

DETENCIÓN INCOMUNICADA
Y CONTENIDOS DE LOS ARTÍCULOS
577 Y 578 DEL CÓDIGO PENAL

ANÁLISIS Y PROPUESTAS



W R U G K A A G

Como se recoge en el título, en esta exposición pretendo plantear tres cuestiones que han sido objeto de críticas desde su presencia en el ordenamiento jurídico español.

La primera se refiere a la “detención gubernativa incomunicada” incorporada en el ordenamiento con las restricciones, cuando no vaciamientos, de los derechos a las personas detenidas durante su aplicación.

La segunda tratará de los delitos recogidos en el artículo 577 CP que, dentro de la Sección 2ª, “De los delitos de terrorismo”, del Capítulo VII, “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”, del Título XXII “Delitos contra el Orden Público”, recoge en su inicio tras la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio lo siguiente: “los que sin pertenecer a organización o grupo terrorista y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública o la de contribuir a estos fines, atemorizando a los habitantes de una población, o a los miembros de un colectivo social, político o profe-

IGNACIO
MUÑAGORRI LAGUIA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL. UPV/EHU

sional cometieren [...]” indicando a continuación una relación de delitos a los que se castiga en la mitad superior de la pena que corresponda al hecho cometido.

La tercera cuestión trata de los hechos recogidos en el artículo 578 CP, dentro de la misma sección 2ª del artículo anterior, que acoge las conductas típicas en dos incisos: “el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 578, dentro de los “delitos de terrorismo” de la sección 2ª citada, así como quienes hayan participado en la ejecución, continuando en un segundo inciso con la “realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o

La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial (CE, art.17.2)

de sus familiares”, conductas sancionadas con una pena de prisión de 1 a 2 años, junto a la potestativa imposición en la sentencia de alguna o algunas prohibiciones previstas en el artículo 57 CP.

Como pueden ver, el contenido de estas tres cuestiones es complejo, extenso e intenso, de manera que he procurado centrarme en los problemas centrales que, entiendo, encierran, y esbozar, a continuación, propuestas de respuesta a estas cuestiones.

En relación a la primera cuestión, “la detención gubernativa en régimen de incomunicación”, en lo que se refiere al plazo temporal máximo, de la detención y de las consecuencias restrictivas de derechos, que la incomunicación conlleva, hay que remontarse a la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 CE. Este artículo establece que “una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17 apartado 2 y 18 apartados 2 y 3 pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de las bandas armadas o elementos terroristas”. En relación a lo que estamos tratando, el artículo 17.2 CE, establece que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. La citada LO 11/1980, de 1 de diciembre, en el artículo 1º, dos, g) extiende el ámbito de aplicación a los delitos que el Código Penal califica como “terroristas” y en su artículo tercero preveía que “la detención gubernativa

podrá prolongarse el tiempo necesario para fines investigadores, hasta un plazo máximo de otros 7 días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del juez, antes de que transcurran las 72 horas de la detención”, amplia prolongación que fue declarada inconstitucional por STC 199/1987, que vino a determinar una prolongación máxima de 48 horas más, generando el plazo máximo de detención en 5 días para estos supuestos.

E. Gimbernat en 1982 (1982, 95 a 97) comentando esta norma y la previsión del propio artículo 55.2 CE expresó que “este precepto constitucional permite que en una situación de normalidad, es decir, en una situación en la que no se ha declarado, ni el Estado de alarma, ni el de excepción, ni el de sitio, no obstante sean suspendidos para las personas sospechosas de terrorismo los derechos reconocidos en el artículo 17.2 (límite máximo de 72 horas en la detención gubernativa) y el 18.2 y 3 (garantía de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones)”. Junto a ello, realizaba las siguientes consideraciones: 1) Que frente a la opinión de un sector de la doctrina administrativa y penal que ha mantenido que el artículo 55.2 CE tenía como único y

honorable paralelo en el Derecho Constitucional comparado el artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn, tal tesis no es defendible, primero porque el precepto alemán no prevé como uno de los derechos susceptibles de suspensión individual el del plazo legal, dentro del cual el detenido debe ser puesto a disposición de la autoridad judicial y, por otra parte, porque el artículo 18 de la Ley fundamental de Bonn exige que la restricción individual de derechos fundamentales sea decretada nada menos que por el Tribunal Constitucional, negando tal antecedente extranjero, aunque sí reconociendo uno propio como era el de la legislación franquista que autorizaba para las personas sospechosas de

Si un derecho fundamental como es el de la libertad personal es “suspendido permanentemente” no se aplica de forma individual ni para personas determinadas “sino de modo general”

terrorismo la permanencia de 10 días en la detención policial.

El comentario de Gimbernat mantenía una segunda argumentación consistente en la posible inconstitucionalidad tanto de la Ley 11/1980 como del propio precepto constitucional conectando el 55.2 con el artículo 15 CE, nadie puede ser sometido a torturas, y el artículo 24 CE, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, lo que haría delictiva e inimaginable la posibilidad de que el legislador dicte disposiciones autorizando los malos tratos o las coacciones para que los detenidos declaren, entrando en contradicción el artículo 55.2 CE con los otros preceptos constitucionales, lo que plantea el problema de la posible inconstitucionalidad de una norma también constitucional, problema que hay que resolver a favor de aquellos preceptos que, dentro de la misma Constitución, tienen un rango superior, en este caso, los artículos 15 y 24 que son de los pocos susceptibles de fundamentar un recurso de amparo y porque si el 55.2 CE puede ser reformado simplemente por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, la modificación del 15 o del artículo 24 CE exige la mayoría de dos tercios, en tanto cabe añadir por mi parte que el artículo 55.2 se ubica en el Capítulo 5º constitucional y no en el Capítulo 2º del Título I donde se encuentran los artículos 15, 17 y 24, en concordancia con los artículos 53.1 y 81.1 y 2 CE.

En similar sentido se ha manifestado Carmen Lamarca en un amplio y minucioso estudio sobre el artículo 55.2 CE y la normativa que lo desarrolla, señalando que si un derecho fundamental como es el de la libertad personal es “suspendido permanentemente” no se aplica de forma individual ni para personas determinadas “sino de modo general” (1985, 359-444), comentarios que pueden sustentarse

en investigaciones realizadas más recientemente como la del IVAC/KREI, publicada en 2009, por la oficina del Ararteko sobre la “Suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo. Especial consideración de la detención incomunicada” (2009). Muestra dicha investigación que abarca el año 2001, que se les aplicó la incomunicación al 96,93% de los detenidos en relación con el “terrorismo”, alzándose la incomunicación al quinto día al 47,4%, el cuarto al 23,7%, y al tercer día, al 19,6%. Merece recordar la reciente sentencia de la Audiencia Nacional 26/2014 que hace una mención inédita a la incomunicación al rechazar las declaraciones realizadas por los detenidos durante la detención incomunicada al entender que dicho régimen de detención se realiza en un “contexto inquisitivo y secreto” y, por tanto, no ofrece garantías. Expresamente recoge que solo las declaraciones sumariales que se hayan realizado “libre, voluntaria y espontáneamente pueden ser tenidas en cuenta para obtener elementos incriminatorios”.

Solo las declaraciones sumariales que se hayan realizado “libre, voluntaria y espontáneamente pueden ser tenidas en cuenta para obtener elementos incriminatorios”

En relación con la regulación de la detención incomunicada, el apartado primero del artículo 520 de la LECrim delimita los supuestos en que puede prolongarse los casos de la detención

preventiva al señalar que “toda persona detenida como presunto partícipe de algunos de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del juez competente dentro de las 72 horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada la prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas de la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización como la denegación de la prórroga se autorizarán por resolución motivada. A su vez, el artículo 384

bis de la misma Ley procesal, en un ámbito procesal distinto al de la detención, se refiere a “persona integrada o relacionada con banda armada o individuos terroristas o rebeldes”.

El artículo 520 bis 2 prevé a su vez que una vez detenida una persona por los supuestos del artículo 384 bis LECrim, desde el momento en que se solicita al Juez que decrete la incomunicación, el detenido quedará incomunicado, sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y lo establecido en los artículos 520 y 527 [...] automatismo de la incomunicación así, especie de privilegio policial donde el momento de la solicitud, que la STC 199/1987 señala que ha de ser simultánea a la confirmación del órgano judicial competente, simultánea detención incomunicada y confirmación judicial, entiendo. También el artículo 520 bis hace referencia al control judicial de esta detención, durante cuya duración “el juez podrá en todo momento requerir información y conocer personalmente o mediante delegación al juez de instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste”. Tal previsión de control judicial fue, en su momento, en 1983, comentada por Andrés Ibañez, al señalar que tales atribuciones no permiten “al Juez recuperar su falta de iniciativa, salir de su depresiva pasividad”, al entender que se produce un claro desplazamiento de atribuciones de poder desde la administración de justicia, al ejecutivo. “Facultades siempre indiscutiblemente judiciales, están dejando de serlo y no de la manera coyuntural y aislada que en ciertos casos se pretende, sino con un alarmante criterio de generalidad” (Andrés Ibañez, P., 1982, 20).

El artículo 527 LECrim recoge las consecuencias negativas para los derechos del detenido que la incomunicación conlleva: A) en todo caso su abogado será designado de oficio; B) no tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado a) del número 2 del artículo 520, en relación a poner en conocimiento del familiar o persona que desee tanto el hecho como el lugar de la detención en que se encuentra en cada momento; y C) tampoco tendrá derecho a la entrevista reservada del abogado con el detenido, al término de la práctica de la diligencia en la que el abogado haya intervenido. Estas previsiones negativas contrastan, entiendo que esencialmente, con lo previsto también en el art. 520.1 relativo a que la detención “deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido [...] en su persona, reputación y patrimonio”.

Respecto a esta previsión negativa de la privación del derecho del detenido incomunicado a nombrar un abogado de confianza y a entrevistarse reservadamente con él, haré mención a la STC 196/1987 que en el voto mayoritario, tuvo dos votos particulares, el primero de dos magistrados y el segundo de tres, declaró tales medidas conforme a la Constitución, al entender que teniendo en cuenta que la persecución y castigo de los delitos son pieza esencial de la defensa

y de la paz y de la seguridad ciudadana, los cuales son bienes reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 de la Constitución y, por tanto, constitucionalmente protegidos, la limitación establecida en el artículo 527 a) de la LECrim encuentra justificación en la protección de dichos bienes que, al entrar en conflicto con el derecho de asistencia letrada al detenido, habilitan al legislador para que en caso

La intervención del abogado puede ser determinante para el detenido en las primeras horas de la detención, que son las más necesitadas de apoyo moral y técnico, que solo puede prestarlo el abogado en el que el detenido confíe. Además la disconformidad procede también al considerar desequilibrada la valoración de los bienes constitucionales que realiza el voto mayoritario al hacer primar la seguridad sobre la libertad de elección de abogado y, por último, al criticar que una medida excepcional, como la incomunicación se convierta en norma general

de la reserva específica que le confiere el artículo 17.3 de la Constitución, proceda a su conciliación impidiendo la modalidad de libre elección de abogado”. Haré referencia a los dos votos particulares en contra de la decisión mayoritaria.

En el primero se manifiesta su disconformidad al entender que la intervención del abogado puede ser determinante para el detenido en las primeras horas de la detención, que son las más necesitadas de apoyo moral y técnico, que solo puede prestarlo el abogado en el que el detenido confíe. Además la disconformidad procede también al considerar desequilibrada la valoración de los bienes constitucionales que realiza el voto mayoritario al hacer primar la seguridad sobre la libertad de elección de abogado y, por último, al criticar que una medida excepcional, como la incomunicación se convierta en norma general. El segundo voto particular es, en gran parte, coincidente con la argumentación del anterior. En él se manifiesta la disconformidad con la ponderación que el voto mayoritario realiza entre un derecho fundamental y otros bienes constitucionalmente más genéricos, incluso sacados de contexto cabe añadir, como en el caso del artículo 10.1 o del 104.1, se cuestiona que la eficacia que pueda alcanzarse de la asistencia técnica, al apoyo moral y la ayuda profesional en los primeros momentos o días de la detención sea

La detención incomunicada crea condiciones que facilitan la perpetración de la tortura y puede en sí constituir una forma de trato cruel o degradante o, incluso tortura, el régimen de incomunicación debe suprimirse

Se comparte la preocupación expresada por el Comité europeo, en el sentido de que las personas mantenidas en régimen de incomunicación no hayan sido visitadas por el juez antes de prorrogar el período de detención, y hace suyas su recomendación de que las personas mantenidas en régimen de incomunicación sean sistemáticamente llevadas ante el Juez competente [...] antes de adoptar la decisión de prolongar el período de detención

igual o equivalente si la realiza un abogado de confianza del detenido o un abogado desconocido que ha sido designado para el detenido. Por último, tampoco coinciden con el carácter generalizable de la incomunicación y, en particular, rechaza que en todos los casos de detención incomunicada haya riesgo de ilícita concertación con el abogado libremente elegido, admitiendo ese riesgo excepcional en detenciones por hechos relativos a organizaciones pero no en los demás casos en que la medida de designación de oficio del abogado es manifiestamente desproporcionada.

En la STC 7/2004, en su Fundamento Jurídico 4º la “incomunicación” se entiende como “algo más que un grado de intensidad en la pérdida de libertad, dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de esta situación de incomunicación para los derechos del ciudadano y, en concreto, las limitaciones del derecho a asistencia letrada (art. 17.3 CE), la adecuación a la Constitución de las resoluciones judiciales que las autorizan han de analizarse desde la perspectiva de un especial rigor”. Estas resoluciones judiciales, cabe comentar, se caracterizan por su “parquedad”, por ser meramente formales, se reducen a remitirse a las razones expuestas por la autoridad gubernativa, a citar los artículos de la LECrim, en los supuestos de incomunicación y a constatar, en el caso de la prolongación, que

la solicitud se hace dentro del plazo legal. Así, para la llamada “fundamentación”, la STC 196/1987 recurre a justificar la técnica de la “motivación por remisión a la norma” que ha sido considerada doctrinalmente (Igartua, 2003, 204-205) como una de las “patologías de la motivación, un supuesto de omisión sustancial de la motivación que se da cuando el Juez no elabora una justificación autónoma “ad hoc”.

Por otra parte, en relación con la detención incomunicada, se han pronunciado reiteradamente organismos internacionales como Naciones Unidas y la Unión Europea. Puede citarse el Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura sobre su visita a España en octubre de 2003 (Naciones Unidas, 2004) que recoge, entre sus recomendaciones: “66. Cómo la detención incomunicada crea condiciones que facilitan la perpetración de la tortura y puede en sí constituir una forma de trato cruel o degradante o, incluso tortura, el régimen de incomunicación debe suprimirse”. “67. Se deberá garantizar con rapidez y eficacia a todas las personas detenidas por las fuerzas de seguridad: a) el derecho de acceso a un abogado e incluso el derecho a consultar al abogado en privado; b) el

derecho a ser examinado por un médico de su elección, en la inteligencia de que ese examen podrá hacerse en presencia de un médico forense designado por el Estado; y c) el derecho a informar a sus familiares del hecho y lugar de la detención”. Señalar también, continúa el informe, que todo interrogatorio deberá comenzar con la identificación de las personas presentes, deberán ser grabados, preferiblemente en cintas de vídeo, y en la grabación deberá incluirse la identidad de los presentes. A su vez, en dicho Informe, se comparte la preocupación expresada por el Comité europeo, en el sentido de que las personas mantenidas en régimen de inco-

municación no hayan sido visitadas por el juez antes de prorrogar el período de detención, y hace suyas su recomendación de que las personas mantenidas en régimen de incomunicación sean sistemáticamente llevadas ante el Juez competente [...] antes de adoptar la decisión de prolongar el período de detención. De igual manera, Amnistía Internacional ha venido denunciando, desde antes incluso de la LO de 1980 (A.I., 1980, 6 y ss.) hasta su último informe sobre España, en el mes de abril pasado, la práctica de la tortura en relación con la detención incomunicada y no sólo en este caso de detención. En sentido similar se pronuncia la CPT (Coordinadora para la Prevención de la Tortura) de Madrid (2014) en su “Manifiesto para la erradicación de la tortura y los malos tratos”.

Por todo lo expuesto, a modo de conclusión, de este primer tema, se propone que el régimen de incomunicación de la detención, con la infracción del derecho a la asistencia letrada, debería desaparecer y modificar la referencia constitucional al artículo 55.2 CE así como los artículos respectivos de la LECrim y modificar también el plazo de 72 horas, como plazo máximo cuantitativo de la Constitución y sustituirlo por 48 horas máximo, dado

que el plazo de las 72 horas procede de la legislación franquista, el llamado Fuero de los Españoles, mientras que el de 48 horas se recogía en el artículo 29 de la Constitución republicana de 1931, inmediato antecedente constitucional democrático de la vigente Constitución de 1978. En ese máximo plazo de 48 horas toda persona detenida debería ser puesta en libertad o ser llevada al juez, salvo cuando renuncie a su derecho a declarar, supuesto en el que debería ser llevada inmediatamente (Portilla, 1997, 789-790). En todo caso, debe insistirse, sería muy necesario el debido control judicial durante la detención.

En ese máximo plazo de 48 horas toda persona detenida debería ser puesta en libertad o ser llevada al juez, salvo cuando renuncie a su derecho a declarar, supuesto en el que debería ser llevada inmediatamente (Portilla, 1997, 789-790). En todo caso, debe insistirse, sería muy necesario el debido control judicial durante la detención

Continuando con los contenidos del artículo 577 CP, cuya textualidad ya se ha expuesto al comienzo, el tipo se enmarca en la estrategia del endurecimiento de la legislación penal en materia de “terrorismo”. En la Exposición de Motivos de la LO 7/2000 se calificaba la conducta típica del “terrorismo urbano”, expresión que se ha venido utilizando, junto a la de “terrorismo” de baja intensidad o extendida a la expresión vasca “kale borroka”, sin que ello suponga, como señala Paredes Castañón (2003), “hablar ante todo de la realidad”, “sino que con frecuencia los océanos de las palabras y de palabrería hacen saber de qué estamos hablando”, y ello hasta el punto de que damos por existentes realidades, solamente porque una palabra es acuñada (o empezada a usar) como el “terrorismo callejero” o hasta el punto de que sólo nos extrañamos, no si el lenguaje se separa del uso común (por estar habituado a ello) sino únicamente se separa del uso propagandístico usual, preponderante en la materia, que es lo único que vemos un “abuso”, cuando se llama “terrorista” -“terrorismo machista”-, al responsable de violencia doméstica, por ejemplo.

Al definir normativamente tales conductas como “terrorismo”, se atribuye la competencia a los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, incluyendo el Juzgado Central de Menores al afectar la reforma también a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores, también en relación con los delitos de terrorismo, objetivo que ha calificado García Albero (2011, p. 1746) como “el objetivo fundamental no declarado de la reforma”.

Lo que recoge este precepto al situarlo en los delitos de terrorismo es combatir los hechos al margen de la existencia de una organización,

coincidiendo con la finalidad de subvertir el orden constitucional, o alterar gravemente la paz pública o de contribuir a ello, siempre al margen de una organización a través de la comisión de los delitos que se recogen.

Por tanto, el salto legislativo que se produce con la calificación como “delitos de terrorismo” se centra básicamente en la finalidad de los autores y

no en los hechos realizados, al margen de una estructura organizada de los autores, finalidad de “subvertir el orden constitucional”. Una cuestión básica que puede plantearse es si “resulta necesario disolver la refundición de realidades diversas en un único concepto de “terrorismo”, retórica y políticamente útil para los gobernantes (por resultar justificador por lo que incluye y lo que excluye), pero carente de justificación político-criminal (Paredes Castañón, 2003) o como apunta Sloterdijk, citado por Paredes, “que quien dispone de la prerrogativa interpretativa de declarar “terrorista” a los luchadores de una causa extraña a los propios intereses, desplaza sistemáticamente la percepción del temor del plano de los métodos, centrándose en el grupo” y en el que como tratamos no hay siquiera grupo.

La extensión político-criminal se activa, señala Mira (2013), cuando se produce la coincidencia de dichos objetivos políticos o planteamientos ideológicos, hostiles o críticos con los que persiguen determinadas organizaciones. En relación a la finalidad central de “subvertir el orden constitucional” de la que se desgajan, más o menos retóricamente, otras finalidades, no parece que en sí misma pueda, político-criminalmente, generar una refundición en un único grupo de tipos penales (agravados) del componente de creación del miedo o la inseguridad, con el componente de desestabilización política. Y ello si ambos componentes son contenidos alternativos del injusto como se recoge

La jurisprudencia ha recogido también que “esta apología genérica, laudatoria y sin incitación” no constituye propiamente un delito de terrorismo, pues la actividad típica no se encamina a la incitación directa o indirecta a la comisión del delito

en el tipo, y en el artículo 571 CP, como si son cumulativos, en el primer caso, por tratar del mismo modo, supuestos de hecho que son completamente diferentes, desde el punto de vista valorativo y, en el segundo, por crear un injusto híbrido de difícil justificación (Paredes Castañón, 2010, 137-225).

Por todo lo expuesto, atribuida a la organización o grupo, un contenido propio de los injustos de terrorismo, se propone, a modo de conclusión de este punto, que el contenido del art. 577 debería resituarse en los delitos comunes y salir del ámbito de los delitos de terrorismo. Su inclusión en esos delitos, aunque su punición se remita a los delitos comunes agravada en su mitad superior, como agravante específica o coincidente con una genérica, conlleva importantes consecuencias en el ámbito procesal-penal al que parece atribuírsele una intensa funcionalidad punitiva y criminalizadora, entiendo que no se justifica.

Por último, en relación con el contenido del artículo 578 CP, García Albero (2011, 1747) delimita su contenido en dos conductas distintas. Por una parte, el enaltecimiento o justificación del terrorismo y sus autores, y, por otra, la realización de actos que entrañen desprecio, descrédito o humillación a las víctimas.

Respecto a la primera modalidad típica, continúa este autor, el Tribunal Supremo (STS 149/2007, de 26

“Se está castigando con una pena nada liviana, conductas que, en realidad están muy cercanas a la libertad de expresión [...], tan cerca de la libertad de expresión que la pena resulta manifiestamente desproporcionada”

La propuesta consiste en el caso de enaltecimiento, su exclusión como supuesto delictivo por su confusa e innecesaria previsión, fortaleciendo, así, una mejor protección de la libertad de expresión, y en relación con la segunda modalidad, así mismo también, su exclusión del Código Penal y su previsión, como se ha indicado, en el orden civil, siguiendo la línea legislativa, en el ámbito específico visto por la Ley 29/2011, y con el antecedente la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen

de febrero; 585/2007, de 20 de junio; 539/2008, de 23 de septiembre o 224/2010, de 3 de marzo) precisa que serán tres los elementos típicos: 1) la existencia de acciones o palabras por las que se enaltece o justifica; 2) el objeto de dicho enaltecimiento puede ser o bien las conductas definidas como delitos de terrorismo, arts. 571 a 577 CP, o cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos ya sean individuales o un colectivo de autores o copartícipes, y 3) que la acción de enaltecer o justificar se realice por cualquier medio de expresión pública o difusión, ya sea con medio de comunicación o meramente un acto público de concurrencia numerosa.

Comenta el autor citado que dicho supuesto, al no exigir incitación o invitación directa a cometer delito, no puede configurarse como una modalidad de apología, la provocación en la previsión del artículo 18 CP, para lo que además, bastaría con su previsión expresa en el artículo 579, cuando el artículo 578 recoge una forma “autónoma [...] caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una forma de apología que ni directa, ni indirectamente vaya dirigida a la comisión de un delito, adelantándose así el límite de protección, al exigir una mera alabanza o justificación genérica. Javier Mira (2013, 87-89) lo ha calificado así como un delito de apología, el enaltecimiento, pero en su versión más severa [...]

que participa junto con la integración, art. 571 CP, en la marginación del proyecto u opinión política”.

Por otra parte, la jurisprudencia ha recogido también que “esta apología genérica, laudatoria y sin incitación” no constituye propiamente un delito de terrorismo, pues la actividad típica no se encamina a la incitación directa o indirecta a la comisión del delito (ATS de 23 de mayo de 2002 y 14 de junio de 2002). También lo recogió el Tribunal Constitucional al resolver los recursos de inconstitucionalidad contra la LO 9/1984, sobre bandas armadas y elementos terroristas, al señalar que: “[...] la manifestación pública en términos de elogio o exaltación, de un apoyo de solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no pueden ser confundidas con tales actividades”.

Recientemente Cuerda Arnau (2013, 116 y ss.) propone que dicho delito “debe desaparecer de nuestro Ordenamiento jurídico”. Motiva tal propuesta al entender que en dichos delitos, incluyendo también la segunda modalidad del artículo 578, son de “discutible legalidad”, “se está castigando con una pena nada liviana, conductas que, en realidad están muy cercanas a la libertad de expresión [...], tan cerca de la libertad de expresión que la pena resulta manifiestamente desproporcionada”. También propone que, en su caso, con una interpretación lo más restrictiva posible, que se adapte al texto constitucional [...] “sería imprescindible que salga de la competencia de la Audiencia Nacional ya que [...] no es un delito de terrorismo, sino un delito que versa, en su caso, sobre delitos de terrorismo. La consideración de la dudosa constitucionalidad procede de entender que, con dicho delito, no se castiga la provocación del delito como modalidad de la apología, el enaltecimiento no es propiamente una apología incitadora, no está castigando la provocación del delito, sino conductas que están muy cercanas al apoyo ideológico”.

“[...] la manifestación pública en términos de elogio o exaltación, de un apoyo de solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no pueden ser confundidas con tales actividades”

Entiendo que la segunda conducta recogida en el artículo 578, actos que entrañen deprecio, descrédito o humillación a las víctimas, tiene contenidos comunes en cuanto a resultados, no queridos, ni buscados y, en todo caso, reductores de la libertad de expresión, tenidos en cuenta por el legislador, al tipificar el enaltecimiento, pero con escasa entidad para constituir un bien jurídico penal autónomo. Siguiendo con la misma autora citada, considera que “es mejor solución dejar estas conductas del artículo 578 CP fuera del ámbito del Derecho Penal y proceder a la tutela extrapenal del honor y dignidad de las víctimas que, en el fondo, es el único bien jurídico digno de protección en este artículo. Una alternativa racional a esta alternativa penal es la que ha hecho la Ley 29/2011, de 22 de septiembre de reconocimiento y protección integral a las víctimas, que dedica el Título VII a este tipo de conductas, estableciendo su prohibición [...], pero de otra naturaleza, no de naturaleza penal que me parece constitucionalmente injustificada y además termina, puede ser funcionalmente muy peligroso si queremos cerrar este capítulo e iniciar el camino de la paz (Cuerda Arnau, 2013, 119). Puede recordarse que dentro del título VII mencionado, en el artículo 61,1 y 3, se incluye expresamente el “enaltecimiento”.

Por lo anteriormente expuesto, a modo de conclusión de esta tercera cuestión, la propuesta consiste en el caso de enaltecimiento, su exclusión como supuesto delictivo por su confusa e innecesaria previsión, fortaleciendo, así, una mejor protección de la libertad de expresión, y en relación con la segunda modalidad, así mismo también, su exclusión del Código Penal y su previsión, como se ha indicado, en el orden civil, siguiendo la línea legislativa, en el ámbito específico visto por la Ley 29/2011, y con el antecedente la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

BIBLIOGRAFÍA

AMNISTÍA INTERNACIONAL (1980), Informe de una Misión de Amnistía Internacional a España (3 al 28 de octubre de 1979), Londres.

ARARTEKO (2009), La suspensión individual de derechos, en supuestos de terrorismo: especial consideración de la detención incomunicada, edit. Ararteko. Vitoria-Gasteiz.

ANDRÉS, IBAÑEZ, P. (1982), Democracia autoritaria y Administración de Justicia en España, en V. Pérez Mariño (comp.), Justicia y delito, edit. Universidad Menéndez y Pelayo, págs. 9 y ss.

COORDINADORA PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, (2014), Manifiesto para la erradicación de la tortura y los malos tratos. Madrid, entrar en "Manifiesto de Madrid, 2014".

CUERDA ARNAU, M.L. (2013), Delitos de terrorismo. Aspectos sustantivos y procesales, en Juanatey Dorado, C. y Fernández Pacheco, Cr., El nuevo panorama del terrorismo en España. Perspectivas penal, penitenciaria y social. Publicaciones de la Universidad de Alicante, págs. 111 a 121.

GARCÍA ALBERO, R. (2011), Libro II, Título XXII, Cap. VII, en G. Quintero Olivares, F. Morales Prats, Comentarios al Código Penal español, Tomo II, 6ª edic., Aranzadi.

GIMBERNAT ORDEIG, E (1982), Constitución y Derecho Penal en la Constitución española de 1978. Un análisis comparado. Instituto Jurídico Español. Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, págs. 93 a 99.

IGARTUA SALAVERRIA, J. (2003), La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

MIRA BENAVENT, J. (2013), Noción de terrorismo y clases. Evolución legislativa y político criminal, en Juanatey Dorado O, C. y Fernández Pacheco, Cr., El nuevo panorama del terrorismo en España. Perspectivas penal, penitenciaria y social. Publicaciones de la Universidad de Alicante, págs. 49 a 100.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (2004), El terrorista ante el Derecho penal, por una Política Criminal intercultural, en Serrano Piedecabras, J.R., Demetrio Crespo, E, (Editores), "Terrorismo y Estado de Derecho", págs. 137 a 225.

PORTILLA CONTRERAS, G. (1997), Delitos contra la Constitución, en M. Cobo Del Rosal. Curso de Derecho Penal español. Parte Especial II, edit. Marcial Pons. Madrid.



HIGINIA GARAY. www.higinia.com

Licenciada en Bellas Artes en la Universidad del País Vasco.

PREMIOS, EXPOSICIONES Y PUBLICACIONES DESTACADAS

"Imágen del XXIV Encuentro de la abogacía sobre el derecho de extranjería y asilo", Bilbao, 2014. "Jornadas acerca del contexto político palestino y las religiones desde la lucha feminista", Mundubat, Bilbao, 2014. "Me gusta", exposición colectiva, galería Canvas, Iruña, 2014. "El derecho de asilo de género", CEAR, Bilbao, 2013. "Universos femeninos", exposición colectiva, Andragunea, Durango, 2013. "Lorenzo Goñi", Madrid, 2012. "Wear" festival de arte contemporáneo, Barcelona, 2012. "10º Concurso internacional de cartelismo Francisco Mantecón", Bodegas Terras Gauda, Vigo, 2011. "Kamen rider vs super Sentai", exposición colectiva, Q POP SHOP & GALLERY, Los Angeles, EE.UU., 2011. "Irudika: 30 ilustradores vascos", Bilbao, 2010. "XX Certamen de dibujo Gregorio Prieto", Valdepeñas, 2010. "San Francisco Urban Art Gallery", Bilbao, 2010. "Miedo y Moda" en la galería Noventagradados, San Sebastián, 2009. "Bears, beers and beards", exposición individual, Ink inside Gallery, Oviedo, 2010. "Clone graphix", Montana shop and gallery, Sevilla, 2009. INK, Encuentro internacional de ilustración, Bilboarte, Bilbao, 2008. Exposición individual en la galería Garabat, Bilbao, 2008. Adhoc, Gara, Bilbao, 2007. Exposición individual en la galería Vito 021, San Sebastián, 2007. "XV Concurso de Escaparates de navidad de Getxo", ganadora, 2005. "Ertibil", Bilbao 2005. "Nuevos jóvenes creadores", exposición colectiva, Madrid 2004.

