

Amenazas, Enaltecimiento del Terrorismo y Libertad de Expresión: El caso De Juana Chaos

Abel Arias Castaño

Universidad de Oviedo.

Visiting Researcher del ELRC. Harvard Law School.

Abstract

Este trabajo examina, desde una perspectiva constitucional, las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en el conocido como caso De Juana Chaos. En concreto, en estas páginas se aborda el modo en el que estos órganos jurisdiccionales aplican en el caso estudiado los tipos penales de “amenazas” “amenazas terroristas”, y “enaltecimiento del terrorismo”, y se pone en relación tal análisis con la libertad de expresión. Adoptando una posición crítica respecto a la doctrina vertida en estas sentencias, el artículo reivindica la utilización en este tipo de asuntos de los principios interpretativos básicos en materia de Derechos Fundamentales.

This paper examines, from a constitutional point of view, the decisions of the Spanish National Court and the Spanish Supreme Court in the case known as “De Juana Chaos”. It analyzes the criteria applied by these Courts when applying the “Threats”, “Terrorist Threats”, and “Glorification of Terrorism” crimes and the freedom of expression issues they involve. Adopting a critical position to the line of arguments used by the courts, the paper demands the use of basic interpretative principles in the field of fundamental rights with this category of cases.

Title: Threats, Glorification of Terrorism and Freedom of Expression. The case De Juana Chaos.

Key Words: Constitutional Law; Civil Liberties; Freedom of Speech; Threats; Glorification of Terrorism.

Sumario

1. Nota introductoria
2. El supuesto de hecho, y su calificación jurídica por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo
3. El delito de integración en organización terrorista
4. La sentencia de la Audiencia Nacional: el delito de amenazas terroristas
 - 4.1. Los criterios utilizados por la Audiencia Nacional para considerar los hechos enjuiciados constitutivos de un delito de amenazas terroristas
 - 4.2. Consideraciones críticas al planteamiento de la Audiencia Nacional
5. La sentencia del Tribunal Supremo: delito de amenazas no condicionales (art. 170.1 CP), en concurso ideal con un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP)
 - 5.1. El delito de amenazas no condicionales (art. 170.1 CP)
 - a. La posición mayoritaria del Tribunal Supremo
 - b. Los votos particulares
 - 5.2. El delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo (art. 578 CP)
 - a. La posición mayoritaria del Tribunal Supremo
 - b. Los votos particulares
 - 5.3. Consideraciones críticas al planteamiento del Tribunal Supremo
6. A modo de conclusión
7. Tabla de sentencias citadas
8. Bibliografía

1. Nota introductoria¹

Este trabajo pretende efectuar un análisis y comentario crítico, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, de las dos sentencias que se encuentran en el fondo del conocido como caso De Juana Chaos: la sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de noviembre de 2006, y la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2007.

Por tal motivo, estas páginas no se ocupan de ofrecer una exposición y una valoración de las cuestiones técnicas o específicas contenidas en las sentencias que pudieran ser relevantes para el Derecho Penal², sino, más bien, en - a partir de una serie de conceptos y figuras penales- vislumbrar el problema constitucional que se encuentra en el fondo de todo este asunto y que, adelantando mi conclusión al respecto, no parece haber sido satisfactoriamente abordado ni por la Audiencia Nacional, ni por el Tribunal Supremo.

Más concretamente, y tras la necesaria explicación de los hechos juzgados, y de los delitos que tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo consideraron que se habían cometido, se trata principalmente de examinar los criterios utilizados por cada uno de esos dos órganos jurisdiccionales para fundamentar que los hechos enjuiciados debían ser efectivamente subsumidos en esos tipos delictivos, y de poner en relación todo ese análisis con la libertad de expresión, que es, como tendremos ocasión de comprobar, el derecho fundamental implicado en el caso.

2. El supuesto de hecho, y su calificación jurídica por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo

En las sentencias que en este trabajo se pretenden analizar, la Audiencia Nacional primero, y el Tribunal Supremo posteriormente, se enfrentaron a la tarea de determinar el supuesto carácter delictivo de dos artículos periodísticos publicados en *el Diario Gara* el 1 y el 30 de diciembre de 2004 cuyo autor, Iñaki De Juana Chaos, se encontraba en aquellos momentos en prisión acabando de

¹ Este artículo tiene su origen en la comunicación que, a invitación del Prof. Dr. Francisco J. Bastida Freijedo, presenté en los Seminarios de la Cátedra Ignacio de Otto (Universidad de Oviedo) el 20 de abril de 2007 junto a la profesora María Valvidares. Agradezco al Prof. Bastida Freijedo la oportunidad brindada, y tanto a él como al resto de miembros del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo las valiosas sugerencias y comentarios realizados a aquella exposición.

² Un comentario sobre la sentencia del Tribunal Supremo centrado básicamente en los aspectos penales del caso, y no tanto en su problemática constitucional, puede verse en J. MUÑOZ CUESTA, "Amenazas no condicionales a grupos de personas y enaltecimiento del terrorismo (Comentario a la STS, Sala 2ª, de 26 de febrero de 2007)", *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 4, 2007.

cumplir la condena que se le había impuesto por su participación en varios atentados y delitos terroristas³.

En ambos artículos se expresaba en un tono vehemente la posición del autor sobre el denominado “conflicto vasco”, presentando a nuestro Estado de Derecho como un sistema opresor y torturador que trata de “acabar con el Movimiento de Liberación Nacional Vasco (MLNV)”, y de “doblegar a un pueblo”.

Más concretamente, en el primero de los artículos *-El Escudo-*, y desde esa perspectiva, se reflexionaba sobre el fracaso y la inutilidad de las estrategias “de guerra” que, supuestamente, y tanto en el pasado como en el presente, se habían seguido, utilizando palabras literales del artículo: “con el único y declarado objetivo de nuestra asimilación, del logro de la renuncia a nuestros principios, valores y derechos, y nuestra integración en su sistema”.

Por su parte en el segundo artículo, *Gallizo*, y desde esas mismas premisas ideológicas, se valoraban los nombramientos que se habían producido por esas fechas en varios centros penitenciarios, como una continuación en la política estatal represora hacia el MLNV, siendo destacable que en el texto aparecían directamente mencionados por su nombre y apellidos varios funcionarios de prisiones a los que se imputaba su participación en actos de tortura.

A juicio de la Audiencia Nacional esos dos artículos eran constitutivos de un delito de amenazas terroristas (art. 572.1.3º CP) y por su autoría se impuso a De Juana Chaos una pena de prisión de 12 años y siete meses. La Audiencia no centró su argumentación en párrafos concretos de los artículos, sino que extrajo sus conclusiones de una lectura global y conjunta de ambos textos.

Por su parte el Tribunal Supremo, al resolver el recurso interpuesto frente a esa decisión de la Audiencia, rebajó la condena inicialmente impuesta a los tres años de prisión, alterando tanto la concreción de los hechos que debían ser considerados delictivos como su misma calificación jurídica. Apartándose del criterio establecido por la Audiencia sobre este aspecto, el Tribunal Supremo consideró que nada de lo expresado en el segundo de los artículos enjuiciados (*Gallizo*) podía considerarse delictivo, y que únicamente *El Escudo* resultaba penalmente relevante. En relación a lo expresado en ese texto, el Tribunal consideró que, por un lado, se estaba enaltecendo y justificando el terrorismo (art. 578 CP), y que, por otro, se estaba cometiendo un delito de amenazas incondicionales de los establecidos en el art. 170.1 CP al afirmarse en su párrafo final: “Hace años le

³ En concreto De Juana Chaos fue condenado en 1989 a 2.322 años de cárcel por el atentado del 14 de julio de 1986 en la Plaza Republica Dominicana de Madrid en el que murieron 12 guardias civiles y otras 58 personas resultaron heridas; en 1990 a 378 años de cárcel por el asesinato de otros cinco guardias civiles; y en 1995 a 55 años de cárcel por el asesinato del vicealmirante Escrigas. Todas esas condenas fueron impuestas bajo el Código Penal de 1973 que preveía importantes reducciones de pena sobre la base de circunstancias como el buen comportamiento, el trabajo penitenciario, la superación de programas formativos... (FUENTE: *El País*, 6 de junio de 2007).

escuche a un muy apreciado compañero chillar con fuerza “Sacad vuestras sucias manos de Euskalherria”. “¡Sí, sacadlas, porque otro camino sólo implica más sufrimiento!”. O el futuro terminará demostrando sin duda que os quedasteis sin ellas”.

En las siguientes páginas se examinarán, desde la perspectiva y con la finalidad avanzadas en la nota introductoria, los criterios utilizados tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo para fundamentar la subsunción de los hechos juzgados- es decir, los artículos periodísticos- en esas calificaciones jurídicas.

3. El delito de integración en organización terrorista

Con carácter previo tiene gran interés referirse a un asunto que, aunque descartado tanto por la Audiencia como por el Tribunal Supremo, fue solicitado por la acusación particular: la posibilidad de que De Juana Chaos fuese condenado como autor de un delito de integración en organización terrorista.

Este delito está establecido en los artículos 515.2 y 516.2 del CP que disponen que “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución. (art 515.2 CP), y que: “En los casos previstos en el número 2 del artículo anterior, se impondrán las siguientes penas: A los integrantes de las citadas organizaciones, la de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años” (art. 516.2 CP)

Aunque tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo absuelven a De Juana Chaos de este concreto delito, lo cierto es que emplean argumentaciones bien diferentes que acaban condicionando su calificación jurídica de los hechos enjuiciados. Razón ésta que justifica la realización de una serie de consideraciones sobre el particular.

La Audiencia Nacional dedica el fundamento jurídico segundo de su sentencia a examinar la posible concurrencia en el supuesto de este delito.

Aunque la Audiencia mencione de pasada la idea central que posteriormente será desarrollada por el Tribunal Supremo: la situación de privación de libertad en que se encontraba el acusado resultaba incompatible con la realización de un delito de integración o pertenencia a banda armada,⁴ su

⁴ El fragmento de la sentencia de la Audiencia Nacional en el que puede advertirse esa alusión es el siguiente “Desde el punto de vista negativo, teniendo en cuenta los requisitos expuestos para la consumación del tipo delictivo que nos ocupa resulta realmente complicado que una persona que se encuentra en situación de prisión, y por tanto, bajo la tutela directa de las Instituciones del Estado, mantenga una vinculación o disposición tal con la banda terrorista que le

argumentación sobre este punto se construye sobre unas premisas diferentes; las de la consideración del delito de integración en organización terrorista como un delito permanente.

El carácter permanente o prolongado en el tiempo de tal delito implicaba en palabras de la Audiencia que éste:

“...se comete por la voluntaria asunción de una situación o posición, cual es, la de pasar a formar parte como miembro de una organización terrorista, es decir, no se concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor mientras subsista el estado antijurídico creado. En estos casos existe una modalidad de consumación interrumpida, hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio antijurídico al que estaba dando vida, manteniendo persistentemente la renovación de la conducta antijurídica”

Por ello, a un sujeto - como sucede en el caso que nos ocupa- que ya se encuentra cumpliendo una condena por haber cometido un delito de pertenencia o integración en banda armada no puede imponérsele una nueva condena en base a ese mismo delito a no ser que previamente se verifique que la pertenencia o integración en banda armada es otra distinta a la que motivó la primera sentencia condenatoria. O como explica la Audiencia:

“...para la apreciación de un nuevo delito de integración en banda armada, sin vulneración del “non bis in idem” sería necesario poner fin a esa etapa de pertenencia, y adoptar posteriormente una renovada decisión de integrarse, otra vez, en una organización o banda terrorista (la misma u otra diferente), bien por el cese voluntario o apartamiento de la misma, por la expulsión por parte de los órganos directivos, o por razón de un hecho de fuerza mayor, (STS 1117/2003, de 19 de julio. En todo caso, deberá existir esa ruptura formal con la banda para que pudiera nuevamente abrirse un procedimiento, transcurrido el tiempo, por su nueva actividad consistente precisamente en volver a formar parte de aquélla”.

En ese sentido- y pese al criterio general establecido en la STS 1117/2003 de 19 de julio de que la condena por un delito provoca la ruptura de la situación delictiva previa- la Audiencia considera que en el delito de pertenencia a banda armada concurren circunstancias específicas respecto a otros delitos de carácter permanente que hacen que la vinculación o la integración con la organización no se interrumpa con una sentencia condenatoria, y que motivan que, incluso en prisión, el sujeto condenado puede continuar profesando la ideología de la organización terrorista:

“Las notas características del delito de pertenencia a banda armada, le dotan de una singularidad especial en relación a otros delitos de los denominados permanentes, como lo son el allanamiento de morada o la detención ilegal, en los que el autor consume el delito con la entrada en la morada ajena o la privación de libertad, que duran hasta que se abandone la vivienda o el sujeto ponga en libertad a la víctima. Pero el delito de pertenencia a banda va aún más allá, pues el dictado de una sentencia condenatoria puede no afectar para nada a la voluntad del sujeto de continuar abrazado al ideario y fines de la organización terrorista, así como a la utilización de medios violentos para llevar a cabo la consecución de los mismos. Por

permita la realización de actos concretos, más allá de su propia adhesión a una ideología patógena sustentada en una actividad terrorista y a los postulados por aquélla sostenidos”.

ello, en estos casos, a diferencia de lo que sucede con otros «delitos permanentes» como los reseñados, la voluntad delictiva del autor puede subsistir más allá de la condena, al permanecer inalterado el estado antijurídico creado por la existencia de vínculos de alguna manera estables con la organización terrorista o banda armada de que se trate”.

En pocas palabras, la Audiencia considera que De Juana Chaos debe ser absuelto del delito de pertenencia a banda armada no porque no se haya conseguido acreditar tal integración o pertenencia, sino justamente por lo contrario; porque no se ha conseguido probar que haya dejado, en algún momento, de pertenecer a ETA.

En el fondo, con esta construcción parece salvarse la contradicción que de otro modo se produciría al afirmarse simultáneamente -como se hace en esta sentencia- que, por un lado no se ha cometido un delito de integración o pertenencia a banda armada, y que, por otro, sí que cabe apreciar la existencia de un delito de amenazas terroristas, uno de cuyos requisitos es precisamente pertenecer, actuar al servicio, o colaborar con una organización terrorista.

Sin embargo, y ahí se encuentra el verdadero problema, parece estar alterándose la noción de “integración” o “pertenencia” en banda armada, hasta el punto de convertir en el objeto del supuesto delictivo la mera “adhesión intelectual” a unas determinadas ideas y no la integración efectiva en unas concretas estructuras organizativas.

Así, redefiniendo el concepto de pertenencia o integración conforme a ese criterio que parece desprenderse de la sentencia, podría llegar a considerarse a los votantes de determinados partidos políticos, a los asistentes a determinadas manifestaciones, a los suscriptores de determinados periódicos...como integrantes de ETA a los que potencialmente les podrían resultar de aplicación los art. 515. 2, y 516. 2 CP.

Por su parte, el Tribunal Supremo también se ocupa en su sentencia- y concretamente en su Fundamento de Derecho Tercero- de esta cuestión.

A pesar de que formalmente no se desautoriza el razonamiento de la Audiencia por cuanto se afirma que “son correctas las razones expresadas en la sentencia recurrida como fundamento de la absolución por esta infracción”, y de que se asume la teoría del carácter permanente del delito de integración en banda armada⁵, en el fondo, y en el desarrollo de lo que el Tribunal Supremo denomina “otro argumento para desestimar este motivo”, se rechazan por completo los postulados mantenidos sobre el particular en la sentencia recurrida, procediendo a redefinirse lo que debe entenderse por “pertenencia” o “integración” en una organización terrorista.

⁵ Así el Tribunal Supremo afirma que “Ciertamente nos hallamos ante un delito permanente que persiste mientras dura la integración en la organización y, como este delito ya ha sido sancionado, no cabe penarlo de nuevo: lo impide la eficacia de cosa juzgada de la anterior sentencia firme condenatoria”.

En realidad, el dato clave del que parte el Tribunal Supremo es considerar que la situación de privación de libertad de un individuo resulta en sí misma incompatible con la propia noción de pertenencia a una organización terrorista, si se restringe el significado tan amplio que la Audiencia Nacional había atribuido a tal concepto:

“Entendemos que un hecho de fuerza mayor existe cuando se produce la detención del integrado en la banda y su ingreso en prisión, simplemente porque la continuación al servicio de tal organización ya no es posible por las limitaciones que lleva consigo la privación de libertad. Ya no sirve para la banda, pues ha quedado físicamente impedido de prestarle el servicio propio de sus actividades terroristas.”

Obviamente aquellos que han sido condenados por el delito que venimos considerando pueden mantener su simpatía, o su creencia en la ideología o en los fines y los medios de la organización terrorista, pero tales actitudes- y ahí está la gran aportación que introduce el Tribunal Supremo frente a la ambigüedad que caracterizaba a la argumentación de la Audiencia sobre ese punto- son completamente insuficientes para considerar que un sujeto “pertenecer” o “está integrado” en una organización terrorista:

“La permanencia de la persona en su ideario, la sintonía con sus fines o su deseo de permanecer en ETA pese a su nueva situación constituyen una mera posición de simpatía ideológica insuficiente para que pueda decirse que continúa formando parte de la banda. Y ello es así incluso aunque en el interior de la cárcel mantenga contactos con sus compañeros que también se encuentran presos por su participación en actos criminales de la misma organización o por su colaboración con ella; incluso si, como ocurrió con el procesado, remite con frecuencia a la prensa escritos suyos como los dos objetos de este procedimiento. La mera simpatía ideológica, incluso manifestada por medio de artículos en defensa de ETA y de sus planes y finalidades, no puede constituir la continuación en el delito de pertenencia a banda armada”

Este razonamiento, sin embargo, no aclara suficientemente si la presunción de que una persona privada de libertad no puede pertenecer a una organización terrorista se configura como una presunción *iuris et de iure*, o por el contrario, y como parece que sería más lógico, simplemente *iuris tantum*. Se trata ciertamente de un aspecto muy importante en la medida que las consecuencias prácticas de concebir de uno u otro modo la presunción son completamente distintas, y por ello hubiera sido deseable que el Tribunal Supremo hubiese realizado una acotación más precisa de esta cuestión.

4. La sentencia de la Audiencia Nacional: el delito de amenazas terroristas

4.1. Los criterios utilizados por la Audiencia Nacional para considerar los hechos enjuiciados constitutivos de un delito de amenazas terroristas

Como ya se ha señalado, la Audiencia Nacional considera que los dos artículos publicados por Ignacio de Juana Chaos en *el Diario Gara* el 1 y el 30 de diciembre de 2004 son constitutivos de un delito de amenazas terroristas. Este delito está tipificado en el art. 572.1. 3º del CP que establece que:

“Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior⁶, atentaren contra las personas, incurrirán... en la pena de prisión de diez a quince años si...amenazaran...a una persona”.

Doctrinalmente, se ha apuntado que el delito de amenazas terroristas no es un delito autónomo, sino que únicamente implica -como señala Muñoz Conde- un tratamiento agravado del delito común (de amenazas) cuando sea cometido por personas que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con las organizaciones terroristas⁷.

Esa es precisamente la tesis que parece asumir la Audiencia Nacional al estructurar el “análisis del delito de amenazas terroristas” contenido en el apartado a) del Fundamento de Derecho Primero de la sentencia sobre la base de considerar que:

“El tipo del artículo 572.1.3º del Código Penal exige la concurrencia de dos elementos: de un lado, pertenecer, o actuar al servicio o colaborar con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, y de otro, cometer alguno de los delitos de lesión, detención ilegal, *amenazas* o coacciones a las personas”.

Veamos, a continuación, los criterios y argumentos utilizados por la Audiencia para considerar que esos dos elementos constitutivos del delito de amenazas terroristas concurren en los hechos enjuiciados.

1). “Pertenecer, o actuar al servicio o colaborar con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”

La Audiencia se refiere a lo largo de toda la sentencia en varias ocasiones a la idea genérica de las conexiones existentes entre De Juana Chaos y ETA, utilizando una terminología que de modo poco preciso, e incluso confuso, pudiera parecer que apunta a la “pertenencia” de De Juana Chaos a ETA.

⁶ Ese artículo es el art. 571 del CP que alude a “...bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública...”.

⁷ Véase F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial.*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 15ª edición, 2004, pág. 905.

Así en diferentes fragmentos de la sentencia, ésta se refiere al acusado como “miembro de la organización terrorista ETA con numerosos asesinatos a sus espaldas”, “miembro destacado de la banda terrorista ETA”, “miembro relevante de ETA que se encontraba cumpliendo condena por numerosos asesinatos y atentados terroristas”, “un interno miembro activo de la organización terrorista ETA, destacado por sus rígidos posicionamientos y su amplio currículum criminal dentro de aquella”.

Sin embargo, a la hora de precisar de un modo no coloquial sino técnico cuál de las tres posibilidades establecidas en el tipo penal -“pertenecer”, “actuar al servicio”, o “colaborar” con bandas armadas- concurre en el supuesto enjuiciado, la Audiencia se decanta claramente por considerar que el acusado ha llevado a cabo “un acto de colaboración con organización terrorista”:

“En el presente caso...se intuye, conducta que podría englobarse en un *acto de colaboración*, entendida como la contribución a la estrategia de la banda terrorista, esto es, a la subversión del orden constitucional o la alteración grave de la paz pública, *mediante la ejecución de un delito de amenazas terroristas*. Así quien de modo consciente, *aunque no pertenezca*, a la organización terrorista contribuye a la consecución de sus objetivos, y no de modo ocasional o esporádico, sino continuo a través de diversos artículos periodísticos publicados en periódicos del entorno de la izquierda abertzale, aportando elementos favorecedores de aquella actividad, está realizando una actividad delictiva encuadrable en lo que cabría entender como un *acto de colaboración con organización terrorista*, especialmente si por sus conocimientos, entorno en el que se desarrolla su actividad, y ámbito social en el que se desenvuelve, es consciente de los datos que brinda, el tratamiento de la información, no contribuye sólo a la información pública o censura social necesaria en toda sociedad democrática, por agrio que sea el contenido de la información obtenida lo sea frente a estructuras socio-políticas, sino que se introduce en la dinámica de favorecer la estrategia terrorista”.

De ese modo, a través de ese razonamiento la Audiencia acaba derivando el requisito de qué el sujeto pasivo “colabore” con una banda armada exigido por el tipo penal del art. 572 CP, de la realización misma de un delito de amenazas terroristas. Es decir, dicho con otros términos, la Audiencia acaba considerando que el elemento último que permite justificar en el caso que el sujeto pasivo es un “terrorista” (a los efectos del art. 572 CP) es precisamente su colaboración con una organización de esa naturaleza a través de la ejecución de un delito de amenazas.

2). “Cometer un delito de amenazas”

La Audiencia, y basándose en una doctrina reiterada y consolidada del Tribunal Supremo, comienza su argumentación sobre este punto realizando una serie de reflexiones genéricas sobre el delito de amenazas; cual es su concepto, cual es el bien jurídico protegido por el delito⁸, su consideración como un delito de peligro⁹, etc.

⁸ Recogiendo la doctrina establecida, entre otras, por las SSTs 660/2003 de 5 de mayo, 701/2003 de 16 de mayo, 821/2003 de 5 de junio y 1162/2004 de 15 de octubre, la Audiencia establece que “El bien jurídico protegido, es sin duda la libertad, considerada en su faceta más subjetiva y psicológica, como es el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida, y en su aspecto más objetivo, como es el derecho a comportarse y moverse libremente sin la intimidación que supone una amenaza proferida”.

Entrando ya en los entresijos del caso concreto, la Audiencia considera que a través de los dos artículos se está amenazando a unos sujetos determinados: En el primero de ellos al magistrado Gómez Bermúdez, y en el segundo a cinco funcionarios de prisiones a los que se cita con sus nombres y apellidos, y con su alias.

Sin embargo, y dado que en los artículos se cita el nombre de más personas (el Presidente del Gobierno, el Ministro de Justicia, la Directora de Instituciones Penitenciarias, etc...), en ningún momento se argumenta cuales son los motivos que llevan a identificar en esas concretas personas a los amenazados.

Respecto al “mal anunciado” en qué, en último término, consiste la amenaza, la Audiencia parte de reconocer que en los artículos enjuiciados no existen unas amenazas explícitas, o expresas, sino más bien unas “amenazas veladas mediante el señalamiento de objetivos a la banda terrorista ETA, muy alejadas de lo que es la contienda socio-política”. Concepto éste de amenazas veladas “perfectamente admisible” según la Audiencia, y que es definido como “los supuestos en que aún cuando las expresiones proferidas por el sujeto activo no contengan de forma exacta la descripción del mal al que se refiere, la identidad o la naturaleza del mismo se desprende de la dinámica de un lugar y tiempo determinado.”

Por lo que se refiere a los criterios que deben ser tomados en consideración para determinar si unas determinadas expresiones son constitutivas de un delito de amenazas terroristas, la Audiencia parte de una doble consideración teórica inicial que recoge los criterios tradicionalmente establecidos en nuestra jurisprudencia respecto al delito de amenazas terroristas.

Por un lado, asume la doctrina establecida en varias sentencias anteriores del Tribunal Supremo¹⁰ consistente en la exigencia de una serie de requisitos o condiciones en las expresiones supuestamente amenazantes:

⁹ En ese sentido la Audiencia afirma que “El delito de amenazas es de mera o simple actividad, de expresión o de peligro y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo y se consuma con la llegada del anuncio a los destinatarios y su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea necesaria la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que el componente objetivo sea apto para amedrentar a la víctima”. Así, se está recogiendo la opinión doctrinal mayoritaria de que el acento debe ponerse en “la idoneidad objetiva de la amenaza para causar intimidación en su destinatario, con independencia de que la afección concreta o real del ánimo de la víctima llegue a producirse, pues de esta forma se consigue ganar en seguridad jurídica al evitar que la existencia o no del delito quede circunscrita a la resistencia anímica de cada individuo” (Véase A. VELÁZQUEZ BARÓN, *Las amenazas*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 9).

¹⁰ Véanse, entre otras, las SSTs de 26 de febrero de 1999, de 5 de junio de 2003, de 23 de diciembre de 2004 y de 6 de marzo de 2006.

“En la conducta descrita en el “factum”, concurren todos los elementos que integran el delito de amenazas terroristas del artículo 572.1.3º del Código Penal; 1) se trata de expresiones idóneas para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la conminación de un mal, injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata y dependiente en una ejecución efectiva de la voluntad del sujeto; 2) que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea seria, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes; 3) que esas mismas circunstancias, subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente para merecer una contundente repulsa social, que fundamente racionalmente el juicio de antijuridicidad de la acción y su calificación como delictiva”.

Por otro, resalta la configuración que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido realizando del delito de amenazas como un “delito circunstancial”¹¹, lo cual necesariamente obliga a que:

“...la valoración jurídica de la acción desarrollada deba analizarse desde las expresiones proferidas, las acciones ejercitadas, el contexto en el que se vierten, las condiciones del sujeto pasivo y activo y cuantas circunstancias contribuyan a la valoración contextual del hecho). Es preciso por tanto, valorar la ocasión en la que se profiere, la persona que amenaza y sus actos anteriores, simultáneos y posteriores, pues de dicha valoración depende que se califique fundadamente de serio el anuncio del mal constitutivo de delito que hace el sujeto amenazante”.

Sin embargo, y ahí está el problema, en la concreción al caso concreto de tales ideas genéricas, se observa una clara preponderancia de uno de los elementos a tomar en consideración sobre el resto: las condiciones personales del sujeto activo, y sus actos anteriores.

En ese sentido, debe repararse, en las constantes y significativas referencias a las conexiones existentes entre el acusado y ETA, que acompañan a todas las interpretaciones que se realizan a lo largo de la sentencia sobre el sentido que cabe atribuir a los artículos enjuiciados. Con tales menciones, el Tribunal parece estar asumiendo un planteamiento de este tipo: Si las expresiones hubieran sido pronunciadas por cualquier otro ciudadano no habría que concluir que fueran amenazas pero como su autor está dentro de la esfera de ETA la literalidad debe ser completamente reinterpretada y la conclusión final debe ser necesariamente distinta. Veámoslo de un modo más claro a través de un ejemplo:

Al razonar sobre sentido amenazante del fragmento quizás más problemático de los dos artículos periodísticos: la alusión a las manos cortadas con la que concluye *El Escudo*, se afirma:

A continuación, y tras hablar de la necesidad de continuar con su discurso político dice: “Hace años escuché a un muy apreciado compañero chillar con fuerza “Sacad vuestras sucias manos de *Euskal Herria*. Si, sacadlas, porque otro camino sólo implica más sufrimiento. O el futuro terminará demostrando, sin duda que os quedasteis sin ellas”. Tal mención expresa al entonces Juez Central de

¹¹ Véanse, entre otras, las SSTs de 21 de diciembre de 1999; de 1 de junio de 2001; de 16 de mayo de 2003, y de 6 de marzo de 2006.

Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional Ilmo. Sr. D. Javier Gómez Bermúdez, supone de por sí un señalamiento con entidad jurídico penal relevante, pues no olvidemos que quien lo efectúa no es un simple articulista del *Diario Gara*, sino un miembro relevante de ETA, que se encontraba cumpliendo condena por numerosos asesinatos y atentados terroristas...”

La condición subjetiva del autor de las expresiones opera en ese razonamiento como el único factor interpretativo, no efectuándose ninguna mención, aunque fuera para descartar su aplicación, a ninguno de los otros elementos que pudieran haber servido para valorar “circunstancialmente” el sentido del texto. Así en ningún momento se pondera la importancia interpretativa que pudieran tener en el caso circunstancias como que el autor de las expresiones se encontraba en ese momento privado de libertad; que la banda ETA había declarado en ese momento una tregua respecto de determinados colectivos como los funcionarios de prisiones; las inconcreciones tanto temporales -el mal anunciado se sitúa en un tiempo indeterminado del futuro-, como subjetivas de la supuesta amenaza¹². Al único dato al que la Audiencia le concede importancia es a la condición subjetiva del autor de las expresiones que “no es un simple articulista del *Diario Gara*, sino un miembro relevante de ETA, que se encontraba cumpliendo condena por numerosos asesinatos y atentados terroristas”

Con esta crítica, no pretende excluirse por completo la posibilidad de que las circunstancias subjetivas que puedan concurrir en la persona que profiere unas expresiones sean ponderadas, pues parece lógico que ése sea un dato de importancia a la hora de valorar la “idoneidad objetiva” de esas expresiones para que puedan ser calificadas como amenazas. El problema aparece cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, ese elemento adquiere un protagonismo excesivo, por no decir único, en el proceso interpretativo. En tales casos, puede afirmarse sin ambages que se sobrepasan las fronteras del Derecho Penal de autor, siendo más importantes los autores que los hechos delictivos en sí mismos considerados.

Por ello, si al analizar el primer elemento constitutivo del delito de amenazas terroristas concluíamos que la Audiencia consideraba que De Juana Chaos “colaboraba” con ETA porque había cometido un delito de amenazas; en relación al segundo de los elementos del delito, la conclusión debe necesariamente ser que la Audiencia se basa exclusivamente en las condiciones subjetivas del autor de las expresiones para fundamentar su sentido amenazante. Es decir, en que De Juana Chaos había sido, y seguía siendo, un “terrorista”.

4.2. Consideraciones críticas al planteamiento de la Audiencia Nacional

La indeterminación de los sujetos amenazados, así como la contradicción en la que se incurre al, por un lado, absolver al acusado del delito de integración en una organización terrorista, y por otro, considerar que ese mismo sujeto es autor de un delito de amenazas terroristas son los argumentos en

¹²Aunque la Audiencia interpreta, sin explicar como llega a esa conclusión, que el amenazado era el juez Gómez Bermúdez la literalidad del texto parece referirse a una pluralidad indeterminada de sujetos.

los que se basa el Tribunal Supremo para rechazar el planteamiento construido por la Audiencia Nacional, y realizar una calificación jurídica diferente de los hechos enjuiciados¹³.

Pero además, y eso es lo que ahora importa poner de relieve, existe otra importante razón para ser especialmente crítico con el razonamiento de la Audiencia: su argumentación encubre una falacia lógica a través de la cual se ensancha el ámbito de aplicación del tipo penal de las amenazas terroristas, y que puede producir importantes efectos sobre la libertad de expresión.

En efecto, la argumentación de la Audiencia Nacional parece apoyarse en una de las “trampas argumentativas” a las que Protágoras de Abdera, y el resto de los sofistas recurrían en el siglo V a. c. para defender sus tesis filosóficas relativistas: lo que en el lenguaje común se denomina círculo vicioso, y en términos lógicos más precisos se conoce como *dialelo*.¹⁴

El *dialelo*, o círculo vicioso, consiste en un argumento circular a través del cual se intenta probar un enunciado lingüístico a través de otro, y este segundo mediante el primero. Es por tanto, un paralogismo consistente en introducir en la definición la palabra que se pretende definir, o bien, como parece suceder en el caso que nos ocupa, en dar como prueba de una proposición, otra proposición que, a su vez, se contrasta por la primera. De tal manera que, y por clarificar esta noción a través de un ejemplo, un supuesto flagrante de dialelo se produciría si afirmándose que “el color del cielo es azul”, simultáneamente se definiese “lo azul” como “el color del cielo”

Esa “circularidad” en el modo de razonar de la Audiencia es plenamente visible, si se yuxtaponen sus conclusiones sobre la concurrencia en el caso juzgado de los dos elementos constitutivos del delito de amenazas terroristas: el pertenecer, actuar al servicio o colaborar con organizaciones terroristas, y la existencia de unas determinadas expresiones que puedan considerarse constitutivas de un delito de amenazas.

Como ya hemos visto, para la Audiencia, por una parte, el acusado debía ser considerado un terrorista (a los efectos del art 572 CP) en la medida que había colaborado con una organización de esas características mediante la ejecución de un delito de amenazas, mientras que, por otro lado, y adicionalmente, las expresiones enjuiciadas debían calificarse como amenazas en cuanto que realizadas por un colaborador de una organización terrorista.

Así, lo que, en último término, hace la Audiencia con ese razonamiento es deducir el primer elemento del delito del segundo (El acusado debe ser considerado un terrorista porque ha cometido un delito de amenazas), y, a la inversa, el segundo del primero (Las expresiones enjuiciadas deben

¹³ Estos argumentos aparecen en el apartado segundo del Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo.

¹⁴ Esta palabra proviene del griego “*dialloulos*”; “recíproco”.

considerarse constitutivas del delito de amenazas porque su autor es un colaborador de una organización terrorista). De esa manera, a pesar de que aparentemente se verifica la concurrencia en el caso de los dos requisitos establecidos en el tipo penal en el fondo no se acredita, por sí mismo, ninguno de ellos.

Con esta interpretación, realmente parece estar pervirtiéndose el sentido y la finalidad del precepto penal, y ampliando su ámbito de aplicación a un elenco de supuestos mucho más amplio de los que una interpretación más estricta y basada en la literalidad permitiría. Hasta el punto de que si se admite este vaciado de contenido a los requisitos previstos en la definición de la figura delictiva, el delito de amenazas terroristas corre el riesgo de convertirse en un potencial instrumento de represión de ideas y opiniones. Una especie de agujero negro en el que con independencia de cuáles sean las expresiones que enjuiciemos, siempre acabarán apareciendo las amenazas terroristas.

Y es que no puede olvidarse que los artículos periodísticos que están en la base del caso forman parte -como conductas expresivas que son- del objeto del derecho fundamental a la libertad de expresión establecido en el art. 20 de la Constitución. Una circunstancia que obviamente no conlleva que cualquier conducta expresiva sea, sin excepción y automáticamente, lícita, pero que desde luego obliga a interpretar el alcance de las figuras delictivas a través de las que se delimita el contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental conforme a unos parámetros estrictos. De esa manera el contenido de la libertad de expresión no puede delimitarse a través de dialelos, ni de círculos viciosos, sino, muy al contrario, aplicando, entre otros, principios como el del efecto recíproco de los derechos fundamentales del que se volverá a hablar en un momento posterior de este trabajo.

Así las cosas la valoración que merece el modo de razonar empleado por la Audiencia Nacional en esta sentencia debe ser necesariamente negativa, hasta el punto de que una extrapolación, y generalización de sus criterios convertiría una figura delictiva como el delito de amenazas -en principio plenamente compatible con la libertad de expresión- en un flagrante mecanismo de conculcación de ese derecho fundamental.

5. La sentencia del Tribunal Supremo: Delito de amenazas no condicionales (art. 170.1 CP), en concurso ideal con un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP)

5.1 El delito de amenazas no condicionales (art. 170.1 CP)

a. La posición mayoritaria del Tribunal Supremo

Como ya se ha señalado, la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo¹⁵ consideran que el párrafo final de *El Escudo*, ya reproducido en un epígrafe anterior de este trabajo, es constitutivo de un delito de amenazas no condicionales¹⁶ de los regulados en el art. 170. 1 CP. Este precepto establece que:

Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán, respectivamente, las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior¹⁷.

El objeto de este epígrafe es el examen de los cuatro elementos que, según el Tribunal Supremo, configuran esta modalidad delictiva, y sobre todo, de los criterios y argumentos en los que se apoya la sentencia comentada para concluir que tales requisitos abstractos concurren en el caso concreto:

1) Amenazar, es decir, atemorizar, intimidar, amedrentar a otros a la vista de algún mal que se anuncia, y

¹⁵ Véanse los apartados 3 y 4 del Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo que está siendo comentada.

¹⁶ El problema de si las amenazas eran o no condicionales es un problema técnico específico del Derecho penal cuyo análisis sobrepasa el objeto de este trabajo. Únicamente apuntar que esta fue una cuestión controvertida en la sentencia, pues si bien, la mayoría del Tribunal postuló la no condicionalidad de las amenazas (Véase apartado 5 del Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia), en el voto particular del magistrado Julián Sánchez Melgar se defendió la tesis contraria.

¹⁷ El artículo 169 CP, que es el artículo al que el artículo 170 alude indirectamente establece, diferenciando entre amenazas condicionales e incondicionales que “ El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado: 1. Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años. Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos. 2. Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.”

2) El mal que se anuncia ha de constituir un delito. Según el Tribunal la verificación de la existencia de unas amenazas de males graves constitutivos de delito no es problemática por cuanto tales requisitos aparecen claramente en el caso concreto “expresados con la metáfora de quedarse sin manos”.

3) La amenaza ha de dirigirse a “los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas”.

La concreción de ese colectivo o grupo sobre el que se dirige la amenaza se realiza, según la sentencia, en *El Escudo* unos párrafos antes de que se anuncie el mal a través de la metáfora de “os quedareis sin manos”, cuando se alude a “jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura, carceleros sin escrúpulos...”. Por tanto, el criterio que se establece es que serían esos colectivos genéricos más que personas concretas quiénes deberían ser considerados destinatarios de la metáfora, y por tanto de la amenaza.

4) La amenazas han de tener la gravedad necesaria para conseguir esa finalidad de atemorizar al grupo de personas de que se trate, esto es, ha de concurrir el requisito de la idoneidad o aptitud para atemorizar.

Sobre la concurrencia de este requisito en los artículos enjuiciados el Tribunal Supremo realiza únicamente este breve razonamiento:

“...Entendemos que por su propio contenido y contundencia, realmente estremecedora, nos encontramos ante unos términos que hay que calificar de *amenaza grave e idónea para atemorizar a esos colectivos*, en la parte que tienen relación con el País Vasco o con los órganos penales de la Audiencia Nacional o con las prisiones donde se hallan o se han hallado reclusos los presos por su participación o colaboración con ETA”.

Como puede comprobarse, en este fragmento se encuentra una conclusión, y una valoración jurisdiccional (positiva) acerca de la gravedad e idoneidad de las supuestas amenazas para atemorizar a determinados colectivos.

Pero, y eso es lo llamativo y lo que merece comentario, no se realiza nada más que una mínima alusión al criterio que se ha utilizado para alcanzar esa conclusión. El Tribunal Supremo se refiere únicamente y en unos términos vagos a “el propio contenido, y la contundencia, realmente estremecedora de las expresiones” pero tal mención no parece resultar suficiente para comprender adecuadamente cuales son los elementos -una vez situado el campo de análisis en el “contenido” de los textos- que deben ser tenidos en cuenta en la determinación de si en unas expresiones concretas concurre el requisito de la idoneidad o aptitud para atemorizar.

En otras palabras, esta alusión a “el propio contenido, y la contundencia, realmente estremecedora de las expresiones” parece ser una fórmula demasiado vaga e imprecisa que si bien nos orienta

acerca de qué son los hechos delictivos en sí mismos considerados y no sus autores lo que debe tenerse en cuenta con carácter prioritario, no precisa ningún detalle adicional sobre el *test* o conjunto de criterios interpretativos más concretos, que se deben utilizar para determinar si unas concretas expresiones supuestamente amenazantes satisfacen ese requisito de la gravedad o idoneidad de la amenaza. Una concreción ésta que sería exigible en base a la dimensión objetiva de la libertad de expresión.

b. Los votos particulares

Frente a la tesis que acaba de ser expuesta los magistrados Joaquín Giménez García, y Perfecto Andrés Ibáñez formularon sendos votos particulares discrepantes.

Tras unas reflexiones iniciales de gran interés sobre los antecedentes y la repercusión mediática del caso, el voto de Joaquín Giménez García se ocupa de analizar si los hechos enjuiciados son realmente constitutivos de un delito de amenazas. Su exposición se centra en dos aspectos: el texto amenazante, y la jurisprudencia existente sobre la materia.

Al partir del texto amenazante, se abandona la línea argumentativa utilizada por la Audiencia Nacional que había dado preferencia a las condiciones subjetivas del autor de las expresiones, y se utiliza el mismo criterio empleado por la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo con su alusión, en una fórmula ya comentada, al “propio contenido, y la contundencia, realmente estremecedora de las expresiones”.

Sin embargo, el análisis interpretativo que este magistrado realiza del sentido que tiene el texto enjuiciado concluye de un modo diferente, y antagónico al de la mayoría del Tribunal: Más que con un sentido amenazante, sostiene Giménez García, el artículo debe entenderse como “otra muestra más del típico maniqueísmo del discurso terrorista”, y del “uso de litúrgicos recursos lingüísticos repetidos hasta la saciedad en proclamas de la banda”. No encontrándose en el texto “ni la concisión, seriedad y concreción exigibles para el delito de amenazas a colectivos genéricamente determinados”

El otro fundamento en que se apoya el voto para postular la inexistencia de un delito de amenazas es la alusión a la Jurisprudencia existente en la materia. El argumento es que el párrafo supuestamente amenazante del artículo *El Escudo* es muy similar, e incluso menos explícito, que otras expresiones que, en su día, no fueron consideradas constitutivas de delito de amenazas ni por el Tribunal Supremo, ni por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco¹⁸:

¹⁸ Así se citan los siguientes ejemplos: la STS 1080/99 de 2 de julio donde se había enjuiciado el carácter delictivo de la siguiente expresión “Un aviso: si continuáis por el mismo camino, sabed que el sufrimiento será para todos. Sabed que el sufrimiento irá aumentando en nuestro pueblo. Y no estamos dispuestos a dejar abandonados ni a los presos y presas, ni a los familiares, a los cuales constantemente los estáis humillando”; la Sentencia de 20 de noviembre de 1989 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la que se había descartado el carácter amenazante de la afirmación

Por su parte, en el voto particular de Perfecto Andrés Ibáñez también se sostiene que el acusado debió ser absuelto del delito de amenazas. Este magistrado se basa en las siguientes tres ideas, esencialmente coincidentes con las expuestas por Giménez García en su voto:

- La mayoría de la Sala habría sido contradictoria con la idea de que De Juana Chaos no tenía en el momento de la redacción de los artículos la condición de integrante o colaborador de banda armada expuesta en su análisis de la existencia en el caso de un delito de integración o pertenencia a banda armada. La contradicción provendría del hecho de que, a su juicio, tal premisa fue decisiva a la hora de atribuir al texto enjuiciado el carácter de amenazante¹⁹.
- La existencia de precedentes en los que el Tribunal Supremo consideró expresiones similares a las ahora enjuiciadas como no constitutivas de un delito de amenazas. Se cita para avalar esa afirmación la sentencia 1080/99, de 2 de julio también citada por Giménez García en su voto.
- El propio texto enjuiciado contiene una serie de “inconcreciones” que desvirtúan su pretendido carácter amenazante: Así habría que valorar su carácter simbólico o metafórico, la ausencia de un destinatario expreso de las amenazas, o la intemporalidad del mal amenazado:

“Porque la indeterminación del destinatario impide prácticamente identificar un sujeto pasivo; la acción denotada es intemporal y permanece en el terreno de la metáfora, por más que ésta sea burda y no particularmente imaginativa; y lo mismo *las manos sobre las que pesaría la amenaza de amputación*: las puramente simbólicas de una multitud indeterminada de sujetos institucionales. Demasiadas inconcreciones para que pueda operar sobre ellas el *ius puniendi*, en los términos de taxatividad y rigor que reclama el principio de legalidad penal del Estado constitucional de derecho”

Al margen de las referencias a los precedentes jurisprudenciales, resulta particularmente significativo que en ambos votos particulares se resalte la idea de la indeterminación, o inconcreción del texto enjuiciado. Tales alusiones suponen, implícitamente, el establecimiento de una importante restricción al ámbito de aplicación de esta figura delictiva no recogida en la opinión mayoritaria del

de que “que nadie se haga ilusiones y que a todos los cerdos les llega su Sanmartín, y más de uno les llegará antes de lo que él desee”; y la Sentencia de 17 de Mayo de 2004 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en que se juzgaban unas declaraciones efectuadas en comparecencia pública por el portavoz de Batasuna instando al Gobierno Vasco a “desobedecer al Estado” o a “asumir las consecuencias”, afirmando que “este pueblo va a superar también esa coyuntura histórica y lo va a hacer organizándose, peleando, trabajando, haciendo propuestas y derrotándolo definitivamente”.

¹⁹ Como dice este magistrado “...la expresión se tiene como gravemente amenazadora, debido a la presupuesta implicación relevante de aquél en ETA. Que es lo que objetivamente conferiría a sus invectivas la condición de fuente real de riesgo para los afectados por ellas. Pero ésta es una circunstancia que ahora, por coherencia con el propio criterio de la sala, ya no debería operar”.

Tribunal Supremo: no deben ser consideradas amenazantes aquellas expresiones inconcretas o indeterminadas. Con ello los votos recogen, aunque sea de un modo indirecto, el importantísimo principio del efecto recíproco de los derechos fundamentales del que se hablará más detenidamente en un epígrafe posterior.

5.2 El delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo (art. 578 CP)

a. La posición mayoritaria del Tribunal Supremo

El art. 578 CP distingue dos conductas típicas: el enaltecimiento o justificación, y el menosprecio a las víctimas o a sus familiares. De ellas la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo consideró que en el caso concurría la primera a la que el precepto penal se refiere 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”

Se trata de una modalidad de la apología – regulada en la actualidad como forma de provocación del delito en el art. 18 CP-, que, al prever unos requisitos diferentes, parece contradecir la regulación contenida en la Parte General del Código Penal, constituyendo, por tanto, una excepción a lo allí dispuesto²⁰.

Siguiendo el mismo esquema establecido por la sentencia, los elementos de esta figura delictiva son:

1). La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Naturalmente la cuestión a determinar con relación a este elemento es que se entiende por “enaltecer” y por “justificar”. Doctrinalmente se ha apuntado que ambos términos no son sinónimos, sino que justificar es un concepto mucho más amplio que enaltecer o elogiar ya que mientras que “toda alabanza implica una justificación, no toda justificación conlleva una alabanza.”²¹

La sentencia nos ofrece una definición de ambos conceptos. Así mientras por “enaltecer” se entiende “ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo”, por “justificar” debe entenderse “que se hace aparecer como acciones lícitas o legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal”.

²⁰ Véase F. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pág. 1050.

²¹ Véase M. J. RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: Delitos de terrorismo*, Colex, Madrid, 2002, pág. 76-77.

2). El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos: a). Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo en los art. 571 a 577²², o b). Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos no resultando necesario la identificación de ninguna persona en concreto, y siendo suficiente una alusión genérica a un colectivo de autores.

3). Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión.

En relación a la concurrencia en el caso de estos elementos o requisitos, ningún comentario requiere el tercero de estos requisitos por cuanto ya se ha señalado que los artículos enjuiciados fueron publicados en un periódico: *El Diario Gara*.

En relación a los otros dos, en cambio, si que conviene detenerse en el razonamiento empleado por el Tribunal Supremo.

Por lo que se refiere a la existencia de palabras de “enaltecimiento” o “justificación”, la sentencia considera que en el artículo *El Escudo* pueden encontrarse expresiones en las que por un lado “se habla en tono de alabanza de los más de 700 presos” (enaltecimiento), y por otro “se está expresando que tienen razón estos presos al haber cometido sus crímenes” (justificación):

“...en su contenido hay un tono apologético respecto de lo que ellos denominan colectivo de los presos vascos y de las razones por las cuales estos ingresaron en prisión. Se trata, nos dice el Ministerio Fiscal y compartimos nosotros, de modificar los roles, considerando a jueces, políticos o funcionarios de prisiones como agresores y torturadores frente a los encarcelados por hechos terroristas que serían sus inocentes víctimas. Más en concreto, se habla repetidamente en tono de alabanza de los de más de 700 presos compañeros y compañeras con miles de años de cárcel cumplidos y por cumplir, de quienes se pone de manifiesto su buen comportamiento por resistirse a la resocialización que con ellos se pretende en el interior de las prisiones. Se pregunta el autor del primero de los dos escritos por qué el éxito de tal actitud de resistencia. Y se contesta diciendo que es porque tienen el escudo de la razón. Es decir, se está expresando que tienen razón estos presos al haber cometido sus crímenes, lo que constituye una justificación respecto de aquellas conductas por las que fueron condenados quienes han estado o están en prisión por los delitos de ETA. Se habla de que estos presos se hallan secuestrados por un sistema autoritario. Se está en definitiva diciendo que por esos hechos se encuentran injustamente privados de libertad.”

Como puede verse, en el artículo no hay expresiones que de un modo explícito e inequívoco contengan ese enaltecimiento o justificación, siendo a través de una interpretación de su sentido como se llega a esa conclusión.

²² Doctrinalmente se ha problematizado si a pesar de la dicción legal que se refiere a los delitos terroristas de los art. 571 a 577, también habría que considerar incluido aquí el delito de asociación ilícita. Sobre este aspecto véase M. J. RUIZ LANDÁBURU, *op. cit.*, pág. 78.

Tal circunstancia muestra que aunque el Tribunal no aclare ni cuáles son los criterios ni cuáles son los límites de su tarea interpretativa, implícitamente está afirmando una cosa muy importante: que las conductas típicas exigidas por el precepto no tienen porque aparecer expresamente, sino que pueden deducirse o extraerse del sentido que tienen las expresiones a analizar en cada caso.

Por otro lado, en relación al objeto del “enaltecimiento”, o la “justificación” el Tribunal continúa la línea argumentativa que acaba de verse, e interpreta que en *El Escudo*, el acusado está enaltecendo a los presos etarras, y justificando sus crímenes -que en muchos casos son los delitos terroristas sancionados en los art. 571 a 577-. Con ello, el Tribunal entiende que en el caso se cumplen las dos variantes alternativas que prevé el segundo de los requisitos exigidos por el precepto.

b. Los votos particulares

Al igual que habían hecho en relación a la existencia de un delito de amenazas no condicionales, los magistrados Joaquín Giménez García y Perfecto Andrés Ibáñez también defendieron en sus votos particulares una tesis diferente a la sostenida por la mayoría del Tribunal. Con palabras distintas, el argumento que se desprende de los dos votos es - en último término - el mismo: el sentido que se debe atribuir a los textos enjuiciados no es el de “enaltecimiento” o “justificación” del terrorismo.

Así, para Giménez García en las expresiones lo que se advierte es “una censura por los retrasos en la excarcelación del recurrente”, mientras que para Perfecto Andrés Ibáñez el acusado no está “enaltecendo” el terrorismo sino “exteriorizando la disparatada convicción que le llevó a delinquir”, y tampoco “justificándolo”, sino que “expresa con cierta vaguedad un planteamiento ideológico, que no pierde tal carácter por el hecho de ser aberrante”.

Tanto en uno como otro voto se considera, en fin, que aunque los artículos contienen planteamientos muy desagradables y censurables moralmente, desde el punto de vista jurídico, y más específicamente penal, no deben ser sancionados. Así Giménez García alude al estilo “romo y si se quiere grosero que se desprende de todo el texto”, y Perfecto Andrés Ibáñez es aún más explícito al señalar:

“...Lo hace, es cierto, mediante diatribas ajenas a las reglas del discurso racional y a la dialéctica política al uso entre sujetos civiles en las sociedades democráticas; traduciendo un cuadro de valores negativos totalmente rechazables. También, con clara distorsión del verdadero modo de ser de la realidad político-social en curso en el País Vasco; con palmaria inversión de los auténticos roles de víctimas y verdugos, que son producto de la única violencia ilegítima presente en ese atormentado contexto; y con empleo de expresiones calumniosas que, insisto, podrían y deberían haberse perseguido como tales. Pero esos rasgos caracterizadores de tan inaceptable discurso lo sitúan en una parte en el ámbito extrapenal, y, en la otra, en un área del Código Penal no contemplado por las acusaciones y, por ello, sin aptitud para fundar una condena.”

De esta manera, lo que se observa es que los votos no contienen un planteamiento alternativo al criterio argumentativo basado en la interpretación causista del caso concreto empleado por la mayoría del Tribunal, sino únicamente una diferente valoración del alcance y sentido de las expresiones enjuiciadas.

5.3. Consideraciones críticas al planteamiento del Tribunal Supremo

Por lo que respecta al delito de amenazas no condicionales, ya se ha visto como la mayoría del Tribunal únicamente realizó una mínima referencia al criterio utilizado para concluir que las expresiones enjuiciadas eran efectivamente amenazantes. La alusión a “el propio contenido, y la contundencia, realmente estremecedora de las expresiones” nos sitúa meramente ante el problema de la interpretación de los hechos delictivos, pero no nos aclara ni como debemos interpretarlos, ni con qué límites.

De los votos particulares de Giménez García, y Perfecto Andrés Ibáñez, en cambio, sí que puede extraerse un criterio interpretativo más general, y que excluye de sanción penal aquellas expresiones imprecisas, inconcretas, o indeterminadas. Con este criterio se acota el ámbito de aplicación de la figura delictiva, y se interpreta de manera restrictiva la limitación para el derecho fundamental de la libertad de expresión, que a través de la misma se establece. De ese modo, el criterio expuesto en los votos particulares se concilia con un principio bien conocido en materia de Derechos fundamentales: el principio de efecto recíproco,²³ al que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha hecho referencia en varias ocasiones como, por ejemplo, al afirmar que:

“Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.”²⁴

Los votos particulares consiguen de ese modo algo que parece estar ausente de la opinión mayoritaria del Tribunal: reparar en la relevancia constitucional de un precepto penal, e introducir tanto en su interpretación como en su aplicación los principios que esta dimensión iusfundamental del problema exige.

²³ Sobre este principio véase F. J. BASTIDA FREIJEDO, I. VILLAYERDE, P. REQUEJO, M. A. PRESNO, B. ALÁEZ, I. SARASOLA, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 54-55.

²⁴ Véase el fundamento jurídico sexto de la STC 159/1986.

Por otro lado, y por lo que se refiere al delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo, en este trabajo se ha mostrado como ni la mayoría del Tribunal ni los votos particulares hacen otra cosa que contraponer sus valoraciones personales sobre el particular, sin exteriorizar ningún criterio general.

Sin duda cada ciudadano podrá tener una opinión, basada en sus juicios personales, sobre si las expresiones de De Juana Chaos verdaderamente encajan en el concepto de “enaltecimiento”, o de “justificación”, pero resulta ciertamente preocupante que ése sea también el modo de proceder de nuestro Tribunal Supremo. Sin embargo, eso es lo único que se contiene en la sentencia: las meras valoraciones personales de sus magistrados, y los ensanchamientos o restricciones de los conceptos de “enaltecer”, y de “justificar” conforme a parámetros implícitos, subjetivos, inconscientes, y no objetivables.

Un planteamiento jurídico con ciertas aspiraciones de objetividad debe ser algo distinto: debe implicar el establecimiento de unas pautas o criterios abstractos que sin eliminar la imprescindible tarea interpretativa de los órganos jurisdiccionales, al menos la guíe. La aplicación de la figura delictiva del enaltecimiento o justificación del terrorismo precisa, en definitiva de un *test*.

Naturalmente el establecimiento de ese *test* sobrepasa el objeto, y las posibilidades de este trabajo. Sin embargo, no querría terminar sin señalar que en su formulación no puede olvidarse la dimensión iusfundamental del problema. Y ello, por un doble motivo.

En primer lugar, el *test* sólo resultaría obviamente necesario en el caso de que la figura delictiva fuese constitucional. Una cuestión ésta que aunque la sentencia no se plantea no es ni trivial, ni sencilla de resolver, como muestra la división existente entre la doctrina que se ha planteado la compatibilidad de esta figura delictiva, con el derecho fundamental a la libertad de expresión²⁵.

Así, a modo de ejemplo y sin entrar demasiado al fondo del asunto, mientras que algunos como Carbonell Mateu consideran que esta figura es de “indefendible constitucionalidad”, por cuánto “se trata de una limitación a la libertad de expresión que va mucho más allá de lo que es lícito

²⁵ Ese no es el único motivo que por el que se ha sostenido que la criminalización del enaltecimiento o justificación del terrorismo es inconstitucional. Así también se ha planteado que en base al “principio de ofensividad”, es decir al “principio de exclusiva protección de bienes jurídicos” se podría concluir que esta figura delictiva es inconstitucional. El argumento es que el legislador estaría castigando meras opiniones, y no la producción de un daño o peligro para la sociedad. (Véase T. S. VIVES ANTÓN “Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión”, en L. LÓPEZ GUERRA (Coord.), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Prof. Dr. Joaquín García Morillo*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2001, pág. 284-286). Ese argumento está muy relacionado con el principio de legalidad, y con el principio de proporcionalidad, y parece ser, salvando las distancias, una especie de versión penal de lo que en el ámbito administrativista francés se denomina “error manifiesto de apreciación” (Sobre este principio véanse, entre otras, la DC 96-337 de 16 de julio de 1996.)

reprimir”²⁶, otros como Ruiz Landáburu defienden su constitucionalidad sobre la base de la idea de “la ponderación de intereses en juego”, en virtud de la cual debe entenderse justificada la restricción del derecho fundamental “cuando en el castigo de la conducta apologética exista un mayor interés social que en el ejercicio de aquel, atendiendo para ello al bien jurídico atacado por la conducta y la gravedad e intensidad del ataque, tomando como base las necesidades sociales imperantes en un determinado momento, y por supuesto, la enorme relevancia del derecho fundamental en juego”²⁷

En dicho debate podría ser además de interés valorar hasta qué punto la constitucionalidad o la inconstitucionalidad del delito está relacionada (e incluso condicionada) con si nuestro ordenamiento asume una concepción procedimental o deliberativa de la democracia, o, en cambio, una concepción militante de ésta. Cuestiones todas ellas esenciales y en absoluto resueltas, que la sentencia, en cambio, ni siquiera menciona.

En segundo lugar, y suponiendo que se aceptase la constitucionalidad de esta figura delictiva, no puede perderse de vista, que a través de una interpretación excesivamente amplia del sentido de los conceptos de “enaltecimiento” o “justificación” podría conculcarse el derecho fundamental a la libertad de expresión. Esta es una circunstancia que necesariamente debe ser tenida en cuenta a la hora de la articulación técnica de ese deseable *test*, y que producirá, entre otros importantes efectos prácticos, que también aquí deba tenerse en cuenta el principio del efecto recíproco de los derechos fundamentales.

6. A modo de conclusión

El análisis de las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en el conocido como caso De Juana Chaos nos muestra una tendencia por parte de estos órganos jurisdiccionales a ampliar el ámbito de aplicación de diferentes figuras delictivas con las que, legislativamente, se ha llevado a cabo la delimitación del contenido constitucionalmente protegido por la libertad de expresión. El dilema o círculo vicioso advertido en la argumentación de la Audiencia Nacional sobre las amenazas terroristas, o -en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo- las meras valoraciones causistas claramente contrarias, e incompatibles, con un principio tan importante como el del efecto recíproco de los derechos fundamentales nos sitúan ante un preocupante precedente jurisprudencial.

La cuestión estriba en saber si nos encontramos únicamente ante un caso aislado, o si el caso De Juana Chaos representa una nueva tendencia jurisprudencial consistente en restringir la libertad de

²⁶ Véase J. C. CARBONELL MATEU, “Terrorismo”, en T. S. VIVES ANTÓN (Coord), *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2004, pág. 1050.

²⁷ Véase M. J. RUIZ LANDÁBURU, *op. cit.*, pág. 78, y para un desarrollo más pormenorizado del argumento las páginas 78-83.

expresión mediante el ensanchamiento del ámbito de aplicación de diferentes figuras delictivas que afectan a este derecho fundamental. Realmente el claro continuismo en la comprensión del enaltecimiento del terrorismo que se observa entre la sentencia del Tribunal Supremo comentada, y la más reciente STS 558/2007²⁸, de 20 de junio parece ser un importante argumento a favor de esa segunda hipótesis. En todo caso, esta es una cuestión que solo el futuro nos aclarará.

7. Tabla de sentencias citadas

Tribunal Constitucional

<i>Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
12.12.1986	RTC 159	Gloria Begué Cantón

Tribunal Supremo

<i>Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
5.5.2006	RJ 3877	Miguel Colmenero Menéndez de Luarda
16.5.2003	RJ 5285	José Jiménez Villarejo
5.6.2003	RJ 4294	Diego Antonio Ramos Gancedo
15.10.2004	RJ 7688	Julián Sánchez Melgar
26.2.1999	RJ 882	Cándido Conde-Pumpido Tourón
23.12.2004	RJ 2005\500	Juan Saavedra Ruiz
6.3.2006	RJ 1810	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
21.12.1999	RJ 9242	Joaquín Martín Canivell
2.7.1999	RJ 1080	Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
19.7.2003	RJ 5967	José Ramón Soriano Soriano

Audiencia Nacional

<i>Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
17.9.1996	ARP 169	Flor María Sánchez Martínez

²⁸ Esta sentencia confirma la condena por enaltecimiento del terrorismo impuesta por la Audiencia Nacional (Sentencia 31/2006 de 27 de abril) al líder abertzale Arnaldo Otegui por su participación en el homenaje al histórico miembro de ETA Argala. Sin entrar en los pormenores de la sentencia debe únicamente señalarse que en ella se observan varios indicios de que el Tribunal Supremo no ha llevado a cabo una interpretación restrictiva del tipo penal aplicable al caso (enaltecimiento del terrorismo), y, al contrario, mantiene criterios análogos a los sostenidos en la sentencia del caso De Juana Chaos ampliamente comentada en este trabajo.

8. Bibliografía

F. J. BASTIDA FREIJEDO, I. VILLAVARDE, P. REQUEJO, M. A. PRESNO, B. ALÁEZ, I. SARASOLA (2004), *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid.

J. C. CARBONELL MATEU (2004), "Terrorismo", en T. S. VIVES ANTÓN (Coord.), *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant Lo Blanc, Valencia.

F. MUÑOZ CONDE (2004), *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 15ª edición.

J. MUÑOZ CUESTA (2007), "Amenazas no condicionales a grupos de personas y enaltecimiento del terrorismo (Comentario a la STS, Sala 2ª, de 26 de febrero de 2007)", *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 4, 2007.

M. J. RUIZ LANDÁBURU (2002), *Provocación y apología: Delitos de terrorismo*, Colex, Madrid.

A. VELÁZQUEZ BARÓN (2004), *Las amenazas*, Bosch, Barcelona.

T. S. VIVES ANTÓN (2001), "Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión", en L. LÓPEZ GUERRA (Coord.), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Prof. Dr. Joaquín García Morillo*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2001.