 FJ 30.

⁵⁰³ Dijo la Suprema Corte de Estados Unidos que “una norma que prohíbe o requiere que se haga algo en términos tan vagos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su aplicabilidad viola lo primero y más esencial del principio de legalidad”.

extiende a ámbitos de aplicación posiblemente no queridos por el legislador⁵⁰⁴. ¿O tal vez sí?⁵⁰⁵.

Esto ha sido motivo de preocupación en el sistema interamericano de derechos humanos. Así, para la Comisión Interamericana el temor a una sanción penal

Ver: *Conally contra General Const. Co.*, 269 US 385-391, 1926. En otra oportunidad sostuvo “We held that the definition, as well as the oath based thereon, denied due process because it was unduly vague, uncertain, and broad. Where, as here, protected freedoms of expression and association are similarly involved, we see no controlling distinction in the fact that the definition is used to provide a standard of criminality rather than the contents of a test oath. This overly broad statute also creates a ‘danger zone’ within which protected expression may be inhibited”. Véase: *Speiser v. Randall*, 357 U. S. 513, 357 U. S. 526. “So long as the statute remains available to the State, the threat of prosecutions of protected expression is a real and substantial one. Even the prospect of ultimate failure of such prosecutions by no means dispels their chilling effect on protected expression”. *Dombrowsky contra Pfister*, 380 US 479, 1965. El resaltado no hace parte del texto original.

⁵⁰⁴ En la Corte Suprema de Justicia de Argentina se llegó a análoga conclusión, al decir “si la mera inserción en un diario o periódico de una carta abierta (...), sin tomar partido y sin agregarle fuerza de convicción que pudiera emanar de la propia opinión y responsabilidad, sometiera al editor al riesgo de una condena penal, la norma o la interpretación de la norma que la fundamentara conspiraría contra la libertad de prensa con parecido alcance que si mediara restricción anticipada de la publicación, con la consiguiente frustración del sustancial principio de la libertad de prensa”. Ver caso Pérez Eduardo y otros, fallos 257:308 (1963), disponible en <https://goo.gl/Zgyz5j>. Consultado en mayo de 2015. Esto, por cierto, marca una innegable diferencia entre las conclusiones que se obtienen del ya referido caso Sürek contra Turquía y lo que acá se ha analizado.

⁵⁰⁵ Dice SÁNCHEZ GONZÁLEZ que la amenaza de censuras previas y de sanciones pospublicación, “son los instrumentos de los que siempre se han servido los gobiernos para impedir que circule información que, a su juicio, pueda dañar su imagen”. Op. cit. p. 120. Va un poco más allá CANCIO MELIÁ al sostener, frente a la promulgación de la Ley Orgánica 2/2015, que esta “claro que con esta legislación es posible construir una dictadura”. CANCIO MELIÁ, Manuel, “El Derecho penal antiterrorista español tras la reforma de 2015”, *Revista de Derecho Penal contemporáneo*, n.º 55, abril-junio de 2016, pp. 35 y ss. Esta idea ya había sido planteada previamente por CANCIO MELIÁ en “Terrorismo y Derecho Penal...”, Op. cit., p. 323.

inexorablemente desanima a los ciudadanos a dar a conocer sus opiniones en relación con problemas de interés público, de manera relevante “cuando la legislación no distingue entre hechos y juicios de valor”⁵⁰⁶. Mientras que para la Comisión Interamericana, “si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización solo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica”⁵⁰⁷. En consecuencia, en las Américas, el efecto disuasivo que una norma de esta naturaleza puede conllevar, ameritaría su penalización solo en casos absolutamente extremos, como cuando se incita directamente a cometer delitos, y este parece que no es el caso.

4.3.2.4. Racionalidad jurídico-formal

Se refiere al acople de la norma con el restante ordenamiento jurídico o, como denomina la profesora ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, los principios sistémicos de orden nacional e internacional⁵⁰⁸, pues, como lo advierte, la política criminal se inscribe en la “política social de un Estado determinado”⁵⁰⁹. En este sentido, corresponde analizar si la hipótesis planteada cabría en la legislación colombiana.

Como se ha anticipado, el delito que se analiza podría entrar en conflicto con la libertad de expresión. Por esto, al revisar el sistema en que se inscribiría el tipo penal de apología del terrorismo, difícilmente pasaría un análisis de congruencia con la Constitución Política, porque, según la doctrina del Tribunal Constitucional colombiano ya analizada, la libertad de expresión ocupa, en Colombia, un lugar preferente. A esto sigue que, por regla

⁵⁰⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe sobre compatibilidad de las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994*, p. 210.

⁵⁰⁷ *Ibidem*.

⁵⁰⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, Op. cit. p. 48.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 63.

general, toda manifestación ha de entenderse protegida por el artículo 20⁵¹⁰ de la Carta y, en ese sentido, se marca una presunción a favor de dicha garantía. De esta manera, por vía excepcional se podrían realizar algunas restricciones que, de hecho, no necesariamente tienen que ser de naturaleza penal. Por lo mismo, la Corte Constitucional ha aceptado que propagar un mensaje, si él incita a la violencia o al odio, puede ser reprochable, por sus circunstancias particulares, pueda ser previsible que ello sea así y que el auditorio, dadas las condiciones en concreto, pueda reaccionar violentamente.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “la expresión de la opinión política en un Estado social democrático de derecho jamás puede ser sancionada penalmente”⁵¹¹, y agrega que, “el Estado democrático dejaría de serlo si se persiguieran las ideas, pues él expresa una relación entre hombres, entre fuerzas, una coordinación que regula esas relaciones”⁵¹². Esto quiere decir que, desde el punto de vista de las altas corporaciones colombianas, el derecho a la libertad de expresión tiene un peso muy fuerte dentro del ordenamiento jurídico. Como ha señalado la Corte Constitucional:

“Los riesgos son anejos a la vida social; eliminarlos resulta utópico y precaverlos tiene su costo. Cuánto y por precaver cuáles, depende del sistema político que se elija. No parece arriesgado afirmar que a mayor libertad mayores riesgos, pero los regímenes que hacen del respeto a la dignidad humana su fundamento asignan a ese valor un sitio privilegiado en la escala axiológica. Solo aceptan restringirla por razones irresistibles, como cuando su ejercicio excesivo no se concilia con la necesidad de

⁵¹⁰ “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

⁵¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación penal, radicado 14571 del 2 de septiembre de 1999.

⁵¹² *Ibidem*.

*convivir. No puede, pues, pensarse que a todo riesgo haya que responder con una restricción a un bien de tan alta jerarquía”*⁵¹³.

También es necesario recordar que, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política colombiana, los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por Colombia, cuya limitación no sea viable, ni siquiera en estados de excepción, hacen parte de la Carta. Es lo que se ha denominado Bloque de Constitucionalidad.

En ese orden, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha de entender integrada a la Constitución y, por tanto, con especial prevalencia en el orden interno. De acuerdo con tal instrumento, se garantiza la libertad de pensamiento y de expresión, con algunas restricciones. Por lo anterior, las interpretaciones que sobre la Convención Americana haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes⁵¹⁴ para el Estado colombiano o, por lo menos, como criterio hermenéutico relevante⁵¹⁵.

En las sentencias de la Corte Interamericana se observa la adopción de un test en tres niveles, por lo que las medidas que afecten la garantía de expresarse libremente han de cumplir una serie de presupuestos como, i. la limitación ha de estar hecha de manera clara y precisa en una norma formal y materialmente expedida; ii. esa restricción debe estar orientada a alcanzar unos objetivos imperiosos que son precisamente autorizados por la Convención Americana; y iii. esa restricción ha de ser indispensable en una sociedad que aspire a tener cierto nivel de democracia orientada al cumplimiento de los fines imperiosos

⁵¹³ Sentencia C-087 de 1998, M.P. Carlos GAVIRIA DÍAZ.

⁵¹⁴ Caso Radilla Pacheco contra México. Decisión en la que la Corte aclara que aun si el Estado no es parte, los criterios expuestos tienen efectos vinculantes.

⁵¹⁵ Tesis expuesta por la Corte Constitucional de Colombia, en varias sentencias, entre ellas C-588/12 y C-327/16.

que se anhelan, agotado el test de proporcionalidad de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁵¹⁶.

En ese sentido, con ocasión del análisis del sistema interamericano, ya se había concluido que, aunque no hay una posición de prevalencia de la garantía mencionada, sí hay una fuerte preocupación por evitar cualquier tipo de censura previa y hace referencia a la posibilidad de responsabilizar posteriormente al mensaje emitido, cuando este conlleve a una incitación o provocación a la violencia.

Además, otras manifestaciones del sistema interamericano apuntan en la misma dirección y, aunque podrían categorizarse como *soft law*, o derecho dúctil, no pueden desconocerse. En ese sentido, debe prestarse especial atención a las palabras de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión, en relación con la segunda condición del test propuesto, que insiste en que la limitación de la libertad de expresión, particularmente en el caso del acceso a los medios de radiodifusión, debe basarse en un riesgo cierto y verificable, razón por la cual, “corresponde al Estado la carga de demostrar que efectivamente existe una amenaza cierta de que se ocasione un daño real que resulte indispensable prevenir a través de la restricción impuesta”⁵¹⁷. Estas palabras seguramente sonarán conocidas al desprevenido lector, pues fueron las mismas utilizadas por la Corte Constitucional en buena parte de las sentencias referidas en el acápite respectivo.

La Corte Constitucional de Colombia así lo reconoce expresamente cuando, por ejemplo, en la sentencia C-417 de 2009 se pronuncia, en extenso el Informe Anual de la

⁵¹⁶ RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD EXPRESIÓN, *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente*, antes citado, párrafo 15.A su vez, este apartado se funda en tanto en los siguientes documentos de la Corte IDH: *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5, párrs. 39-40; Caso Palamara Iribarne contra Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C n.º 135, párr. 79; Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C n.º 107, párr. 120.

⁵¹⁷ *Ibidem*, párrafo 22.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión de 2008⁵¹⁸, en relación con la necesidad de “eliminar las normas que criminalizan la expresión y de impulsar la proporcionalidad de las sanciones ulteriores”.

Para la doctrina, es evidente que la Convención Americana de Derechos Humanos contiene una lista más reducida de restricciones a la libertad de expresión, en comparación con la Convención Europea y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que esa garantía está diseñada para ser más generosa y reducir mínimamente la restricción a la libre circulación de ideas⁵¹⁹. Ante esa posible inconsistencia entre el instrumento regional y el universal, debería tener plena eficiencia la Convención de San José, ya que garantiza en mejor medida la realización de los derechos humanos, en este caso, de la libertad de expresión⁵²⁰.

Es así que, de acuerdo con los Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobados durante su 108.º periodo ordinario de sesiones,

⁵¹⁸ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008, vol. III”, *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Washington, 25 de febrero de 2009. Consultado en: <https://goo.gl/EiZoQu>. Consultado en abril de 2016.

⁵¹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y GONZA, Alejandra, (2007), *La Libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, pp. 21 y 22.

⁵²⁰ Dice la relatoría para la libertad de expresión del sistema interamericano: “La importancia que otorga el artículo 13 a la libertad de expresión implica también que no son aplicables en el contexto interamericano las restricciones previstas en otros instrumentos internacionales, ni que estos se deben utilizar para interpretar de forma restrictiva la Convención Americana. En tales casos, la Convención Americana debe primar en virtud del principio *pro homine* —ampliamente aceptado por todos los Estados democráticos—, por el cual siempre debe primar la norma más favorable a la persona humana”. *Marco Jurídico Interamericano...* Op. cit., p. 3.

“el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio solo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.”

Por lo tanto, la lectura que se ha hecho de la Convención Americana de Derechos Humanos, por parte de la Corte Interamericana a través de los instrumentos que desarrollan el contenido de las garantías allí contenidas, da a entender que se exige, para restringir la libertad de expresión, un peligro de amenaza a la seguridad nacional, a partir de actos de evidente incitación a la violencia. De lo contrario, resultaría ilegítima tal sanción en el marco de tal sistema de protección regional de los derechos humanos.

Un aspecto interesante dentro del nivel de racionalidad analizado tiene que ver con las sanciones que vienen aparejadas a la condena. Entre ellas, las penas accesorias de privación de ciertos derechos. Si se tiene en cuenta la próxima posibilidad existente de imponer la restricción de ejercer el periodismo, o de difundir determinados mensajes, estamos, ni más ni menos, ante un acto propio de censura previa, expresamente prohibido por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pero TOLLER va un poco más allá. En caso de que al declarado responsable se le conceda la libertad provisional o una condena de ejecución condicional, seguramente se le impondrán ciertas reglas de conducta durante el periodo de prueba. Estas reglas, a juicio del autor, podrían constituir una suerte de censura previa⁵²¹, dado el nivel de indeterminación con que estas suelen imponerse en los procesos judiciales.

Por lo dicho, una disposición en ese sentido parece que no se acopla adecuadamente al engranaje normativo colombiano.

⁵²¹ TOLLER, Fernando, (2011), *El formalismo en la libertad de expresión. Crítica de la distinción absoluta entre restricciones previas y responsabilidades ulteriores*, Buenos Aires, Editorial Marcial Pons, p. 56.

4.3.2.5. Racionalidad lingüística

Este nivel de análisis se dirige a comprobar que los destinatarios de la norma puedan comprender adecuadamente los mensajes contenidos en esta. Se trata, claramente, de un elemento que se origina en el principio de legalidad, a saber, el mandato de certeza que se dirige al legislador para que sus decisiones adquieran los efectos que él desea. En palabras de BECERRA MUÑOZ, con este nivel de racionalidad legislativa se “(...) pretende asegurar las aspiraciones más evidentes de toda norma, consistentes en construir un correcto instrumento de comunicación social”⁵²².

En esa línea, la Corte Interamericana, en el caso *Narín Catriman y otros contra Chile* de 2014, al ahondar en sus hechos, observa que el proceso por el que fueron procesados los miembros de la comunidad indígena Mapuche está relacionado con actos terroristas, determinados así en la legislación chilena, como incendio de predios, amenaza de incendios y quema de un camión de propiedad de una empresa. La Corte, en un acápite denominado contexto, dedica varias páginas a explicar, con apoyo en los informes del relator especial de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, las reiteradas protestas sociales hechas por esa comunidad, relacionadas principalmente con la invasión de sus territorios y la generación de proyectos de desarrollo que atentaban contra el medio ambiente y sus asentamientos.

“En particular, cuando los Estados adoptan las medidas necesarias para prevenir y sancionar el terrorismo tipificando como delitos las conductas de ese carácter, están obligados a respetar el principio de legalidad en los términos arriba señalados, [por lo que] la Corte reitera que la tipificación de delitos implica que la conducta incriminada esté delimitada de la manera más clara y precisa posible. En esa tipificación, la especial intención o finalidad de producir “temor en la población en general” es un elemento

⁵²² BECERRA MUÑOZ, José, (2013), *La toma de decisiones en política criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 508.

fundamental para distinguir la conducta de carácter terrorista de la que no lo es y sin el cual la conducta no sería típica”⁵²³.

No era la primera vez que en el sistema interamericano se hacía semejante advertencia. Precisamente, con ocasión del caso Ricardo Canese contra Paraguay, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos examinó la descripción típica que la legislación de ese país traía para los delitos de injuria y difamación, así como la interpretación que la Corte Suprema paraguaya le había dado a esas conductas. Por eso, en los alegatos que presentó ante la Corte Interamericana, expresó que, en su criterio, el Estado paraguayo debía regular los tipos penales que restringieran la libertad de expresión por medio de una “completa adecuación legislativa”, que evitara las “dudas interpretativas”.

Por eso, la relatoría especial para la libertad de expresión de la OEA ha señalado que la previsión legal debe ser tan clara y precisa, que delimite claramente los comportamientos típicos de los atípicos y concrete sus ingredientes con precisión, pues en sentido opuesto, se

⁵²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Narín Catriman y otros contra Chile de 2014. Allí se explicó además que: “Varios órganos y expertos internacionales de la Organización de Naciones Unidas han puesto de relieve la necesidad de que las tipificaciones y definiciones internas relativas al terrorismo no sean formuladas de manera imprecisa que facilite interpretaciones amplias con las cuales se sancionen conductas que no tendrían la gravedad y naturaleza de ese tipo de delitos. Al rendir peritaje ante esta Corte, los expertos SCHEININ y ANDREU-GUZMÁN se refirieron tanto a la Resolución 1566 emitida por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el 2004 como a la “definición modelo de terrorismo” desarrollada en el 2010 por Martin SCHEININ como Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo y mantenida por Ben EMMERSON, siguiente Relator en la materia. Ambos expertos consideran que desarrollan estándares relevantes para evaluar las tipificaciones nacionales ya que permiten distinguir elementos mínimos o características que determinan las conductas graves que tengan un carácter terrorista. 167. No obstante, dichos peritos y el perito CANCIO MELIÁ coincidieron en que en la normativa internacional no existe una definición de terrorismo completa, concisa y aceptada universalmente”.

generarían dudas y se permitiría cualquier arbitrariedad estatal, que avasallara el principio de legalidad, de tal suerte que anule la garantía de expresarse libremente. De ahí que:

*“Las normas que limitan la libertad de expresión deben estar redactadas con tal claridad que resulte innecesario cualquier esfuerzo de interpretación. Incluso si existen interpretaciones judiciales que las precisan, ello no es suficiente para suplir formulaciones demasiado amplias, pues las interpretaciones judiciales cambian o no son seguidas estrictamente, y no son de carácter general”*⁵²⁴.

Por tanto, la racionalidad lingüística dependerá de la forma en que se redacte la norma. Sin embargo, no se pierda de vista aspectos ya analizados asociados con lo que puede implicar el “exaltar o elogiar”, así como lo relacionado con la denominación de “terroristas” y la seguridad jurídica que escasamente subyace en esa calificación⁵²⁵.

4.4. Recapitulación

De lo expuesto hasta ahora, se extrae que una propuesta de semejante estirpe no sería racionalmente adecuada en un contexto normativo como el colombiano.

⁵²⁴ RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Organización de Estado Americanos, documentos oficiales, OEA, Ser. L/V/II CIDH/RELE/INF.

⁵²⁵ Por eso, en referencia al caso español, el Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, advirtió sobre la normatividad antiterrorista que: “la vaguedad de las disposiciones del Código Penal español sobre los delitos de terrorismo conllevan el riesgo de adentrarse en un pendiente resbaladizo, es decir, la ampliación y deterioro gradual del concepto de terrorismo a conductas que no suponen ni tienen suficiente relación con la comisión de actos de violencia grave contra los ciudadanos”. Cfr. SHEININ, Martín, *Informe del Relator Especial sobre la Promoción y la proyección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Adición Misión a España, A/HRC/10/3/Add.2, dek 16 de diciembre de 2008, párr. 52.

Son varias las razones que conducen a esta conclusión.

En primer lugar, la norma adolece de racionalidad ética, en tanto no cumple con el principio de lesividad de cara a los bienes jurídicos que declara proteger; esto es, en nada contribuye al mejoramiento del orden constitucional en Colombia. Tampoco puede haber en la propuesta normativa certeza, pues el elogio a una persona que ha sido señalada de terrorista genera inquietudes en cuanto a la determinación de esa condición, a lo que se entiende por terrorismo y al límite que existe entre el elogio a la persona y la vanagloria de sus actos.

En segundo lugar, no hay consenso sobre quiénes son terroristas y cuál es el trato que merecerían, de lo cual da muestra el proceso de paz, en el que uno de los puntos claves es la vinculación de esos grupos a la vida política. Esto conduce a quitarle mérito a la racionalidad teleológica.

La eficacia normativa, en tono con la racionalidad pragmática, también es escasa, pues si algo ha mostrado la historia reciente de Colombia es que, cuando se ha tratado de reprimir la libertad de expresión frente a la subversión, más se han incrementado los grupos rebeldes y, por el contrario, más se han sacrificado innecesariamente las garantías individuales.

Precisamente, a propósito de las garantías individuales, una comprensión de la libertad de expresión en la Constitución colombiana conduce a pensar que solo podría sancionarse la apología cuando lleve a la incitación de la comisión de delitos. No en caso contrario. Esta razón hace que una iniciativa de incorporación del tipo penal en Colombia no sea viable, ya que quebranta la racionalidad jurídico-formal. Además, debe señalarse que la vaguedad con la que está redactada la norma impide conocer realmente quiénes pueden ser sus destinatarios reales. La dificultad existente para distinguir expresiones que buscan solamente abrir la discusión sobre los temas que subyacen a determinada lucha terrorista, de aquellas que exaltan como tal el acto, producen el ya mencionado efecto de enfriamiento o *chilling effect*.

De esta manera, tras el mensaje de *tolerancia cero* hacia el terrorismo, podemos estar dejando de lado discusiones oportunas. Los ejemplos no resultan exóticos: en líneas precedentes se mencionó la protesta mapuche en Chile que fue calificada por el gobierno de aquel país como terrorista⁵²⁶. O, incluso, la lucha contra el *apartheid* en Sudáfrica hizo que a Nelson MANDELA se le catalogara como terrorista por varios países de Occidente⁵²⁷.

⁵²⁶ Por eso, Amnistía Internacional y, precisamente, en referencia al proyecto de ley que se convirtió en la Ley Orgánica 2/2015, consideró que, junto con la libertad de expresión, se afecta el principio de no discriminación. “Algunas de las disposiciones [del proyecto] de la legislación antiterrorista, en tanto que limitan derechos como la libertad de expresión o asociación, pueden tener un impacto en determinados grupos, como las minorías étnicas o religiosas”. Es por ello que, según se afirma “una legislación ambigua puede inhibir la expresión de estos grupos, que pueden temer expresar opiniones legítimas sobre temas políticamente sensibles o críticas sobre la política exterior de algunos Estados o las políticas de gobiernos extranjeros”. Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Consideraciones de Amnistía Internacional a las enmiendas presentadas por el Grupo Popular a la Ley Orgánica de Reforma del Código Penal en materia de terrorismo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Amnistía Internacional, enero de 2015. Disponible en www.es.amnesty.org. Consultado en abril de 2015.

⁵²⁷ Esto sin perder de vista que aún en tiempos recientes se le siga catalogando de terrorista. Así lo hizo, por ejemplo, quien fuera Eurodiputado británico hasta 2014, Nicholas JOHN GRIFFIN, cuando en su cuenta de Twitter, el día de la muerte de MANDELA, expresó: “*Ding dong, the beatified Communist terrorist is dead #Mandela #madiba #mediahype*”. Estas y otras manifestaciones en las que se le seguía calificando como *terrorista*, aparecen en el diario inglés *The Mirror*: <https://goo.gl/SNTezS>. Consultado en abril de 2015.

Es curioso que, precisamente, en su país, más concretamente, en Belfast, Norte de Irlanda, región que hace parte del *Commonwealth* del Reino Unido, encontré en la vitrina de una librería, un texto denominado *Speeches that changed the world* (MONTEFIORE, Simon Sebag, Londres, Quercus Editions Ltd., 2014), en cuya portada aparece Nelson MANDELA, en primer y único plano. En su interior se destaca el discurso de alegación hecho por MANDELA durante el famoso juicio de Rivonia, en el que se le acusó de varios delitos graves cometidos por el Congreso Nacional Africano. Sostener que MANDELA fue un terrorista sería la más evidente infracción al artículo 578 del Código Penal español.

Resulta, entonces, muy complejo para alguien abordar estos temas sin perder de vista los riesgos que vienen aparejados. Es posible que, al final, se reconozca que no existió delito alguno, pero los costos procesales y el desgaste que implica afrontar un litigio hacen que la expresión quede silenciada. De esta forma, es posible que al terminar el día estemos acallando debates necesarios sobre temas que preocupan al gobernante de turno, bajo la etérea calificación de “terrorismo”⁵²⁸.

Por lo tanto, la norma está coartando injustificadamente la libertad de expresión, pues, tras la amenaza penal, el discurso especialmente protegido, cuando menos aquel que se refiere a asuntos políticos, se ve potencialmente expuesto a una sanción penal o a un proceso. Así, el derecho protegido en las constituciones y en los instrumentos internacionales queda altamente lesionado.

Aunado a lo anterior, es importante comentar que, al seguir las tesis tradicionales del derecho administrativo, el hecho de pensar que una investigación y un juicio penal son una carga que todo ciudadano ha de soportar puede sonar teóricamente válido. Estos son costos que puede asumir un gran diario con respaldo económico suficiente: posiblemente auspiciado por algún poderoso gremio económico. Pero, cuando un señalamiento de esta naturaleza se hace en contra de un diario independiente, acaso con precarios recursos económicos, por haber dado su opinión en relación con algún tema “sensible”, la situación

⁵²⁸ Como bien lo sostiene la profesora PÉREZ CEPEDA: “Parece que los garantes de la seguridad se han afanado a nivel estatal en etiquetar como ‘terroristas’ a movimientos e individuos que, simplemente, les son hostiles y se sirven de la violencia para tratar de satisfacer sus propios objetivos”. PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, Op. cit., p. 171. Uno de los ejemplos que ella cita, en relación con quien puede, al final, ser catalogado como terrorista, es el de quienes realizan un motín carcelario (p. 309). Para seguir esa línea, si la protesta se hace con ocasión de las condiciones inhumanas en que se encuentran y, por ejemplo, alguien decidiera justificar tal motín o exaltar esa forma de protesta, también cae en el Código Penal español.

no solo pone en peligro la integridad del medio de comunicación y su subsistencia, sino, en general, la libertad de prensa⁵²⁹.

De esta manera, la penalización de determinadas expresiones también afecta de paso, tal como se puso de presente al analizar la jurisprudencia colombiana, el derecho a la información, a su búsqueda y a su acceso. Cercenar nuestros derechos a conocer otras verdades impide un adecuado desarrollo del conocimiento humano. Si es el gobernante quien determina la condición de terrorista y, a su vez, quien tiene bastante injerencia sobre los medios de comunicación, podemos estar perdiendo la posibilidad de conocer realidades diferentes a las que los grandes medios masivos —y los grupos económicos que suelen estar detrás de ellos— nos entregan.

Como lo denominaría SUÁREZ VILLEGAS, esto es un *berlusconismo mediático*, al hacer alusión al gran poder que tuvo aquel presidente italiano sobre los medios televisivos de ese país. Resalta el profesor de la Universidad de Sevilla que el pluralismo en la información es vital para suscitar en los ciudadanos una inquietud sobre temas políticos y contrarrestar las actitudes pasivas y tolerantes hacia el poder, por lo que “el control de la imagen (imaginario) por parte de poderes económicos determinados, a través de los procesos de concentración, o por parte de un poder político devorador de la pantalla, a través de un discurso intervencionista y populista, constituye formas de censura ‘democrática’”⁵³⁰.

Al final, concluiremos con PÉREZ CEPEDA, para quien la manifestación de ideas o acaso adhesión ideológica, aun cuando aparezcan como legitimantes de actos violentos para alcanzar ciertas modificaciones en el ámbito político, incluso si se trata de enaltecer a sus autores, por cualquier razón, representa conductas protegidas por la libertad de expresión,

⁵²⁹ Para BREMEN y RIVERS un pequeño periódico encontraría poco consuelo en esta situación “ya que el impacto que puede tener sobre sus precarias finanzas pueden restarle el coraje necesario para publicar material de vital interés”. Citados por TOLLER, Op. cit., p. 49.

⁵³⁰ SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos, (2011), *La libertad de expresión en España y Latinoamérica*, Madrid, Dickinson, p. 99.

aunque nos parezcan aborrecibles y ofensivas. Por este motivo, dichas expresiones no deberían caer en el Código Penal, excepto cuando supongan una incitación directa a la comisión de un acto, que sea perceptible de manera clara y presente, así, estas podrían considerarse penalmente relevantes. Para esto no se necesitan tipos penales especiales⁵³¹.

Es por ello que FERRAJOLI, en esta materia, distingue dos clases de derechos distintos dentro del concepto de libertad de expresión. Por una parte, la libertad de difusión del pensamiento y el derecho de información. Pero, por otra, la libertad de recibir información, que sea veraz y con la menor manipulación posible.

El primer derecho, dice FERRAJOLI, es de naturaleza individual; consiste en la imposibilidad de ser censurado o discriminado. El segundo, es de carácter social y se establece en la expectativa que tendríamos de recibir información no falaz, en cuanto sea posible. El primero es el derecho de quienes se quieren manifestar y difundir información, de tal manera que se hace crucial para la naturaleza liberal de un sistema político. El otro, es una garantía de cada ciudadano y constituye un presupuesto nodal de la democracia.

Además, advierte que la garantía del primero se determina por la imposibilidad de restringir o limitar la información. La del segundo, en el deber de informar verazmente, lo que se garantiza con la pluralidad y la independencia económica y política de aquellos que emiten opiniones y producen información. Es así que

“los dos derechos, libertad de información y derecho a la información, pueden ser suspendidos o suprimidos de dos formas: mediante la represión (es decir, prohibiendo la manifestación y la difusión de opiniones); o bien, apropiándose de los medios de información. El primero es el método de los regímenes abiertamente autoritarios, mientras que el segundo es la

⁵³¹ PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyahadista...* Op. cit. p. 376.

concentración de poder económico y político de los medios de comunicación”⁵³².

La definición por parte del gobernante, de manera anticipada, sobre los temas que pueden ser objeto de debate es, como bien lo acaba de señalar FERRAJOLI, una suerte de autoritarismo con apariencia demócrata. La inhibición, el *chilling effect*, que causa una posible criminalización de un discurso puesto sobre la mesa, es comparable con aquellos filtros de las fotografías, que impiden ver con nitidez el trasfondo de ciertos asuntos que pueden resultar relevantes. Pero, ¿cómo podría explicarse la existencia de un delito que genera tantas dificultades no solo en cuanto al sistema en el que pretendíamos inscribirlo, sino en su propio contexto normativo?

⁵³² FERRAJOLI, Luigi, “Libertad de información y propiedad privada: Una propuesta no utópica”, *Revista Nexos*, México D. F., 1 abril de 2004. Disponible en: <http://www.nexos.com.mx/?p=11115>. Consultado en mayo de 2013.

CAPÍTULO 5. LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS PALABRAS

Hemos reconocido hasta ahora que hay un margen de apreciación tanto nacional como regional, que eventualmente permiten restringir la libertad de expresión. Aun cuando exista dicha concesión valorativa, no dejan de causar preocupación la legitimidad y la eficacia en la realización de esta clase de censura, razón por lo cual surge el interrogante, ¿por qué un Estado quisiera incorporar en su legislación o agravar un comportamiento que es reprochable para la academia e inconveniente para buena parte de los organismos de protección de derechos humanos?

Por ejemplo, la declaración conjunta suscrita por el relator especial para la promoción y protección de la libertad de opinión y expresión de las Naciones Unidas, y de sus pares en el Sistema Interamericano y Europeo, en un informe presentado a la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia relacionada⁵³³, sostuvo que nadie puede ser penalizado por propagar un discurso de odio, a menos que se demuestre que lo hizo con *la intención* de incitar a la discriminación, hostilidad *o violencia*. En otras palabras, en caso de determinar actos como violentos⁵³⁴, es necesario demostrar el dolo.

⁵³³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *International mechanisms for promoting freedom of expression: Joint statement on racism and the media by the United Nations Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression*, Asamblea General, Ginebra, mayo-junio de 2001.

⁵³⁴ Dice el texto correspondiente:

In accordance with international and regional law, hate speech laws should, at a minimum, conform to the following:

Esto va un paso más allá de la tesis norteamericana acogida en el Sistema Interamericano, pues no basta con la constatación objetiva de la posibilidad de que un discurso pueda incitar, de manera inminente, una acción violenta —en este caso, de naturaleza terrorista—, sino que se requiere constatar probatoriamente que el agente tenía esa específica intencionalidad⁵³⁵.

-
- i. No one should be penalized for statements which are true;
 - ii. No one should be penalized for the dissemination of hate speech unless it has been shown that he/she did so with the intention of inciting discrimination, hostility or violence;
 - iii. The right of journalists to decide how best to communicate information and ideas to the public should be respected, particularly when they are reporting on racism and intolerance;
 - iv. No one should be subject to prior censorship; and
 - v. Any imposition of sanctions by courts should be in strict conformity with the principle of proportionality.

These standards should also apply to new communications technologies such as the Internet, which are of enormous value in promoting the right to freedom of expression and the free flow of information and ideas, particularly across frontiers and at the global level. *Ibidem*.

⁵³⁵ En otra oportunidad, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó que la imposición de sanciones por el abuso a libertad de expresión bajo el cargo de incitación a la violencia (entendida como incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional) debe tener como presupuesto “la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que esta sea), sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos”, en: ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS,(2010), *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. CIDH/RELE/Inf.2/09. Organización de Estados Americanos, Washington.

En el 2008, la declaración conjunta se refirió concretamente al terrorismo y allí, claramente se explicó que los eventos en que se buscara penalizar algún tipo de expresión asociada al terrorismo deberían limitarse a hipótesis de “incitación intencional al terrorismo”; esto es, una convocatoria directa a la participación en actos terroristas que conduzca al incremento de la probabilidad de la causación de un hecho terrorista o incluso a la participación en tales actos (por ejemplo, liderándolos). Por el contrario, refiere la declaración que las nociones indefinidas, como la dotación en actos de apoyo en comunicaciones terroristas o extremistas, “la glorificación o la promoción del terrorismo o el extremismo, y la mera repetición de afirmaciones terroristas, que en sí mismas no constituyan incitación, no deberían estar criminalizadas”⁵³⁶.

Lo que explica la inclusión de esta disposición en algunos ordenamientos que guardan cierta semejanza con el colombiano es la lógica de un Derecho Penal diferenciado; un derecho criminal que se dirige en contra de un grupo de personas y sus “amigos”. Se hablaría entonces de un *Derecho Penal para (cualquier) amigo de los enemigos*.

De acuerdo con una visión funcional del Derecho Penal, hay individuos respecto de quienes no es posible asegurar contrafácticamente la vigencia de la norma. Estos sujetos, no motivables, serán denominados los enemigos, por lo que la reacción punitiva frente a estos tiene unos rasgos que, según JAKOBS, se enmarcan en: i. adelantamiento de las barreras de punibilidad y, concretamente, la sanción de hechos futuros en lugar de los hechos cometidos; ii. penas desproporcionadamente altas y sin correspondencia con la no ocurrencia de un hecho; y iii. las garantías procesales se relativizan o suprimen⁵³⁷.

⁵³⁶ Declaración conjunta del Relator de la ONU sobre Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre la Libertad de los Medios y el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión, 21 de diciembre de 2008.

⁵³⁷ Sobre el tema, JAKOBS, Günter, (2000), “La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente”, *Estudios de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial-Xunta de Galicia*, n.º 20, p. 137; JAKOBS, y CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Op. cit., pp. 57 y ss.; CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿‘Derecho Penal’ del enemigo?”, Op. cit., p. 341.

El terrorista es el enemigo por antonomasia al que se refiere JAKOBS. Por ello,

“el Derecho Penal dirigido específicamente contra terroristas tiene más bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe inferir del fin de la pena y de los tipos penales correspondientes. El Derecho Penal del ciudadano, la garantía de la vigencia del derecho, muta para convertirse en —ahora viene el término anatematizado— el Derecho Penal del enemigo, en defensa frente a un riesgo. Con ello, también se contesta a la cuestión planteada al principio: la “lucha” contra el terrorismo no es solo una palabra, sino un concepto; se trata de una empresa contra enemigos”⁵³⁸.

Posteriormente, agrega, en relación con el terrorista, que “su punición mucho antes de la producción de lesiones o su duro interrogatorio no cuadran en un estado de derecho perfecto; pero tampoco cuadra ahí el derribo de un avión de pasajeros”⁵³⁹. Es por ello que el Estado, advierte, no *debe* tratarlo ya como persona⁵⁴⁰.

Esta descripción coincide plenamente con lo explicado por SÁNCHEZ-OSTIZ, quien resalta algunas cuestiones de esta regulación de la apología, entre ellas, i. el adelantamiento de las barreras de punición a momentos de dudosa intervención legítima; ii. la tipificación de la apología no incrementa los márgenes de libertad, pues lo que hace es reducir las garantías de expresión y acción; iii. participa del Derecho Penal de autor, por cuanto

⁵³⁸ JAKOBS, Günter, “Terroristas como personas en Derecho”, en: CANCIO MELIÁ y JARA-DIEZ, *Derecho Penal del enemigo*, Op. cit., p. 86.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 91.

⁵⁴⁰ Las cursivas hacen parte del texto original. JAKOBS, Günter, “Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo”, en: JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, Op. cit. p. 47. De acuerdo con SHÜNEMANN, para JAKOBS, estos enemigos “serán tratados no de otro modo que los animales salvajes”. Cfr. SHÜNEMANN, Bernd, (2007), *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, Bogotá, Universidad Santo Tomás de Aquino-Editorial Ibáñez, p. 64. Agrega el profesor de Múnich que, en esas condiciones, es el Estado el que cae al nivel de un animal salvaje.

algunos sujetos son etiquetados como criminales cuando solo han ejercido su libertad de expresión, sin causar lesión directa ni provocar la comisión de delitos⁵⁴¹.

De hecho, ya habíamos anticipado el ejercicio que puede hacerse frente al terrorismo y su apología. Mientras que para castigar la exaltación del genocidio necesariamente se requiere la incitación a cometer delitos⁵⁴², según lo explicado por el Tribunal Constitucional español (STC 176/1995), se observa que en el delito aquí analizado, cuyas consecuencias pueden no afectar a la humanidad entera, sino —sin perder de vista sus dimensiones— a solo un sector de la población, no se exige esa incitación.

Pero ambos delitos, y aquellos relacionados con los de discriminación, se suelen englobar en lo que se ha denominado como “delitos de clima”, que, al seguir a JAKOBS, son definidos por GÓMEZ MARTÍN⁵⁴³ como aquellas conductas consistentes en la realización de manifestaciones dirigidas a una pluralidad de personas objetivamente adecuadas para

⁵⁴¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, Op. cit., p. 896.

⁵⁴² Sobre la necesidad de esta incitación puede verse también a LAURENZO COPELLO, Op. cit., p. 260.

⁵⁴³ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, (2012), “Discurso del odio y principio del hecho”, en MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Barcelona, Tirant Monografías, p. 97. Esta calificación de tales delitos es también compartida por ASÚA BATARRITA, Adela, (2002), “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, en: ECHANO BASALDÚA, Juan, *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, Universidad de Deusto, p. 70; ALASTUEY TOBÓN, Carmen, (2016), “Discurso del odio y negacionismo en el Código Penal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-14, p. 14; RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, (2007), *Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español*, n.º 11, 015, Publicaciones del instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad Castilla La Mancha; y CANCIO MELIÁ, Manuel, “Derecho Penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000, en: Dialnet, p. 26. Disponible en: <https://goo.gl/tQF6Fe>. Consultado en enero de 2017.

generar una atmósfera favorable a la comisión futura de determinados actos delictivos. De esta manera, no se sanciona por lo ya ocurrido, sino por la capacidad que tendrían tales expresiones de provocar hechos futuros. Pero su penalización, como bien resalta CANCIO MELIÁ, debería darse en circunstancias especialmente críticas y en tiempos de crisis de legitimación de la ley penal⁵⁴⁴.

Y, aunque la jurisprudencia española reitere que la apología estudiada no es un delito de terrorismo, podría cuestionarse por qué esos comportamientos son atribuidos por competencia a los jueces de la Audiencia Nacional, cuya competencia natural es el delito de terrorismo⁵⁴⁵. Es más, la sección segunda del capítulo VII de la parte especial del Código Penal español, en la que se ubica el artículo 578 analizado, se llama “de los delitos de terrorismo”; ese capítulo se denomina “de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”. Si lo anterior parece poco, el artículo 573.3 dentro del mismo apartado dice: “tendrán consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este capítulo”. Es decir, quien retuitea un mensaje por redes sociales o hace algún tipo de broma de mal gusto, es terrorista.

La única explicación para que se adelanten de esta forma las barreras de punibilidad para sancionar hechos que no han ocurrido, cuya competencia esté adscrita a la Audiencia Nacional y que afecten tan gravemente a la libertad de expresión —por lo menos desde una

⁵⁴⁴ CANCIO MELIÁ, “*Derecho Penal del enemigo...*”, Op. cit. Se pregunta válidamente el profesor CANCIO MELIÁ si acaso la legislación española se encuentra en esas circunstancias de falta de legitimidad.

⁵⁴⁵ Esa pregunta, desde el punto de vista meramente procesal, se hace también LAMARCA PÉREZ en: *Legislación penal antiterrorista...* Op. cit., p. 212. Tal aspecto es calificado por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y SERRANO-PIEDecasas como un quebranto al postulado de juez natural que constituye un “síntoma del progresivo deterioro de los principios que rigen nuestros Estados de derecho”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y SERRANO-PIEDecasas, “Reflexiones político-criminales sobre el terrorismo”, Op. cit., p. 95. Más ampliamente, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *La legislación penal antiterrorista...*, Op. cit. p. 34.

visión de las américas— solo para tratar de arrancar de la cabeza una forma de pensar⁵⁴⁶, es que estamos en presencia de un impudoroso Derecho Penal del enemigo.

De este modo, se suscriben las palabras de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, pues los penalistas (aunque no solo ellos) han de concebir el Derecho Penal como un área del conocimiento “cuyos postulados básicos se encuentran en la Constitución”⁵⁴⁷, ya que a partir de allí es que se puede justificar la intervención penal y, al mismo tiempo, consagrar los límites para esa facultad de punición estatal. Por lo tanto, agrega, no es posible asumir a un cierto delincuente (como el terrorista, por ejemplo) como enemigo, puesto que tal condición solo se adquiere en situaciones de guerra.

Se ha dicho que el terrorismo es mensaje. Pues qué mejor mensaje —se apunta con ZÚÑIGA RODRÍGUEZ— que decirle al terrorista que el Estado de Derecho es capaz de responder con el Derecho Penal ordinario sin quebrantos ni debilitamiento⁵⁴⁸. Es evidente que la imagen que los terroristas quieren vender, a través de su mensaje acerca del Estado, se confirma cuando las medidas que se adoptan afectan, restringen, limitan derechos⁵⁴⁹. Al final, se termina sancionando a quienes no son los enemigos⁵⁵⁰, pero se busca etiquetar como tales al calificárseles de terroristas (como en el caso de la apología del terrorismo).

⁵⁴⁶ Expresión usada por CANCIO MELIÁ en: “*Derecho Penal*” del enemigo y delitos de terrorismo... Op cit. p. 26.

⁵⁴⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, (2014), “Modelos de política criminal frente a la criminalidad organizada: entre eficacia y garantías”, en: BURRIEZA, Ángela (dir.), *Derecho y libertades en la sociedad actual*, Granada, Editorial Comares, p. 191. En igual sentido, CANCIO MELIÁ y PETZSCHE, “Precursor crimes of terrorism”, Op. cit., p. 205.

⁵⁴⁸ *Ibidem*.

⁵⁴⁹ Dice DE LA CORTE IBÁÑEZ que una represión estatal, de forma limitada, puede conducir a: i. deslegitimar a quien la ejerce, es decir, el Estado; ii. radicalizar las actitudes y acciones de los grupos objeto de represión; y, iii. aumentar los simpatizantes con la causa, ahora, antirepresiva. Cfr. DE LA CORTE, Op. cit. p. 134

⁵⁵⁰ En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Terrorism and Criminal Law*, Op. cit.

Incluso aquellos que justifican⁵⁵¹ el uso del Derecho Penal del enemigo, como en el caso de PAWLIK⁵⁵², discípulo de JAKOBS, no podrían llegar a concebir la posibilidad de criminalizar los pensamientos, en el entendido de que lo interno de un sujeto no debería considerarse una perturbación social, pues “todo ciudadano tiene un derecho a conectarse con el mundo y a organizarse como más le guste”⁵⁵³.

Como se ve, aquí cualquier manifestación, incluso sobre hechos ocurridos hace más de treinta años, es considerada terrorismo. Pero ya lo advertía el mismo JAKOBS: el Estado debería distinguir con claridad entre lo que va dirigido exclusivamente al terrorista, así como a “otro sujeto que disienta activamente y de modo grave y permanente”⁵⁵⁴, de aquello que se dirige al ciudadano, pues, en caso contrario, el Derecho Penal del enemigo terminaría *contaminando* el Derecho Penal del ciudadano.

⁵⁵¹ Aquí usamos como sinónimos los conceptos de *justificar* y *legitimar*. Hay que advertir, sin embargo, que autores como Daniel PASTOR cuestionan si realmente las teorías de la escuela de Bonn tienen la entidad suficiente para legitimar o deslegitimar el actuar de un gobierno como para modificar todo el entramado penal de un determinado país, de ahí que, para este autor, se le ha dado un alcance más alto a la teoría del Derecho Penal del enemigo, del que realmente tiene. Así, PASTOR, Daniel, (2009), *Encrucijadas del Derecho Penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, p. 145.

⁵⁵² Esta legitimación del uso del Derecho Penal del enemigo se percibe, por ejemplo, cuando afirma que al “militar contrario”, es decir, al terrorista, es necesario inocuizarlo por ser un “enemigo irrecuperable de los bienes jurídicos de la otra parte”. PAWLIK, Op. cit., p. 155.

⁵⁵³ PAWLIK, Op. cit., p. 156. Estas palabras recuerdan a HOBBS, quien consideraba que “si un súbito, de hecho o de palabra, con conocimiento y deliberadamente niega la autoridad del representante del Estado, puede, legalmente, hacérsele sufrir cualquier daño que el representante quiera, ya que al rechazar la condición de súbdito, rechaza la pena que ha sido establecida por la ley y, por consiguiente, padece ese daño como enemigo del Estado, es decir, según la voluntad del representante”. HOBBS, Tomás, (1941), *Leviatán*, Sánchez Sarto (trad.), México, subrayado no hace parte del texto original.

⁵⁵⁴ JAKOBS, “¿Terroristas como personas en derecho?”, Op. cit. p. 82.

Precisamente, esa ubicación paritaria de quien pone una bomba en el centro de una ciudad, respecto de quien retuitea alguna imagen, hace que amplíemos el número de enemigos y, por cierto, modifica considerablemente el aspecto de una posible lucha contra el terrorismo. Esta situación genera ese efecto contaminante y, como se vio previamente, una errada sensación de seguridad y de lucha eficiente contra el terrorismo cuando no la hay. Esta sensación de eficiencia punitiva se ve reflejada en los informes que el estado español ha entregado a la comunidad internacional sobre lucha contra el terrorismo⁵⁵⁵.

Por ejemplo, de acuerdo con el reporte elaborado por Europol sobre el terrorismo en 2016⁵⁵⁶, los Estados miembros de la Unión Europea reportaron ciento cuarenta y dos ataques de esa naturaleza durante todo el transcurso de 2016, de los cuales setenta y seis corresponden al Reino Unido, mientras que solo diez de ellos a España⁵⁵⁷; es decir, algo así como el 7% de la totalidad de los casos de los que se tuvo noticia en la Unión. Pero, durante el mismo periodo, España reportó el “más alto número de juicios concluidos y el más alto número de individuos sentenciados por delitos de terrorismo”⁵⁵⁸. A esto se suma que durante el 2016 se presentaron acaso cinco actos de sabotaje realizados por grupos disidentes de ETA, como *izquierda Abertzale*⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ Sobre políticas públicas y, en particular, política criminal, basada en evidencia, puede verse un detenido análisis de datos europeos en PÉREZ CEPEDA, Ana, (2016), “Estadísticas de criminalidad en la Unión Europea”, en: *Hacia la evaluación racional de las leyes penales*, NIETO MARÍN, MORALES ROMERO y BECERRA MUÑOZ (eds.), Madrid, Marcial Pons, pp. 49 y ss.

⁵⁵⁶ Así, EUROPOL, (2017), *European Union terrorism situation and trend report 2017*, La Haya, European Union Agency for Law enforcement cooperation, *passim*. Disponible en: <https://goo.gl/7HSTM4>.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 41. Hechos que “no involucraron extensa planificación operacional o sofisticados explosivos o armas de fuego”, se aclara en la página 43 del informe.

Por otra parte, de las quinientas ochenta y siete sentencias reportadas sobre delitos relacionados con terrorismo, ciento cincuenta y siete corresponden a España. Esto se traduce en que, casi la cuarta parte de las sentencias por esta clase de delitos en los países europeos fueron emitidas por tribunales españoles. Para dar una idea de la dimensión, en Alemania se dictaron treinta sentencias, mientras que en Italia once. Resta por mencionar que tres cuartas partes de esas ciento cincuenta y siete sentencias españolas corresponden a lo que en el informe de Europol se denomina terrorismo separatista (ver cuadro n.º 3, Anexo). En otras palabras, a pesar de la baja tasa de actos terroristas ocurridos en territorio español, este es el país que, de lejos, más aporta casos de personas sentenciadas en toda la Unión. Esto hablaría de una eficiencia curiosamente abrumadora de las agencias estatales en el proceso a personas por actos calificables como terrorismo.

A ello podría contra argumentarse que los casos resueltos no necesariamente coinciden con actos del mismo año. Sin embargo, al revisar el número de sentencias de años anteriores, la constante no varía mucho, dado que en 2014 fueron emitidas ciento noventa y un sentencias, mientras que en 2015, ciento sesenta y una. Hay que precisar, además, que, de acuerdo con el reporte hecho para ese año 2015, en España ocurrieron dieciocho “incidentes” relacionados con ataques terroristas⁵⁶⁰. La desproporción es evidente.

Ahora bien, solo en la Audiencia Nacional, durante 2015, un buen número de sentencias (ver cuadro n.º 4, Anexo) se emitieron por “enaltecimiento del terrorismo”; de ese grupo de casos, la mayoría corresponde a contenidos de Internet⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ EUROPOL, Op. cit., p. 37; sin que ninguno de los hechos relacionados con ETA, advierte el informe, pueda ser considerado como un “ataque terrorista de alto perfil”.

⁵⁶¹ Estos datos coinciden con la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016, documento según el cual se incoaron durante 2015, ciento dos diligencias por delitos de terrorismo, “de todas ellas, 60 diligencias de investigación han sido incoadas por el delito de enaltecimiento de terrorismo y/o humillación a las víctimas”. Es decir, de todo el catálogo de delitos terroristas, la mitad del

Lo dicho trae dos consecuencias que deben ser analizadas en términos de uso racional del poder punitivo del Estado. Por una parte, que se ha venido invirtiendo una buena suma de recursos públicos en perseguir, por ejemplo, tuiteros⁵⁶²; y, por otro lado, esto implica que esos escasos recursos disponibles del sector justicia, por consecuencia lógica, no están siendo destinados para investigar lo que realmente sí es terrorismo, es decir, en sacrificio de lo que en economía se conoce como *costo de oportunidad*. Esta es una forma tal vez poco adecuada de destinar el patrimonio público con el fin de mostrar resultados aparentes de éxito en la lucha contra el terrorismo.

Por eso, para poder hacer una valoración adecuada de las políticas de control de la criminalidad, dice el profesor KLEIMAN⁵⁶³, es necesario balancear la rentabilidad que se generaría de reducir los delitos y de menguar la amenaza que ellos representan, en relación con los costos —monetarios, en sufrimiento y en las libertades— de las medidas que se adoptan para hacer frente a la delincuencia. El balance, al final, no resulta positivo. Por ello se debe decir que estamos ante una irrefutable demostración empírica de lo que se ha denominado como Derecho Penal simbólico, en este caso, con legislación antiterrorista, cada cierto tiempo renovada, para judicializar a un mayor número de personas, aun a pesar de la lejanía que pueda tener con el bien objeto de protección, solo para dar la seguridad de que *algo* se está haciendo en la lucha contra el terrorismo. Para LLOBET ANGLÍ, el Derecho Penal simbólico es aquel cuyos efectos de simbolismo tienen preponderancia sobre los instrumentales, incapaces de modificar la realidad social; por lo que esta normativa “no atiende tanto a la protección de bienes jurídicos como a la producción de efectos

esfuerzo de la Fiscalía del Estado se ha centrado en investigar conductas del artículo 578 del Código Penal. Cfr. p. 266 del informe.

⁵⁶² Recuérdese la búsqueda que se tuvo que realizar en el caso Cassandra, entre miles de tuits de años atrás, para ubicar un contenido de escaso humor referido a hechos ocurridos hace treinta años. La extracción forense, la destinación de personal y el uso de herramientas especializadas que el gobierno tuvo que adquirir (FTK, por ejemplo), han de ser especialmente valorados.

⁵⁶³ KLEIMAN, Mark, (2015), *Cuando la fuerza bruta fracasa. Cómo lograr que haya menos crimen y menos castigo*, Bogotá, Universidad de Los Andes, p. 21.

tranquilizadores en la sociedad”⁵⁶⁴. Es por esto que el concepto de Derecho Penal simbólico, junto con el Derecho Penal de autor, son inseparables del Derecho Penal del enemigo, en especial, en la legislación antiterrorista⁵⁶⁵.

La situación descrita no deja de ser preocupante para un país como Colombia, no solo por nuestra tendencia ya mencionada a copiar normas de Europa, principalmente de España, sino porque esta es una tierra muy fértil para el cobijo de semejantes teorías, dado que en Colombia “ese Derecho Penal del enemigo es practicado”⁵⁶⁶.

Son muchas las autorizadas voces que se han pronunciado sobre la evidente inconveniencia de adoptar un modelo de Derecho Penal del enemigo. Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ha explicado que estamos ante un “Derecho Penal de los no ciudadanos, de aquellos que por su oposición al modelo social, no son merecedores de las garantías que se vinculan a esa condición”⁵⁶⁷. Asimismo, agrega que esa orientación es incompatible con las exigencias constitucionales de un Estado social y democrático de derecho. En el mismo sentido, argumenta CANCIO MELIÁ: “hacer uso del Derecho Penal enemigo es incompatible con los principios básicos del Estado de derecho”⁵⁶⁸ y, por tanto, “No debe haber derecho distinto para el autor de una infracción terrorista que el que corresponde a cualquier otro delincuente”⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ LLOBET ANGLÍ, “¿Terrorismo o terrorismos?...”, Op. cit., p. 238.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 240.

⁵⁶⁶ CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿Derecho Penal del enemigo?”, Op. cit. p. 127. Este planteamiento es constatado con detenimiento como puede verse en COTE BARCO, Op. cit.

⁵⁶⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, (2012), *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy*, Madrid, Iustel, p. 249.

⁵⁶⁸ CANCIO MELIÁ, “Terrorism and Criminal Law...”, Op. cit., p. 112.

⁵⁶⁹ CANCIO MELIÁ, “Concepto jurídico-penal del terrorismo”, Op. cit., p. 51.

Al parafrasear a la profesora PÉREZ CEPEDA⁵⁷⁰, se puede colegir que la instrumentalización del Derecho Penal sirve a determinados intereses estatales que, bajo el paraguas del terrorismo pretenden acallar voces que pueden estar tras legítimas (o también ilegítimas, por qué no) demandas. No se olvide que, de todas formas, el etiquetamiento de terrorista y el concepto de *terrorismo* son aún asignaturas pendientes.

Es así que, “todos conocemos los execrables comportamientos a los que se está haciendo referencia, pero sería bueno que comprendiéramos que las leyes penales no son el mejor instrumento para acabar con la vileza moral o las actitudes canallas de ciertos ciudadanos”⁵⁷¹. En palabras de ROXIN, el Estado no puede prohibir todo aquello que querría, sino únicamente lo que sea necesario para la seguridad y la libertad de las personas⁵⁷².

Pero las palabras no solo vienen de la academia, ya que, como ha reconocido la OSCE, la configuración de esta clase de tipos penales implica un “riesgo claro y previsible de abuso, debido a la penalización generalizada de ideas u opiniones”⁵⁷³. Por eso, tal vez, el

⁵⁷⁰ En: PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista...* Op. cit. p. 172.

⁵⁷¹ Díez RIPOLLÉS, “El Derecho Penal ante el terror”, *Jueces para la democracia*. n.º 29, Madrid, diciembre de 2009. p. 6.

⁵⁷² ROXIN, Claus, (2012), *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, Barcelona, InDret. Precisamente el profesor de Múnich se refiere a la imposibilidad que existe de reprimir la libertad de expresar la opinión propia.

⁵⁷³ Dice el texto completo: “The criminalisation of speech directly inciting or provoking the execution of terrorist acts is already provided for in a number of States and is not contentious. On the other hand, criminalisation of ‘indirect’ incitement or apologie /glorification of terrorist acts or terrorism more generally is more complicated. Criminalisation of such speech entails a clear and predictable risk of abuse due to the general criminalisation of the expression of ideas or opinions that are not ‘liked’ by the majority, without questioning whether or not they are in fact likely to lead to the commission of a terrorist act. This problem is particularly acute in relation to offences which fall short of actual ‘incitement’ such as apologie, glorification or justification of terrorism. The problem of definition of such offences is exacerbated by the fact that the notion of terrorism’ itself

influyente diario *El País* propone que “los libros deben ser combatidos con los libros”⁵⁷⁴. Lo absurdo de la penalización del delito de apología del terrorismo, al menos en Colombia, hace que, por ejemplo, CANCIO MELIÁ⁵⁷⁵ se cuestione sobre la racionalidad político criminal de la penalización al usar una camiseta de Osama BIN LADEN, el Che GUEVARA, Onésimo REDONDO o ESPARTACO⁵⁷⁶.

is notoriously difficult to define”. Cfr. Background paper on Human Rights considerations in combating incitement to terrorism and related offences OSCE/CoE Expert Workshop. Preventing Terrorism: Fighting Incitement and Related Terrorist Activities. Disponible en: <https://goo.gl/q3kE3q>. Consultado en octubre de 2014.

⁵⁷⁴ Véase: <https://goo.gl/SaiXjz>. David IRVING, historiador británico negó en unas conferencias la existencia del holocausto, por tal motivo fue condenado en el 2006, por lo que *El País* de España sostuvo: “La sentencia deja mal sabor en la boca en unos momentos en que la libertad de expresión está en cuestión por las caricaturas de Mahoma y diversas leyes restrictivas” (editorial del 22/02/06). Eran los días en que un medio de Dinamarca había publicado unas caricaturas sobre Mahoma y que tanta conmoción causó en Europa. De lo anterior, David IRVING, un tipo anónimo para muchos, pasó a ser un héroe que recibe cientos de cartas y un mártir de la justicia que, al tratar de callarlo, lo hizo famoso.

Pero el asunto no se limita a libros, prensa o conferencias. La proliferación de sentencias basadas en publicaciones o retuits en las redes sociales también deben llevar a la misma conclusión, tal como expone BENSON: “Internet puede servir como un ‘coto terrorista’ (*terrorist preserve*) en el que las personas pueden hablar, gemir, predicar y quejarse al contenido de sus corazones, siendo (...) significativamente menos amenazantes que si expresaran sus frustraciones mediante la acción”, es por ello que “es mucho más lógico concluir que los Estados no deben tratar a sus poblaciones como una amenaza, sino más bien utilizar Internet como una herramienta que permite que aquellos que prefieren la paz ayuden a garantizarla”. Cfr. BENSON, *Why Internet is not...* Op. Cit. p. 293.

⁵⁷⁵ CANCIO MELIÁ, *Delitos de organización...* Op.cit., p. 664.

⁵⁷⁶ Aún hay más. Cuenta el famoso libro bíblico de *El Éxodo* que la libertad del pueblo hebreo se logró gracias a un buen número de plagas que se enviaron a los egipcios. El *terror* causado entre *el pueblo egipcio* hizo que el faraón doblegara su voluntad y liberara a los israelitas. Estos hechos,

Por lo visto en lo que se refiere al presente apartado, se debe decir que, a pesar del margen nacional de apreciación con que cuentan los países —o regional, si hablamos de sistemas de protección de derechos humanos—, hay una preocupación generalizada sobre la forma en que, bajo la sombra de un discurso antiterrorista, se han venido coartando derechos, especialmente, como se ha visto hasta ahora, el de la libertad de expresarse. Esa preocupación se hace manifiesta cuando los tres relatores especiales designados por los sistemas regionales (americano y europeo), así como el del sistema universal, coinciden en resaltar la inconveniencia en términos de garantías de un tipo penal como el hasta ahora examinado.

Pero, esta forma de hacer de la palabra un crimen terrorista es solo explicable a partir de un modelo que busca mostrar resultados, así el impacto en la lucha contra el fenómeno mencionado no sea tal. Es, como se ha destacado, puro simbolismo, evidente demagogia criminal para decir que la lucha se está ganando y así se le hace saber a la comunidad internacional. Se trata, entonces, de un tejido maligno. Es palpable que lo descrito coincide plenamente con un reprochable —desde el punto de vista de legitimación— Derecho Penal del enemigo. Ese derecho para las no-personas, para los *entes*, es un retroceso en un Derecho Penal liberal que algunos aún —tozudamente— nos empeñamos por defender.

Extender las barreras del terrorismo a otro tipo de conductas o, como en el caso de la apología impropia, meter comportamientos contra la moral en el mismo saco de los delitos terroristas, implicará necesariamente encontrar nuevos enemigos. De paso, los efectos nocivos de una legislación para el enemigo serán extendidos a cada vez más y más ciudadanos. Tal vez se llegará al punto de no poder diferenciar —si es que alguna vez fue posible— quiénes son los amigos y quiénes los enemigos⁵⁷⁷ y, de paso, mientras definimos

descritos en la Biblia y replicados una y otra vez en diferentes cultos, ¿no son acaso una exaltación de dichos actos de terror?

⁵⁷⁷ Preocupante, por ejemplo, que aún —al momento de escribir estas líneas— existan, ¿tal vez?, más de doscientas personas privadas de la libertad, con absoluta negación de los derechos reconocidos en Occidente, en una base militar de Guantánamo. Pero más preocupante es que exista

quiénes somos unos y otros, la posibilidad de expresarnos libremente se nos irá acabando y, con ella, la democracia.

la posibilidad de que se teorice sobre la opción de someter a la tortura a los sospechosos de actos terroristas y que, además de ello, se deriven pruebas válidas ante un Tribunal. Sobre lo primero, pueden verse, AMBOS, Kai, (2009), *Tortura y Derecho Penal. Respuestas en estados de emergencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia; así como, HUSTER, Stefan; GARZÓN, Ernesto y MOLINA, Fernando, (2010), *Terrorismo y derechos fundamentales*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Particularmente GARZÓN se ocupa de la amplia literatura existente sobre la exploración de “métodos contundentes” en contra de los terroristas o de temas abordados del estilo *Do terrorists have rights?* Cfr. p. 61. En el mismo texto, MOLINA señala que debe “establecerse un sistema de principios generales de justificación para afrontar las situaciones nuevas”, al referirse a la posibilidad de usar la tortura, por la vía del estado de necesidad. Verbigracia, p. 101. Sobre lo segundo, puede verse: <https://goo.gl/gbWjgC>. Consultado en abril de 2013. Este artículo de prensa sugiere que las declaraciones en los tribunales de Guantánamo fueron obtenidas mediante tortura.

CONCLUSIONES

1. PLATÓN anticipaba en *Crátilo* que cuando la conexión entre palabras y mundo es arbitraria, difícilmente el lenguaje permitiría comprender el universo. Han sido transversales a la experimentación realizada aquellos temas que parten de lo ontológico. Así, contrario a lo que suele pensarse, apología e incitación no son, por lo menos en el plano de la etimología y la semántica, lo mismo. Apologizar es ensalzar algo o a alguien, mientras que incitar es provocar o motivar a otro a realizar un acto. Hay un puente entre los dos, pero un río que los separa. Además, cuando a tales expresiones le sumamos el apellido “terrorismo”, el asunto se hace más complejo, en especial, porque, como ya se anticipó, en uno u otro caso podría tener consecuencias penales y, al mismo tiempo, afectar garantías como la libertad de expresión.

Ese apellido que se le ha puesto también es problemático, bien desde el plano político y social —como herramienta de deslegitimación del otro o de etiquetamiento personal— o como concepto, con específicas y graves consecuencias jurídicas. De este modo, en el ámbito internacional, en el derecho positivo o en la doctrina, ha sido imposible lograr un consenso sobre lo que esto significa. En consecuencia, hay que reconocer que no sabemos qué tenemos entre manos cuando hablamos de terrorismo: por lo menos, la naturaleza del concepto puede variar considerablemente entre los pueblos.

2. Por lo pronto, un elemento común, reconocido principalmente por varios autores, es que se trataría de actos de violencia *mediática*, es decir, conductas que son solo un medio para comunicar algún mensaje al público. Aunque puede ocurrir que lo reprochable no sea necesariamente el mensaje que se lleva (reivindicación de algún territorio, cierta proclama religiosa, presión a determinado gobierno u organismo), sino la forma en que ese mensaje se comunica.

3. Este es uno de los elementos distintivos frente a otras formas de delincuencia como la criminalidad organizada. A tales grupos no les interesa hacer algún tipo de proclama, sino obtener un rédito económico de determinada actividad ilícita. Esta notable diferencia hace necesario que la forma de analizar los fenómenos y de responder como sociedad pueda tener sutiles orientaciones. Por ejemplo, al observar su conexión con conflictos armados, esta situación avalaría el uso de la fuerza por parte del Estado, o incluso la comprensión que pueda existir sobre la necesidad y la legitimidad para imponer una sanción o, en otros términos, la verificación del cumplimiento de los fines de la pena en uno y otro caso. No obstante, tampoco se pueden desconocer los vasos comunicantes entre ambos fenómenos delictivos.
4. En el otro extremo de la balanza, tenemos a la libertad de expresión. Su existencia como garantía universalmente reconocida se justifica, principalmente, desde tres puntos de vista: i. como herramienta para el descubrimiento de la verdad; ii. como una manifestación de la dignidad humana y, en concreto, del libre desarrollo de la personalidad; y iii. como fundamento de la democracia. Precisamente estos criterios han servido como guía de orientación en el entendimiento que, a partir de los instrumentos internacionales y de las constituciones de cada país, los tribunales de justicia le han dado a la posibilidad de expresarse libremente, sus restricciones y posibles tensiones.

En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hay una fuerte tendencia a examinar el valor de la democracia al momento de definir si cierto discurso se encuentra protegido. En particular, se resaltan circunstancias como el contexto en el que las manifestaciones han sido hechas. Un grupo de sentencias dictadas en el mes de julio de 1999, en especial el caso Sürek, han servido para justificar la represión de manifestaciones asociadas con el terrorismo. En cambio, desde 2010, con el

caso Gül, se percibe una posición diferente en ese Tribunal, al afirmar que dicha expresión genera un peligro real e inminente. No obstante, aún no hay un criterio pacífico sobre los alcances de la garantía en el sistema europeo, de lo que dan cuenta los casos Daniel Leroy y Herri Batasuna, así como los votos disidentes de algunos magistrados.

En el sistema interamericano, con un menor número de casos analizados por la Corte regional, la preocupación ha estado orientada a salvaguardar la libertad de prensa y reducir el ámbito de penalización de las conductas de injuria y calumnia, para lo cual se exigió en algunos casos la intención de causar daño. No hay, hasta ahora, casos en la Corte Interamericana sobre apología del terrorismo o al genocidio.

En los sistemas nacionales, los Estados Unidos de América son un necesario referente. Este país, luego de muchos años de debate, pasó de la doctrina denominada *bad tendency* a un criterio del peligro actual e inminente; pero, en todo caso, siempre se valoraron el momento histórico y las circunstancias de la manifestación hecha. En el Reino de España, el derecho en mención ha estado, teóricamente, vinculado al pluralismo político y al adecuado desenvolvimiento de la democracia. Además, por el lado del Tribunal Constitucional se observa, por lo menos en lo que se refiere a la apología del genocidio –aunque también, en tiempos más recientes, al enaltecimiento terrorista –es necesario que concurra la incitación a cometer esa clase de graves delitos.

La Corte Constitucional de Colombia, con un entramado de reglas, ha afirmado que existe una presunción general a favor de la libertad de expresión, lo que se desprende de la posición prevalente que a tal derecho se le ha otorgado; de esta manera, cualquier restricción que se haga, entra en categorías sospechosas. Esto se fundamenta, principalmente, en la naturaleza de la libertad de expresión como uno de los elementos de la dignidad humana. Por ello, cuando se trata de penalizar la incitación a la violencia, no

basta con la emisión de las palabras, sino que es necesario examinar la posibilidad de reacción violenta y la conexión entre el mensaje y dicha reacción.

Estas diferencias resultan adecuadas en tanto existen ciertos márgenes de apreciación, nacional y regional, para establecer en qué casos es legítima la restricción a la libertad de expresión, anclados en aspectos culturales e históricos. Ese margen podría suponer que es válido, en determinados contextos, limitar la garantía, por ejemplo, con la tipificación de la apología del terrorismo, por lo que se hace viable continuar con la experimentación del trasplante anunciada en la introducción; de allí que se haya hecho recomendable analizar ese *tejido*, según el símil propuesto en la introducción de este trabajo.

5. La apología del terrorismo prevista en el artículo 578 del Código Penal español se diferencia de la simple apología del artículo 18 por el hecho de que la incitación o provocación no son requisitos para su punibilidad. Además, esta merece una distinción entre sus diferentes apartados, orientada a las consecuencias. De esta manera, a la justificación o enaltecimiento de los terroristas se le ha denominado *apología propia*, mientras que a la humillación o menosprecio de las víctimas de esos actos, dado que no son propiamente un enaltecimiento, se les rotuló como *apología impropia*.

Esta distinción es importante porque, por ejemplo, el bien jurídico tutelado puede variar entre uno y otro supuesto. Así, mientras que la apología propia, según se afirma, podría estar tras la protección del orden constitucional o la seguridad pública; en la modalidad impropia estaríamos ante hechos que afectan el honor. Por la misma vía, mientras que el sujeto pasivo en el primer caso sería la sociedad, en el segundo serían las personas que han sido víctimas de actos terroristas y sus familiares. Igualmente, el enaltecimiento es un delito de peligro abstracto y, en cambio, se observa que la humillación a las víctimas podría ser de lesión.

Las diferencias continúan. No es posible concebir la *autoapología propia*, pero sí es posible que quienes ejecutan actos terroristas quieran hacer padecer un sufrimiento adicional a aquellos que han sido víctimas de tales actos. En cuanto a la situación de las personas que ejecutaron los actos, en la modalidad propia debería exigirse una condena previa de los individuos que realizan actos terroristas o, por lo menos, una demostración de que tienen esa calidad de terroristas; no así en la apología impropia, en la que las personas afectadas por un acto terrorista, son víctimas sin necesidad, siquiera, de tener previamente individualizado a su autor. Finalmente, la publicidad es un signo distintivo exigible en la primera hipótesis, pero no en la segunda.

6. Lo que sí tienen en común ambas modalidades de apología es la dificultad de discernir en qué circunstancias estamos ensalzando a una persona, por su calidad de terrorista; o si determinado acto delictivo puede ser catalogado como terrorismo y, de ahí, se califique al perjudicado como víctima de acto terrorista. El concepto mismo de terrorismo no solo es problemático, según ya se analizó, sino que la redacción del capítulo en el que se inscribe esta norma permite considerar como uno de aquellos delitos a esos actos que van desde protestas hasta conductas imprudentes. La indefinición de terrorismo también impacta en la apología impropia, pues allí el tipo penal dependerá en buena medida de si a quien lanza la frase deshonrosa se le atribuye ese calificativo —que, por cierto, hasta ahora ha dejado por fuera al terrorismo de Estado—. Si tan fantasmagórico concepto sigue latente, el error de tipo debe ser considerado seriamente en ambas hipótesis de apología.
7. Por lo pronto, parece que, para la Audiencia Nacional y, en la mayoría de los casos, para el Tribunal Supremo español, no es necesaria la provocación para entender actualizado el comportamiento de apología propia de actos terroristas. Sin embargo, esto haría más grave el delito analizado, que atenta contra la Constitución o la seguridad pública, respecto de un delito de apología del genocidio, que afecta a toda la humanidad, pues en este último

caso se exige la incitación, tal como lo explicó en su momento el Tribunal Constitucional español. Esa Corte, por cierto, dejó latente la posibilidad, en un juicio de amparo, de entender que para lograr una válida punición de la apología del terrorismo, la provocación debe ser, por lo menos, indirecta.

8. No obstante, las recientes decisiones del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional no siguen esa línea. Por el contrario, han preferido fundamentar sus decisiones en fallos como Zana o Sürek contra Turquía de 1999 (Cfr. STS 820/2016), cuando esa doctrina ha perdido fuerza en los últimos fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde el año 2010. Tal vez el Supremo y la Audiencia Nacional saben que de aceptar la tesis insinuada por el Constitucional, dejarían sin efecto útil al artículo 579 del Código Penal.
9. Finalmente, en lo que tiene que ver con la apología impropia, si se trata de un acto ofensivo y de humillación hacia las víctimas, esto debería tener un tratamiento análogo al de la injuria, por ejemplo, en lo que refiere a la retractación, el perdón, la cantidad de pena, la medición de la lesividad y el ánimo de ofensa. Pero, lamentablemente, no es así y se han emitido condenas aun en aquellos casos en los que los familiares de la víctima han manifestado que no se sintieron ofendidos.
10. A pesar de todas estas dificultades percibidas, para realizar el ejercicio de observación experimental de forma completa, se hacía necesario proceder al trasplante del *defectuoso tejido*, no sin antes descartar la existencia de un comportamiento análogo, tal vez con otra denominación jurídica en Colombia. Se observa que la apología propia no cabe dentro de la descripción de instigación para delinquir, financiación del terrorismo, amenazas, concierto para delinquir y, mucho menos, terrorismo. En cambio, se considera que la apología impropia no es más que una injuria, acaso calificada por la condición de las víctimas, por lo que no sería necesario su consagración nuevamente.

11. En un país como Colombia, que viene copiando normas foráneas desde antes de su existencia como república (pues ya lo habíamos hecho con el Código Civil), en medio de un conflicto armado que, aunque en fase de cierre, todavía existe, y con el siempre evidente interés político en hacer demagogia criminal, resulta latente el riesgo de trasladar textos normativos como el presente e incluirlos en el orden jurídico del país suramericano. Por lo tanto, el análisis de su eventual trasplante es oportuno.

12. Pero, para tal fin, era necesario un modelo de experimentación, por lo que se escogió uno bastante difundido, estructurado en cinco niveles de racionalidad: ético, teleológico, pragmático, jurídico-formal y lingüístico. En cada uno de esos niveles se encontró algún reproche que hiciera ilegítima su incorporación.

Así, por ejemplo, en el plano ético, no se podría percibir adecuadamente una verdadera lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos de la protección constitucional y del orden público, sin perder de vista que una norma de esta naturaleza, que procura resguardarnos de un mensaje terrorista, coloca a los ciudadanos como personas que no tienen la capacidad suficiente para discernir. De cualquier manera, se aleja tanto del bien jurídico que se castiga alguna afinidad ideológica, bastante imperceptible y realmente difícil de probar. En el nivel teleológico, aún se presentan serias dificultades para estar de acuerdo sobre el adjetivo que deberían recibir ciertos grupos armados — si acaso subversivos, combatientes, delincuentes políticos o guerrilleros— y, a partir de ahí, definir si se justifica que la respuesta a los mensajes que pretendan exaltarlos merece reproche penal.

A su vez, un análisis pragmático, orientado a la posibilidad de alcanzar algún objetivo previamente identificado permite, gracias a las vivencias de este país de América del Sur, considerar que la criminalización de cierto tipo de pensamiento divergente no ha dado resultado. En tiempos de mayor represión es cuando más se han fortalecido los grupos que, luego, han

ejecutado actos terroristas, como las FARC; asimismo, es cuando más se ha criminalizado la protesta. Pero, además, en el terreno de las consecuencias, este tipo penal plantea muchas dificultades en su ejecución: la globalización de los mensajes, el lugar en que se le otorga a alguien el calificativo de terrorista, la cooperación internacional y, especialmente, la eficiencia de la sanción penal.

Poco o nada puede importarle a un fundamentalista de ISIS en alguna población de Siria si tal delito existe en nuestras legislaciones; en otro sentido, sin actividad bélica por parte de FARC o ETA, de nada sirven las cientos de condenas que anualmente se emiten por un supuesto enaltecimiento del terrorismo. Si seguimos persiguiendo a quienes hacen alguna manifestación relacionada con el etéreo concepto del terrorismo, cual si se tratase de un *cartel del tuit*, nos quedaremos acaso con uno que otro mimo, monocromático imitador de Marcel MARCEAU.

En cuanto a la racionalidad jurídico-formal, se observa que difícilmente una norma de esta naturaleza podría caber en el ordenamiento colombiano, básicamente porque, por una parte, los criterios del sistema interamericano han estado orientados a salvaguardar en buena medida la libertad de expresión y, por la otra, la Corte Constitucional de Colombia, tal como ya se expresó, le ha dado un lugar preferente a esa garantía; de ahí que su afectación ya resulta “sospechosamente” contraria a la Carta.

Finalmente, en el nivel de racionalidad lingüística, se advierte la indefinición de terroristas; pero, sobre todo, la amplitud y la textura tan general del lenguaje utilizado por este hipotético legislador, ya que no define circunstanciadamente algunas situaciones —como cuando una persona aún no ha sido declarada terrorista o ya dejó de serlo, o en el caso en que se ensalza a alguien por calidad diferente a la que le era reprochada—. Esta situación ya había sido descrita, desde KUNDERA y sus múltiples facetas de la vida, hasta JUNG con su relación entre persona y máscara. Todas estas

circunstancias hacen que posiblemente se terminen penalizando comportamientos extrañamente contrarios a un interés orientado a la protección constitucional o, por lo menos, que sean sometidos a extensos procesos penales, lo que produce un efecto de enfriamiento; a saber, un desaliento para discutir asuntos que podrían estar detrás de cierta reclamación que se hace por medios inadecuados, pero posiblemente legítima. Esto no lo sabremos. Sobre ello no se podría discutir.

13. De esta forma, el trasplante del defectuoso tejido no solo sería rechazado por el organismo receptor, sino que podría generar una metástasis o un efecto contaminador que se percibe, por ejemplo, en una *aparente* lucha contra el terrorismo. Se resalta su apariencia en querer mostrar que hay resultados positivos en esa tarea: un número elevado de condenas que, a la postre, deriva en la afectación de recursos públicos en perseguir tuiteros, titiriteros e inoficiosos vecinos. Pero no al verdadero terrorista.
14. Esto no es más que simbolismo, que solo resultaría “admisible” si estamos ante lo que se ha denominado *Derecho Penal del enemigo*. Esa distinción hacia un colectivo denominado no-ciudadano, con reducción de garantías procesales, alejado de la afectación de bienes jurídicos, con penas desproporcionadas, no sería ético para un Estado que se proclama como social y de derecho, como el colombiano. Se reitera por la jurisprudencia que la apología examinada no es terrorismo, pero se le ubica en dicho capítulo y la competencia para su enjuiciamiento es entregada a la Audiencia Nacional. No obstante, ha de decirse que “Ceci n'est pas une terrorisme”, en paráfrasis a la obra de René MAGRITTE. Esto es, realmente, un legítimo ejercicio de la libertad de expresión, y su criminalización como tal resulta injustificada.
15. En ese orden de ideas, el trasplante sugerido es inconveniente. Este ejercicio, ciertamente, debería realizarse siempre que se pretenda traer —sin miramientos y desatendiendo realidades históricas, culturales y económicas— normas de otros países: privatización del sistema

penitenciario de Norteamérica, las medidas contra el crimen organizado italianas, o la restricción en el ejercicio de la libertad de cultos francesa.

16. En nuestro caso, si el énfasis de una legislación, para salvaguardar la posibilidad de expresarse libremente, está anclado en la democracia, en lugar de penalizar este comportamiento, lo que debería permitirse es un debate abierto sobre las causas y las consecuencias de los actos terroristas, sean estos religiosos, de Estado, políticos o de cualquier naturaleza. Solo así se robustecen las instituciones y se cumple con el cometido declarado y reconocido que se le ha otorgado a la libertad de expresión en el fortalecimiento de la democracia y, de paso, de sus instituciones constitucionalmente reconocidas. Cercenar la libertad de expresión es, sin más, la vía más idónea de acallar la demanda por nuestras garantías: ¿cómo pueden exigirse derechos, si ni hablar es posible?
17. Por otra parte, si lo que fundamenta la libertad de expresión es la dignidad humana, el acto de endilgarle a cualquier ciudadano una pena por su forma de pensar es una manera de negar esa condición de dignidad, sobre todo, cuando, en buena parte de los casos, lo que hay detrás es un asunto de convicciones. Este aspecto está protegido por las constituciones española y colombiana y difícilmente se llegará a él por la violencia estatal representada en penas de prisión y —luego de la reforma de 2015— el aval para suprimir, tachar y borrar del acceso al público aquellas ideas que nos parecen oprobiosas. Todo lo anterior, tristemente, trae a la memoria la *Aktion wider den undeutschen Geist* del 10 de mayo de 1933. Hemos vuelto a quemar las opiniones.
18. Al final, estamos ante la criminalización de las palabras, simple fórmula para encarcelar los pensamientos, desde los disidentes, hasta los fútilmente inofensivos.

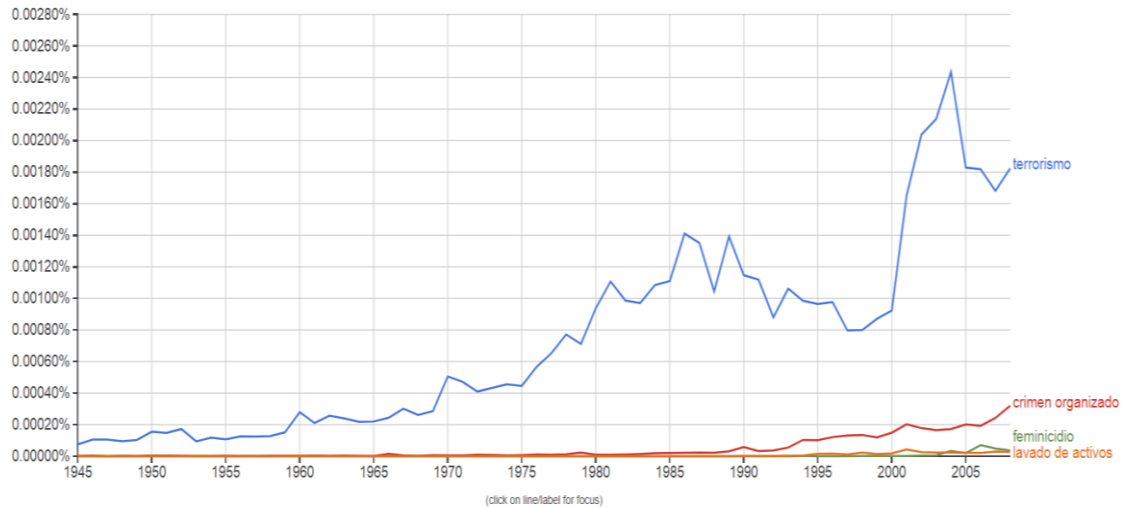
*Si no creemos en la libertad de expresión para la gente que
despreciamos, no creemos en ella en absoluto.*

Noam Chomsky

ANEXOS

Cuadro Anexo n.º 1

Literatura en castellano sobre terrorismo

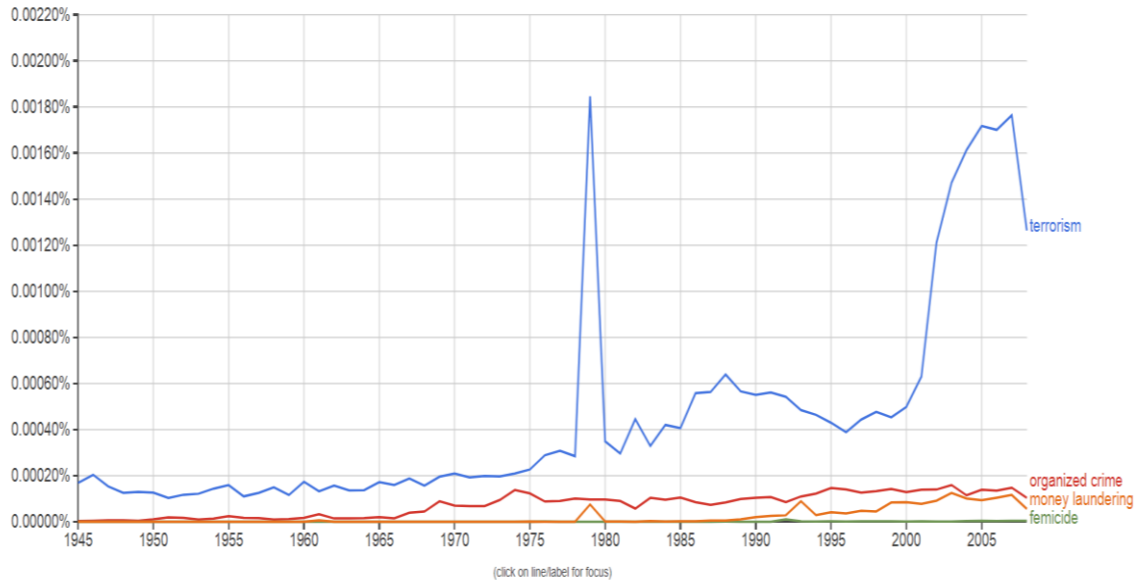


Fuente: *Ngram Viewer*-elaboración propia.

La herramienta utilizada permite observar el porcentaje de registros que sobre ciertas expresiones aparece en la literatura en castellano. Para el análisis se partió de 1945, cuando aparece un nuevo orden mundial con ocasión del fin de la Segunda Guerra mundial. En este caso se compararon las palabras *terrorismo*, *crimen organizado*, *feminicidio* y *lavado de activos*. El resultado de *terrorismo* es considerablemente mayor con picos relevantes en la década de los ochenta (posiblemente asociados con la actividad de ETA) y, particularmente entre 2001 y 2004 (posiblemente asociado con la aparición del *terrorismo yihadista* y los ataques a grandes urbes mundiales).

Cuadro Anexo n.º 2

Literatura en inglés sobre terrorismo



Fuente: *Ngram Viewer*-elaboración propia.

En la lengua inglesa se ven dos picos significativos en relación con el terrorismo. El primero a finales de la década de los setenta. Asociados posiblemente a la OLP y al Frente Popular para la Liberación de Palestina, época en que era costumbre el secuestro de aeronaves. El segundo repunte tiene lugar luego de 2001, muy seguramente en relación con el ataque al World Trade Center en Nueva York. Sigue siendo significativa la diferencia entre este y los demás fenómenos comparados: *organized crime*, *money laundering* y *femicide*. Se nota, a diferencia de lo que ocurre en castellano, un permanente y más remoto interés en el crimen organizado.

Cuadro Anexo n.º 3

Número de sentencias dictadas en 2016 por delitos de terrorismo, discriminado por país y por actor

TABLE / Number of verdicts in 2016 per EU Member State and per type of terrorism, as reported to Eurojust.

Member State	Jihadist	Separatist	Left-wing	Right-wing	Not specified	Total
Austria	26	0	0	0	0	26
Belgium	138	0	0	0	0	138
Denmark	6	2	0	0	0	8
Estonia	2	0	0	0	0	2
Finland	4	0	0	0	0	4
France	68	0	0	0	0	68
Germany	28	2	0	0	0	30
Greece	0	0	3	0	0	3
Hungary	0	0	0	1	1	2
Italy	11	0	0	0	0	11
Lithuania	0	0	0	0	1	1
Netherlands	32	5	0	5	0	42
Portugal	1	0	0	0	0	1
Slovenia	0	0	0	0	1	1
Spain	38	116	0	3	0	157
Sweden	4	0	0	0	0	4
United Kingdom*	0	0	0	0	89**	89
Total	358	125	3	9	92	587

* The data provided by the United Kingdom was not broken down by type of terrorism and is therefore included under the category 'Not specified'.

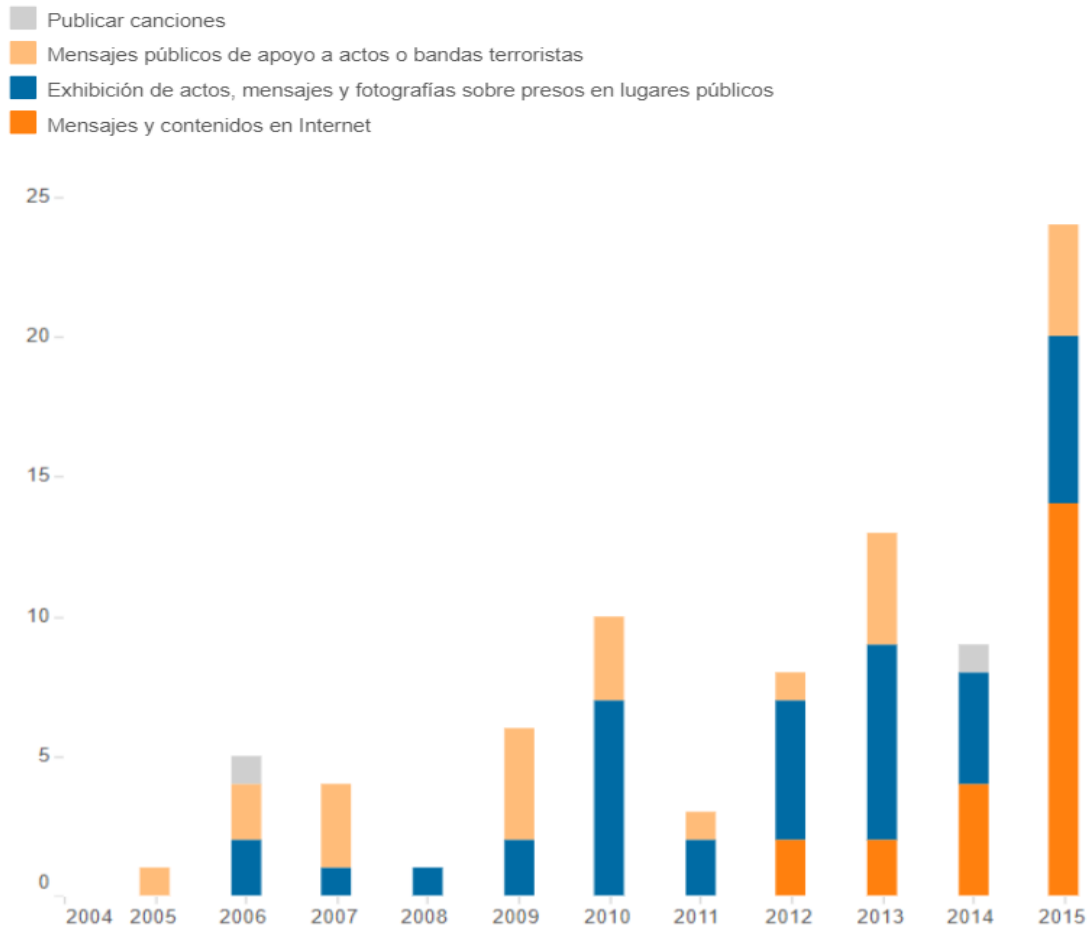
** The figures included in the UK submission to the TE-SAT differ from those reported by Eurojust. The UK submission included a figure of 68, consisting of 56 convictions and 12 acquittals. The TE-SAT is using the Eurojust figures for consistency.

Fuente: Europol.

Como se dijo en el apartado respectivo, España es el país que más personas ha sentenciado por delitos relacionados con terrorismo en Europa, a pesar de sus bajas tasas de ataques durante ese año. Pero llama la atención que, a pesar de que ETA desapareció como grupo armado en 2011, existen ciento dieciséis sentencias por *terrorismo separatista*.

Cuadro Anexo n.º 4

Sentencias dictadas por enaltecimiento al terrorismo por la Audiencia Nacional



Fuente: Cendoj. Gráfico: Raúl Sánchez.

http://www.eldiario.es/politica/titiriteros-Espana-enaltecimiento-terrorismo-ficcion_0_483652582.html

Solo en lo que se refiere a la Audiencia Nacional, se emitieron durante 2015 un total de veinticinco sentencias por enaltecimiento del terrorismo. De esas, la mayor proporción se relaciona con mensajes y contenidos en Internet. En otros términos, la lucha contra el terrorismo por parte de los fiscales de la audiencia nacional se ha llevado a cabo, en buena medida, en redes sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, (2011), *Memento práctico penal*, Santiago de Compostela, Ediciones Francis Lefebvre S. A.
- ALASTUEY TOBÓN, Carmen, (2016), “Discurso del odio y negacionismo en el Código Penal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º. 18-14.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, (2012), *Constitución y principios del Derecho Penal*, México, Editorial Tirant Lo Blanch.
- (2012), “Discurso del odio y discurso político”, *Defensa de la Libertad de los Intocables, Criminet, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Tecnología*, Granada.
- ALVARADO BUSTOS, Bibiana, (2012), *De altruistas a terroristas*, Tesis magistral, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- AMBOS, Kai, (2009), *Tortura y Derecho Penal. Respuestas en estados de emergencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- et al. (eds.), (2016), *Terrorismo y Derecho Penal*, Cedpal, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Consideraciones de AI a las enmiendas presentadas por el Grupo Popular a la Ley Orgánica de Reforma del Código Penal en materia de terrorismo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, enero de 2015.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco, (1990), “Notas sobre la evolución de la teoría liberal de la libertad de expresión”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º. 6, 1990-9-22, Madrid Editorial Universidad Complutense de Madrid.
- ARAGÓN, Arcesio, (1938), *Código penal, Ley 95 de 1936, vol. v*, anotado, concordado y comentado, Bogotá, Biblioteca jurídica de la Universidad del Cauca, pp. 132 y 133.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Intervención de Sir Jeremy Greenstock, Representante del Reino Unido (DOC. A/56/PV.12), p. 18.

ASÚA BATARRITA, Adela, (2002), “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, en: ECHANO BASALDÚA, Juan, *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, Universidad de Deusto.

----- (2006), “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal. Delitos de terrorismo, finalidades terroristas y conductas periféricas”, en: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DIEZ (coord.), Buenos Aires, B. de F. Editores.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, (1993), *Tras la justicia, una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, Ariel Editores.

----- (1997), *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Editorial Civitas.

AUDIENCIA NACIONAL DE ESPAÑA:

SAN de 9 de julio de 2008.

SAN de 29 de julio de 2007.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA, AAP de 26 de mayo de 2004.

BAKER, Edwin, “Scope of the First Amendment. Freedom of Speech”, *UCLA Law Review*, Rev. 964, 1977-1978, Los Ángeles.

BARBOSA DELGADO, Francisco, (2012), *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

BARENDT, Erik, (2005), *Freedom of Speech*, Oxford, Oxford University Press.

BASI, Vincent, (1995), “Milton’s Areopagitica and the modern first amendment”, *Occasional paper*, n.º 6, Universidad de Yale.

- BAUCELLS I LLADÓS, Joán, (2000), *La delincuencia por convicción*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- BECERRA MUÑOZ, José, (2013), *La toma de decisiones en política criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (2016), *Propuestas de rediseño institucional para la elaboración y evaluación de la política criminal por parte del gobierno en Hacia la evaluación racional de las leyes penales*, NIETO MARÍN, MORALES ROMERO y BECCERA MUÑOZ (eds.), Madrid, Marcial Pons.
- BENLLOC PETIT, Guillermo, (2001), *El Derecho penal ante el conflicto político*, APDCP, vol. LIV.
- BENSON David (2014), “Why the internet is not increasing terrorism”. En *Security Studies*, vol. 23.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, (1981), “Derecho represivo en España durante los periodos de la guerra y la posguerra (1936-1945)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico n.º 3, Madrid.
- (1987), *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Madrid, Editorial Tecnos.
- SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón, “Reflexiones político-criminales sobre el terrorismo”, *Derecho Penal y Criminología. Revista del instituto de ciencias penales y criminológicas*, vol. X, n.º 34, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero/abril 1988.
- (1991), “Los límites entre el derecho al honor y los derechos a la personalidad”, *Anuario de 1990*, Barcelona, Departamento de Derecho y Ciencias Política, Universidad Autónoma de Barcelona.
- et al.*, (2010), *Derecho Penal, parte general*, Barcelona, Ediciones experiència.

----- (2012), *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy*, Madrid, Iustel.

-----PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, (2015) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo I, introducción del Derecho Penal*, 2ª edición, Madrid, Ediciones Iustel.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio, (2004), *Protagonismo de las víctimas de hoy y de mañana*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

BERTONI, Eduardo Andrés, (2008), *La Libertad de expresión en el Estado de Derecho*, 2ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto.

BILBAO UBILLOS, Juan María, “La Negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La endeble justificación de los tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Público. UNED*, n.º 71-72, enero-agosto 2008.

BORK, Robert, (1971), “Neutral principles and some first amendment problems”, *Indiana Law Journal*, n.º 47.

-----“The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and hustler magazine vs. Falwell”, *Harvard Law Review*, vol. 103, n.º 3, enero de 1990, Boston.

BRONOWSKI, Jacob, (1979), *El Ascenso del hombre*, Bogotá, Fondo Educativo Interamericano.

CADALSO, Fernando, (1896), *El anarquismo y los medios de represión*, Madrid, Impresores Romero.

CADAVID, Erich, *Historia de la guerrilla en Colombia*, Universidade Federal de Juiz de Fora.

CAMPO MORENO, Juan, (1997), *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia, Editorial General de Derecho.

----- (2000), *Los actos preparatorios punibles*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

CANCIO MELIÁ, Manuel, (2010), *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, Editorial Reus.

----- (2011), “Delitos de organización. Criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, en: *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Navarra, Thomson Reuters.

----- “Terrorism and Criminal Law: The dream of prevention, the nightmare of the rule of law”, *New Criminal Law Review*, vol. 14, n.º 1, Los Ángeles, Universidad de California, invierno de 2011.

----- (2013), “El Derecho Penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea”, *European Inklings (EUi)*, n.º 2, Oñate, Armonización Penal en Europa.

----- PETZSCHE, Anneke, (2015), “Precursor crimes of terrorism”, en: LENNON, Genevieve y WALKER, Clive, *Routledge handbook of law and terrorism*, Routledge.

----- “Derecho Penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000, en: Dialnet.

CAPALDI, Nicholas, (1973), *Censura y libertad de expresión*, Buenos Aires, Editorial Libera.

CAPITA REMEZAL, Mario, (2007), *El concepto jurídico del terrorismo*, Getafe, Tesis de grado de la Universidad Carlos III de Madrid.

----- (2008), *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Madrid, Colex.

- CASTRO PEÑA, Yeni, (2007), *El mito Roosevelt para América Latina, 1901-1909*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar
- CEREZO MIR, José, (2001), “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, en: *Temas Fundamentales del Derecho Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- (2003), “La contextualización del bien jurídico protegido”, en: *Política criminal y Derecho Penal —estudios—*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- (2013), *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial B. de F.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.), (2007), *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Bosch Editores.
- CÓRDOBA ANGULO, Miguel, (2002), “Delitos contra la integridad moral”, en: *Lecciones de Derecho Penal parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), (2004), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons Editores.
- CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, (2011), *Balance diez años de funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia*, Bogotá, Usaid-CEJ.
- CORRECHER MIRA, Jorge, (2017), “Enaltecimiento del terrorismo y redes sociales: sobre la criminalización de los delitos de opinión”, en: *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, PÉREZ CEPEDA, Ana (dir.), Salamanca.
- COTE BARCO, Gustavo, (2010), *Derecho Penal del enemigo en la violencia (1948-1966)*, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- CRUZ BOLÍVAR, Leonardo, (2002), “Delitos contra la seguridad pública”, en: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

CUERDA ARNAU, María Luisa, “El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales”, *Revista del Poder Judicial*, n.º. 56, 1999 (IV).

----- (2008), “Terrorismo y libertades políticas”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 3, Tirant Lo Blanch.

CUERDA RIEZU, Antonio, (2016), *El Derecho Penal ante el fin de ETA*, Madrid, Tecnos.

DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, (2006), *La lógica del terrorismo*, Madrid, Alianza Editorial.

DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA. Disponible en: <https://goo.gl/a1SHWY>.
[Consultado en abril de 2013].

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Vigésimosegunda edición.

DÍEZ RIPOLLÉS, José, (2003), *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta.

----- (coord.), (2004), *Comentarios al Código Penal, parte especial, vol. II*, Valencia, Tirant Lo Blanch Editores.

----- “El Derecho Penal ante el terror”, *Jueces para la democracia*. n.º 29, Madrid, diciembre de 2009.

----- (2011), *Derecho Penal español. Parte general en esquemas*, 3ª edición, Valencia.

DUCHACEK, Ivo, (1976), *Derechos y libertades en el mundo actual*, Octavio MONSERRAT ZAPATER (trad.), Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

DWORKIN, Ronald, (2007), *Los derechos en serio*, España, Editorial Ariel.

EASSON, Joseph y SCHMID, Alex, (2011), *The Routledge Handbook of Terrorism Research*, Nueva York, Routledge.

EASTLAND, Terry, (2000), *Freedom of Expression in the Supreme Court. The defining cases*, Boston, Rowman & Littlefield publishers inc.

ECHANO BASALDÚA, Juan, *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, Universidad de Deusto.

EMERSON, Thomas, (1963), “Toward a General theory of first Amendment”, *Yale Law Journal*, n.º 72, Faculty Scholarship Series, Yale.

EUROPOL, (2017), *European Union terrorism situation and trend report 2017*, La Haya, European Union Agency for Law enforcement cooperation.

FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, (2014), “¿Guerrilleros? ¿Terroristas? Implicaciones de cara a la paz”, en: *XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Procesos de paz: Derecho Penal y justicia transicional*, BERNAL CUELLAR, Jaime (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

----- (2014), *¿Qué es el terrorismo? Un intento de ponerle sábana al fantasma*, Bogotá, Editorial Ibáñez, Universidad de Los Andes.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Romaní. Disponible en: <https://goo.gl/wgSnok>. Consultado en abril de 2013.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, (2006), “La Primera Constitución española. El Estatuto de Bayona”, *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, n.º 26.

FERRAJOLI, Luigi, “Libertad de información y propiedad privada: Una propuesta no utópica”, *Revista Nexos*, México D. F., 1 abril de 2004.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE COLOMBIA. Resolución 0-553 de marzo 4 de 1998.

----- Circular n.º 3/1975.

FLETCHER, George, (2016), *El indefinible concepto de terrorismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

- FUENTES OSORIO, Juan, (2009), “Elementos subjetivos en los delitos contra el honor”, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXIX, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio, (1997), *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio & GONZA, Alejandra, (2007), *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, (2010), *Terrorismo y derechos fundamentales*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Calidad de las leyes y técnicas legislativa: a propósito del cuestionario previo”, *Revista Española de la función consultiva*, vol. 6.
- GAVIRIA VÉLEZ, José Obdulio, (2005), *Sofismas del terrorismo en Colombia*, Bogotá, Editorial Planeta.
- GETOS, Anna-Maria, (2012), “Terrorismo: concepto, definiciones y tendencias”, en: *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons.
- GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.), (2007), *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Bosch Editores.
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, *El homicidio*, Tomo I, 2ª edición, Bogotá, Temis.
- GÓMEZ MARTIN, Víctor, (2012), “Discurso del odio y principio del hecho”, en MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación Constitucional*, Barcelona, Tirant Monografías.
- GÓMEZ NAVAJAS, Justa, (2017), “Absolución del delito de humillación de las víctimas de terrorismo”, *Reseñas de jurisprudencia, Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, julio-diciembre de 2016, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca.

- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, (2005), *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*, Tomo I, Bogotá, Giro Editores.
- (2012), *Introducción al Derecho Penal constitucional*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.
- GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo, (1998), *La fuerza de la razón. Orden público, subversión y violencia política en la España de la restauración (1875-1917)*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, CSIC.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, (2008), *Una alternativa a la actual política criminal sobre el terrorismo*, Valencia, Grupo de Estudios de Política Criminal.
- GURÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, (2006), *La lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información. Los peligros de estrategias antiterroristas desbocadas*, Madrid, Edisofer.
- HABERMAS, Jürgen, (2003), *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Barcelona, Editorial Paidós.
- HOBBS, Tomás, (1941), *Leviatán*, Sánchez Sarto (trad.), México.
- HOFFMAN, Rodin, (2006), *Instead Terrorism*, Nueva York, Columbia University Press.
- HUSAK, Douglas, (2013), *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons.
- HUSTER, Stefan; GARZÓN, Ernesto y MOLINA, Fernando, (2010), *Terrorismo y derechos fundamentales*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- IFTIKHAR, Arsalan, “The ‘Allahu Akbar’ Double Standard of Terrorism”, en: *The Bridge Initiative*, Universidad de Goergetown, noviembre de 2017.

- ITURRALDE, Manuel, (2010), *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Bogotá, Universidad de Los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, Siglo del hombre editores.
- JAKOBS, Günter, (2000), “La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente, en: *Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial-Xunta de Galicia*, n.º 20.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, (2003), *Derecho penal del enemigo*, 1ª edición, Madrid, Editorial Civitas.
- “Terroristas como personas en Derecho”, en: CANCIO MELIÁ y JARA-DIEZ, *Derecho Penal del enemigo*, 1ª edición, Madrid, Editorial Civitas.
- “Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo”, en: JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, 1ª edición, Madrid, Editorial Civitas.
- JENOFONTE, (1994), *Apología de Sócrates, seguida de la Defensa de Sócrates ante los jueces de Jenofonte*, traducción y prólogo de J. A. MORENO JURADO, Sevilla, Padilla Libros.
- JIMÉNEZ ULLOA, Adriana Consuelo, (2010), *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- KANT, Immanuel, (1986), *En torno al tópico “Tal vez eso sea correcto en la teoría pero no sirve para la práctica”*, Madrid, Tecnos.
- (2000), “Filosofía de la Historia”, *De la conducta moral y política*, selección de J. E. BALLADARES, Madrid, Fondo de Cultura Económica.
- KLEIMAN, Mark, (2015), *Cuando la fuerza bruta fracasa. Cómo lograr que haya menos crimen y menos castigo*, Bogotá, Universidad de Los Andes.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, (1985), *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid.

----- (2001), “Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo”, en: *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina y DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario (coords.), Madrid, Editorial Colex.

----- “Apología. Un residuo de incriminación de la disidencia”, *Revista la Ley Penal*. n.º 28, año II, junio de 2006.

----- (2008), *Legislación penal antiterrorista: Análisis crítico y propuestas*, Azpilcueta.

LAQUEUR, Walter, (1990), *Terrorismo*, Madrid, Espasa Calpe.

LAURENZO COPELLO, Patricia, (1996), “Marco de protección jurídicopenal del Derecho a no ser discriminado, racismo y xenofobia”, en: *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Escuela Judicial.

----- en: DÍEZ RIPOLLÉS (coord.), (2004), *Comentarios al Código Penal, parte especial, vol. II*, Valencia, Tirant Lo Blanch Editores.

LEFEBVRE, Francis, (2011), *Memento práctico penal*, Santiago de Compostela, Ediciones Francis Lefebvre S. A.

LENNON, Genevieve y WALKER, Clive, *Routledge handbook of law and terrorism*, Routledge.

LLOBET ANGLÍ, Mariona, (2008), *Derecho penal del terrorismo. Límites a su punición en un estado democrático*, Barcelona, Editorial La Ley.

----- “¿Terrorismo o terrorismos?: sujetos peligrosos, malvados y enemigos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid RJUAM*, n.º 21, 2015-I.

LOCKE, John, (1997), *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, México, Editorial Porrúa.

----- (1999), “Ensayo sobre la tolerancia”, en: *Ensayo y carta sobre la tolerancia*, Carlos MELLIZO (trad.), Madrid, Alianza Editorial.

LOPERA MESA, Gloria, (2005), “El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia penal colombiana)”, *Nuevo foro penal*. n.º 67, Medellín, Eafit.

LÓPEZ MEDINA, Diego, (2002), *El derecho de los Jueces*, 3ª reimpresión, Bogotá, Legis Editores-Universidad de Los Andes.

LÓPEZ MORALES, Jairo, (2002), *Nuevo Código Penal*, Tomo III, 2ª edición, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley.

----- (2003), *Código Penal comentado*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley.

LÓPEZ ROMERO, José, (1999), “Ley de imprenta y terrorismo, Casos de censura en Jerez en el siglo XIX”, *Revista de Historia de Jerez*, n.º 5.

LOZANO y LOZANO, C., (1950), *Elementos de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal, vol. III*, De los delitos en particular, Bogotá, Editorial Temis.

MAKARENKO, Tamara, The Crime-Terror Continuum: Tracing the Interplay between Transnational Organized Crime and Terrorism, *Global Crime*, vol. 6, n.º 1, febrero de 2004.

MCKITTRICK, David y MCVEA, David, (2012), *Makings sense of the Troubles. A history of the Northern of Ireland Conflict*, Londres, Viking.

MEIKLEJOHN, Alexander, (1960), *Polítical Freedom*, Nueva York, Harper and Brothers.

----- (1961), “The first amendment is an absolute”, *Supreme Court Review*, n.º 245, Washington.

- MEJÍA ALARCÓN, Roberto, (2005), *Antología: Derecho a la Libertad de Expresión*, Lima, Universidad Alas Peruanas.
- MESTRE DELGADO, (1987), *Delincuencia terrorista y audiencia nacional*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones.
- MILL, Jhon, (1972), *Utilitarianism /On Liberty*, Glasgow, Fontana-Collins Editores.
- MILTON, Jhon, *Areopagítica, discurso a favor de la libertad de prensa*, prólogo y traducción de CARNER Josep, Buenos Aires, F. C. E.
- MIR PUIG, Santiago, (2008), *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor.
- CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación Constitucional*, Barcelona, Tirant Monografías.
- MIRÓ LLINARES Fernando (2017), *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización del internet*, Madrid, Marcial Pons
- MONEREO ATEINZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis, (2012), *La Europa de los derechos*, Granada, Editorial Comares.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barón de, (1980), *El Espíritu de las Leyes*, Libro XI, Cap. III, p. 102, México, Editorial Porrúa.
- MOORE O., (2005), “Defining International Terrorism”, *Houston Journal of International Law*, vol. 27:2, Houston.
- MORAL DE LA ROSA, Juan, (2005), *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid, Ediciones Estudios Financieros.
- MUÑOZ ESCANDELL, Irene, (2012), *Los derechos de las víctimas del terrorismo en el ámbito internacional*, Madrid, Editorial Dykinson S. L.

- MUÑOZ TEJADA, Julián, “El delito político, la política criminal y la criminalización de actividades lícitas en Colombia”, *Diálogos de Derecho y Política. Revista Electrónica*, n.º 1, año 1, Medellín, agosto de 2009.
- MURO RUÍZ, Eliseo, (2007), *Algunos elementos de técnica legislativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MYTHEN, Gabe, (2004), *A critical introduction to the risk society*, London, Pluto Press.
- NEGRO PAVÓN, Dalmacio, (1975), *Liberalismo y socialismo. La encrucijada intelectual de Stuart Mill*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- NINO, Carlos, (1991), *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.
- NIÑO GONZÁLEZ, César Augusto, (2017), *El terrorismo como régimen internacional subterráneo: más allá de una lógica convencional*, Bogotá, Ediciones Universidad Santo Tomás de Aquino.
- OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Organización de las Naciones Unidas, (2006), Documento de trabajo sobre *Prevención de los actos terroristas: Estrategia de justicia penal que incorpora las normas del estado de derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo*, Nueva York.
- OLÁSOLO ALONSO, Héctor y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, (2008), *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- (2015), *Introducción al Derecho Penal internacional*, Bogotá, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008, vol. III”, *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de*

Expresión, Washington, 25 de febrero de 2009. Consultado en:
<https://goo.gl/fJf4DB>.

PALAHNIUK, Chuck, (2003), *Diary (Novel)*, Nueva York, Editorial Doubleday.

PASTOR, Daniel, (2009), *Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional DE LOS Derechos Humanos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

PAWLIK, Michael, (2010), *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons.

PÉREZ CEPEDA, Ana, (2016), “Estadísticas de criminalidad en la Unión Europea”, en: *Hacia la evaluación racional de las leyes penales*, NIETO MARÍN, MORALES ROMERO y BECERRA MUÑOZ (eds.), Madrid, Marcial Pons.

----- (2017), *El pacto antiyihadista. La criminalización de la radicalización*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

PÉREZ, Luis Carlos, (1990), *Derecho Penal*, Tomo III, segunda edición, Bogotá, Temis Editores.

PLATÓN, (2003), *Diálogos. Obra completa en 9 volúmenes*, vol. I: Apología. Critón. Eutifrón. Ion. Lisis. Cármides. Hippias menor. Hippias mayor. Laques. Protágoras, Madrid, Editorial Gredos.

POPPER, Karl, (1983), *Sociedad abierta, universo abierto*, 5ª edición, Madrid, Editorial Tecnos.

PRIETO DEL PINO, Ana María, (2004), *El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Navarra, Thomson Aranzadi.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), (2004), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Cizur Menor-Navarra, Thomson Aranzadi.

- RANDO CASERMEIRO, Pablo, (2009), *La Distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Madrid, Editorial Tirant Lo Blanch.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (2001), *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª edición, Tomo I, Bogotá, Espasa Editores.
- RECASENS SICHES, Luis, (1959), *Filosofía del Derecho*, 1.ª edición, Cap. XX, n.º 17, México, Editorial Porrúa.
- REINARES, Fernando, (1998), *Terrorismo y antiterrorismo*, Barcelona, Editorial Paidós, Estado y Sociedad.
- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Organización de Estados Americanos, documentos oficiales, OEA, Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.
- Estándares de Libertad de Expresión para una Radiodifusión Libre e Incluyente.*
- REVISTA SEMANA, “Diez puntos clave del proceso”, edición del 18 de octubre de 2012. Disponible en: <https://goo.gl/8UpctT>. Consultado en agosto de 2013.
- RICE, Condoleezza, (2017), *Democracy. Stories from the long road to freedom*, Nueva York, Hachette Work Group.
- RIVAS NIETO, Pedro, (2012), *Terrorismo y antiterrorismo en el mundo contemporáneo*, Bogotá, Debate.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, (2012), *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, (1997), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Editorial Civitas.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), (2004), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Cizur Menor-Navarra, Thomson Aranzadi.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, (2007), *Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español*, n.º 11, 015, Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad Castilla La Mancha.

ROXIN, Claus, (2012), *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, Barcelona, InDret.

RUIZ LANDÁBURU, María José, (2002), *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid, Colex.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, (1992), *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, (2006), “La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho Penal del enemigo”, en: *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, (coord.), Madrid, Edisofer.

SANGUINO CUÉLLAR, Kenny, (2017), “La resocialización de terroristas en España: una experiencia para Colombia”, en: *Crimen organizado, corrupción y terrorismo*, PELÁEZ MEJÍA, José (coord.), Cúcuta, Editorial Jurídica Ibáñez-Universidad Libre de Cúcuta.

SAUL, Ben, “Defining ‘terrorism’ to Protect Human Rights”, *FRIDE, Working Paper n.º 20*, febrero de 2006.

SCHAUER, Frederick, “Codifying the First Amendment: New York v. Ferber”, *The Supreme Court Review. Faculty Publications*, 1981, Washington.

SCHREIBER, Jan, (1978), *The Ultimate Weapon. Terrorists and World Order*, Nueva York, W. Norrow Ed.

SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. www.secretariasenado.gov.co

- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso, (2006), *Derecho Penal parte especial*, 11ª edición, Editorial Dykinson.
- SHAPIRO, Martin, (1966), *Freedom of Speech. The Supreme Court and Judicial Review*, New Jersey, Practice-Hall inc.
- SHEININ, Martin, *Informe del Relator Especial sobre la Promoción y la proyección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Adición Misión a España, A/HRC/10/3/Add.2, dek 16 de diciembre de 2008.
- SHÜNEMANN, Bernd, (2007), *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, Bogotá, Universidad Santo Tomás de Aquino-Editorial Ibáñez.
- SMOLLA, Rodney, “Information, Imagery, and the First Amendment: A Case for Expansive Protection of Commercial Speech”, *Texas Law Review*, vol. 71: 777, Faculty Publications, Paper 872.
- (1993), *Free Speech in an open society*, Michigan, Villard Ediciones.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan, (2007), “Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 71, enero-junio de 2007, Medellín.
- SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos, (2011), *La Libertad de expresión en España y Latinoamérica*, Madrid, Dikinson.
- TENORIO, Pedro, (2014), “La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural”, en: *La libertad de comunicación en Estados Unidos y Europa*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer.
- TIMMERMAN, Anina, (2016), “Terrorismo y derecho internacional consuetudinario”, en: AMBOS, Kai *et al.* (eds.), (2016), *Terrorismo y Derecho Penal*, Cedpal, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung.

- TOLLER, Fernando, (2011), *El formalismo en la libertad de expresión. Crítica de la distinción absoluta entre restricciones previas y responsabilidades ulteriores*, Buenos Aires, Editorial Marcial Pons.
- TOWNSHEND, Charles, (2008), *Terrorismo. Una Breve Introducción*, Madrid, Historia Alianza Editorial.
- ÚBEDA PORTUGUÉS, José, (2009), “Nuevos avances y retos en la lucha contra el terrorismo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.
- URBINA GIMENO, Íñigo, (2016), “La economía como herramienta en la evaluación legislativa”, en: *Hacia la evaluación racional de las leyes penales*, NIETO MARÍN, MORALES ROMERO y BECERRA MUÑOZ (eds.), Madrid, Marcial Pons.
- URIARTE, Edurne, (2004), *Terrorismo y democracia tras el 11-M*, Madrid, Editorial Espasa Hoy.
- URIOSTE BRAGA, Fernando, (2008), *Libertad de expresión y Derechos Humanos*, Montevideo, Editorial B. de F.
- VÁSQUEZ RAMOS, José Antonio, (2008), “Sobre la particular lógica de los procesos por delitos de terrorismo (las paradojas de la absolución de Arnaldo Otegi)”, *Criminalidad Organizada, terrorismo e inmigración*, PUENTE ABA, Luz María (dir.), Granada, Universidad de Granada.
- VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luis, (2012), “La irracionalidad de la política criminal contra agresores sexuales. Estudio de una propuesta normativa en el marco de un modelo de racionalidad legislativa penal”, en: PÉREZ ÁLVAREZ, FERNANDO, (Coord.), *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*, Universidad de Salamanca, Aquilafuente.
- (2016), *Política criminal y justicia constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

- VERVAELE, Jhon, (2011), “Economic crimes and money laundering: A new paradigm for the criminal justice system?”, *Cuadernos de Derecho Penal Económico, Lavado de activos y delitos afines*, n.º 5, 27-52, Colombia, Universidad de Ibagué.
- VIVES ANTÓN, Tomás, (2005), “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXV, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela.
- WALKER Clive, (2006), “Cyber-Terrorism. Legal Principle and Law in the United Kingdom”, *Penn State Law Review*, vol. 110:3, Penn.
- CONWAY, Maura, (2015), “Online terrorism and online laws”, *Dynamics of Asymmetric Conflict*, 8:2, Leeds, 156-175.
- WALTER, Christian, (2003), “Defining Terrorism in National and International Law”, en: WALTER, VÖNEKY, RÖBEN, SCHORKOPF (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and international Law: Security vs Liberty?*, Berlin/Heidelberg, Springer.
- WANG, Peng, “The crime-terror nexus: transformation, alliance, convergence”, *Asian Social Science*. vol. 6. n.º 6, junio de 2006.
- ZOLO, Danilo, (2006), *La justicia de los vencedores. De Núremberg a Bagdad*, Madrid, Editorial Trotta.
- ZULETA, Etanislao, (1991), “Ética, terror y revolución”, en: *Colombia. violencia, democracia y Derechos Humanos*, Bogotá, Altamir.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, (1998), *Sobre la resocialización de los presos terroristas*, Ponencia presentada en el X Congreso de Alumnos de Derecho Penal, celebrado en Salamanca, marzo de 1998.
- (2001), *Política Criminal*, Madrid, Editorial Colex.

- (2009), “Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal”, *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Granada, Editorial Comares.
- (2014), “Modelos de política criminal frente a la criminalidad organizada: entre eficacia y garantías”, en: BURRIEZA, Ángela (dir.), *Derecho y libertades en la sociedad actual*, Granada, Editorial Comares.
- (2016), “El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas”, *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, n.º 86, enero-junio 2016, Universidad Eafit, Medellín.
- (2016), “El concepto de organización criminal de la Ley n.º 30077 sobre crimen organizado y el delito de asociación ilícita del artículo 317 del CP: una difícil relación”, en: *Ley contra el Crimen organizado (Ley No 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (dir.), Lima, Instituto Pacífico.

JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA:

Auto de 10 de diciembre de 1952, LXXIII, 851.

Auto del 18 de julio de 2007, radicado 27793.

Auto del 27 de septiembre de 2005, radicado 24186.

Auto del 29 de septiembre de 1983.

Sentencia de 6 de diciembre de 1988.

Sentencia de julio 1 de 1993.

Sentencia del 17 de marzo de 1987.

Sentencia del 2 de septiembre de 1999, radicado 14571.

Sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado 31464.

Sentencia del 30 de mayo de 1997, radicado 26115.

Sentencia del 6 de abril de 2005, radicado 22099.

Sentencia del 7 de marzo de 2007, radicado 23825.

Sentencia del 7 de mayo de 2010, radicado 31510.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-010/00.

Sentencia C-241/97.

Sentencia C-290/00.

Sentencia C-188/06.

Sentencia C-009/95.

Sentencia C-087/98.

Sentencia C-091/17

Sentencia C-127/93.

Sentencia C-200/02.

Sentencia C-327/16.

Sentencia C-313/94.

Sentencia C-335/08.

Sentencia C-364/96.

Sentencia C-417/09.

Sentencia C-420/02.

Sentencia C-422/11.

Sentencia C-452/16.

Sentencia C-456/97.

Sentencia C-588/12.

Sentencia C-695/02.

Sentencia C-392/02.

Sentencia T-403/92.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

Opinión Consultiva OC-5/85.

Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica, 2004.

Caso Olmedo Bustos contra Chile, 2001.

Caso Bronstein contra Perú, 2001.

Caso Kimel contra Argentina, 2008.

Caso Ramírez contra Venezuela, 2009.

Caso Norín Catrimán y otros contra Chile, 2014.

Caso Granier y otros contra Venezuela, 2015.

JUZGADO SÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ, Colombia, Radicado
110013000097200900094, sentencia del 17 de diciembre de 2012.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Patterson v. Colorado, 1907.

Abrams v. EEUU, 1919.

Schenek v. EEUU, 1919.

Gitlow v. Nueva York, 1925.

Yates v. EEUU, 1927.

Chaplinsky v. New Hampshire, 1942.

Dennis v. EEUU, 1951.

Brandenburg v. Ohio, 1969.

R.A.V. v. St. Paul, 1992.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

Caso Zana contra Turquía, 1997.

Caso Zürek contra Turquía, 1999.

Caso Öztürk contra Turquía, 1999.

Caso Hogefeld contra Alemania, 2000.

Caso Ekin contra Francia, 2001.

Caso Leroy contra Francia, 2009.

Caso Herri Batasuna contra España, 2009.

Caso Ürper contra Turquía, 2010.

Caso Tasdemr contra Turquía, 2010.

Caso Fatullayev contra Azaerbaiján, 2010.

Caso Gül contra Turquía, 2010.

Caso Camvar y Berktas contra Turquía, 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL:

STC 104/1986, de 17 de julio.

STC 105/1990, de 15 de febrero.

STC 112/2016, de 20 de junio.

STC 12/1982, de 31 de marzo.

STC 121/1989, de 3 de julio.

STC 136/1999, de 20 de julio.

STC 159/1986, de 16 de diciembre.

STC 171/1990, de 12 de noviembre.

STC 176/1995, de 11 de noviembre.

STC 177/2015, 22 de junio.

STC 20/1990, de 15 de febrero.

STC 214/1991, de 11 de noviembre.

STC 235/2007, 7 de noviembre.

STC 240/1992, de 21 de diciembre.

STC 336/1993, de 15 de noviembre.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL:

ATS 656/2007, de 17 de julio.

ATS de 23 de septiembre de 2003.

STS 1269/09, de 21 de diciembre.

STS 149/2007, de 26 de febrero.

STS 180/2012 de 7 de marzo.

STS 2/1997, de 29 de noviembre.

STS 224/2010, de 3 de marzo.

STS 2506/2007, de 23 de septiembre

STS 252/2016, de 31 de marzo.

STS 299/2011, de 25 de abril.

STS 31/2017, de 26 de enero.

STS 4/2017, de 8 de enero.

STS 493/2018, de 26 de febrero.

STS 539/2008 de 23 de septiembre.

STS 585/07, de 20 de junio.

STS 626/2009, de 9 de junio.

STS 676/09, de 5 de junio.

STS 706/2017, de 27 de octubre.

STS 752/2012, de 3 de octubre.

STS 79/2018, de 15 de febrero.

STS 820/2016, de 30 de diciembre.

STS 846/2015, de 30 de diciembre.

STS 948/2016, de 15 de diciembre.