

**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Revista del Poder Judicial nº 9. Marzo 1988**

**Maqueda Abreu, María Luisa**

Profesora titular de Derecho penal. Universidad de Granada

**ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS ACERCA DE LA PUNICIÓN DE LA APOLOGÍA**

Estudios

Serie: *Penal*

**VOCES:** APOLOGIA DEL DELITO. PUBLICIDAD. PROVOCACION. JURISPRUDENCIA  
CONSTITUCIONAL. EVOLUCION HISTORICA. LEGISLACION.

**ÍNDICE**

- I. Análisis de los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional en torno a la apología: las sentencias de 12 de diciembre de 1986 y 16 de diciembre de 1987
- II. Breves referencias históricas y actualidad normativa
- III. El concepto de apología punible: concreciones fundamentales
- IV. Diversas perspectivas en la fundamentación de su castigo
  - A) La apología como forma de cooperación ideal *ex post facto*
  - B) La apología como forma indirecta de provocación
  - C) La apología como figura autónoma de delito, con un bien jurídico propio
  - D) Conclusión

**TEXTO**

**I. ANALISIS DE LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA APOLOGIA: LAS SENTENCIAS DE 12 DE DICIEMBRE DE 1986 Y DE 16 DE DICIEMBRE DE 1987**

Dos sentencias del Tribunal Constitucional han dedicado últimamente su atención a la apología y, en particular, a la apología del terrorismo. *La primera*, hace poco más de un año, el 12 de diciembre de 1986, con motivo del amparo solicitado por el Director del Diario vasco «Egin» frente a los fallos precedentes de la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sentencia de 12 de diciembre de 1982) y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencia de 31 de diciembre de 1983) que le habían condenado como

autor de dos delitos de esa naturaleza por la publicación en aquel periódico de sendos comunicados de la organización ETA (m) donde ésta pretendía Justificar o mejor aún, «hacer autoloa o autopanegírico» de su comportamiento en la ejecución de dos de los atentados mortales perpetrados por sus miembros en abril y mayo de 1982. La segunda, más reciente, de 16 de diciembre de 1987, al declarar inconstitucional la aplicación a los responsables de estos delitos del régimen de suspensión de garantías a que excepcionalmente autoriza el artículo 25.2 de la Constitución española en relación a las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y que la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de diciembre -llamada a desarrollar aquel precepto- posibilitaba, al extender expresamente su ámbito y, por tanto, la restricción de derechos que contempla en sus artículos 13 al 18 (en cuanto a detención preventiva, registros domiciliarios ... ) a los que hicieren apología de los hechos que define como terroristas o de sus culpables art. 1. 1) vid. apartado 3.a) del Fallo de la Sentencia (1).

Ninguna de ellas ha permitido, sin embargo, un avance destacable en la comprensión del fundamento punitivo de esa singular figura de delito. Contrariamente, si acaso. Como sucede con las declaraciones contenidas, por ejemplo, en la última de las sentencias referidas, cuando se argumenta que la apología o, lo que es lo mismo, «la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas ... », no puede ser confundida con tales actividades ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos», para después reafirmar, no obstante, su carácter punible, aun eximiendo a sus autores del trato procesal excepcional que se asigna a los de los delitos de terrorismo (vid. F. J. 4.º). Claro que -podrá decirse- era esta última, precisamente, la pretensión de los recurrentes al dirigirse a Tribunal Constitucional y parece indudable que el mismo, con la doctrina expuesta, ha sabido satisfacerla al desvincular el apologeta de lo que constituye el objeto de su juicio de valor -en este caso, determinada actividad terrorista- negando al cabo, la necesidad de que sea «tratado» como un terrorista y evitando con ello -como prevenía el propio Letrado del Estado-, que sea «penalizada por vías procesales una actitud de mera simpatía ideológica» (Antecedente núm. 11, 1º). Pero no es menos cierto, también, que con esta declaración se reserva a la apología un espacio -ambiguo- donde su continuidad punitiva está asegurada al tiempo que permanecen incuestionadas las razones que la posibilitan.

Pues, en efecto, si debe entenderse que, *de una parte*, la apología no puede confundirse con las actividades que constituyen su objeto de referencia, tomando esta aseveración en el sentido en que la emplea aquí el Tribunal, esto es, como respuesta a la afirmación del Letrado del Estado de que «la apología del terrorismo puede ser un delito no independiente en sus motivaciones o en su relación de las organizaciones terroristas, sino que tiende a conseguir un efecto conectado en sus motivos y en su proyección organizativa con los propósitos terroristas ... » (Antecedente núm. 10) y, por consiguiente, negando su aptitud cooperatora con esos motivos o bien, con la estrategia general de los grupos armados (F. J.4º); y, además, *de otra parte*, no se le reconoce -en todos los casos, al menos- una capacidad incitatoria a la comisión de los delitos sobre los que proyecta el Juicio elogioso o la exaltación... ¿dónde puede entonces residir para el Tribunal Constitucional la *ratio* de su castigo?, ¿cómo justificar la privación de libertad que éste implica y la grave amenaza que la misma existencia punible de esta institución supone para la efectividad de otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión ... ? No hay respuesta.

La mera recomendación -que hace suya la primera de las sentencias aludidas, de 12 de diciembre de 1986- de «no desnaturalizar» «ni relativizar incorrectamente » el contenido esencial de esos derechos constitucionales de primer orden -aquí, la libertad de información- cuando en su ejercicio entren en colisión con otros intereses, con el que «se oculta» bajo la punición del comportamiento apologetico -«intereses de significativa importancia social y política, respaldados por la legislación penal», como los define esta instancia constitucional (F. J. 6º)-, no es bastante, obviamente, si no se acompaña del reconocimiento explícito de su valor preferente. Y éste, a su vez, no es posible sino como resultado de una ponderación de los concre-

tos intereses en juego que, en ningún momento, llega a realizarse por el Tribunal en la sentencia referida donde no cabe hallar Pronunciamiento alguno acerca de cuál pudiera ser el interés que, bajo la figura de la apología, tutela la ley penal (2).

Pero es que, además, el amparo que en ella se concede nada tiene que ver, en realidad, con ponderación alguna de intereses en conflicto. Porque el conflicto que en su ámbito se dice planteado entre la libertad informativa del periodista que publica los comunicados de ETA (m) y la defensa del interés jurídico, penalmente protegido, que se supone lesionado por virtud de la también supuesta realización del comportamiento prohibido -lo que nos situaría en el ámbito de su posible justificación- es, en verdad, sólo aparente y, no existe -ni puede existir- desde el momento en que se demuestra que la conducta enjuiciada no resulta ser típica, ni, por tanto, constitutiva de un atentado a la ley penal: y *si no ha delicto* -podría decirse resumidamente- *hay libertad* o bien, no hay límite que oponer a su ejercicio (3).

Esa observación, relativa a la inexistencia de apología punible en el comportamiento del demandante, cabe obtenerla de otra parte, si se examina detenidamente el texto de la sentencia, de las propias declaraciones que realiza el Tribunal cuando califica la actuación enjuiciada, consistente en la mera reproducción de comunicados de la banda armada, de simple «noticia relativa a su existencia» que al «no (ir) acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido apologético de los mismos» *excluyen su voluntad delictiva* (F. J. 8º), lo que supone poder afirmar, a la vez, la ausencia también de una condición esencial para la autoría del hecho (4) que no puede ser suplida además, de ninguna manera, por la aplicación literal de las reglas del artículo 15 del CP como se hace en las sentencias recurridas (5) que, de ese modo, vulneran -éste es también el juicio del Tribunal Constitucional- el artículo 25.1 de la Constitución española por aplicar automáticamente las normas sobre la autoría del CP... en contra del acusado (6)».

Pero entonces, como adelantábamos, la solución favorable de este recurso debe atribuirse a una consideración diferente de la que se ofrece en el marco de ese pronunciamiento constitucional: no es, pues, que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, en sus respectivas decisiones, interpretan la ley penal «como un límite absoluto del derecho a informar» --que es literalmente lo que se afirma en el fundamento jurídico 8º de la sentencia- sino, diversamente, que esos órganos judiciales, por las razones ya expresadas -en particular, su lectura extensiva, no autorizada del texto del artículo 15 del CP- y a consecuencia precisamente de las mismas, esto es, al decidir sobre la presencia efectiva de delito, la estimaron concurrente en el caso concreto oponiendo así un obstáculo constitucionalmente infundado -al infringir el art. 25.1 CE- que es el que busca remover precisamente este Tribunal a través del otorgamiento del amparo.

Este no significa otra cosa, en resumen, que el reconocimiento de que el periodista al limitarse a ser mero transmisor de las informaciones -apologéticas- que recibía de un tercero -sin adherirse a las mismas o manifestar que asumiera o compartiera su contenido (vid. F. J. 8º)- careció o bien no evidenció que tuviera los elementos subjetivos exigidos para la realización, como autor, del tipo de la apología; por lo que, en esas condiciones, su actuación no podía dejar de desenvolverse en el ámbito de libertad autorizado por el artículo 20 de la CE que se entiende que fue el que -junto al art. 25.1 del mismo texto fundamental- infringieron al condenarle las sentencias recurridas que, por ello, fueron anuladas. El interés, pues, más relevante que encierra la decisión que se comenta no es otro, en definitiva, que el esfuerzo que manifiesta por ofrecer apoyo constitucional a la exigencia de responsabilidad subjetiva en la imputación de los hechos -en este caso, los apologéticos- a los que se refiere y, sobre esa base, el servir de soporte a una interpretación restrictiva, no presuntiva ni objetivista por tanto, de las reglas contenidas en el artículo 15 del CP.

Lo lamentable en esta sentencia -como también de la que le precedió en este comentario- es que, con su motivo, no haya aprovechado la ocasión nuestro Tribunal Constitucional para entrar en un debate a fondo, hasta ahora sólo doctrinal, acerca del -por lo menos, confuso- fundamento jurídico constitucional del

castigo de la apología. Y debe abandonarse la idea, cada vez más difundida también entre los autores, de que la exigencia efectiva de elementos subjetivos -sean sólo los comunes (el dolo, normalmente (7) u otros adicionales (ánimos o tendencias especiales ... )- en la tipicidad de la conducta apologética sea requisito suficiente para justificar su misma existencia como delito y su aplicación práctica o, siquiera para situarlas en los límites de lo tolerable. Con esta actitud, las más de las veces bienintencionada, no se consigue, sin embargo, más que asegurar la subsistencia de esta institución en nuestro ordenamiento al precio, eso sí, de encubrir su auténtica razón de ser.

Y es que, en definitiva, cualquier propuesta sobre esta figura jurídico, penal debe pasar por discernir *si realmente tiene un sustento razonable en algún interés jurídico razonable.*

## II. BREVES REFERENCIAS HISTORICAS Y ACTUALIDAD NORMATIVA

La apología aparece regulada por primera vez en nuestros textos penales a mediados del pasado siglo a través de una disposición, perteneciente al Decreto-ley de prensa e imprenta de 6 de julio de 1845 (art. 2.1), donde se calificaban de delictivos los impresos que elogiaban o defendieran hechos punibles (8). A esta originaria norma -que sería, de otra parte, el antecedente mediato de la falta de imprenta que todavía hoy está vigente en nuestro CP (art. 566.4) (9) - habrían de seguir muchas otras, generalmente situadas en el contexto de leves de signo político -y de signo político autoritario, por cierto (Leyes de Defensa del Estado (10) y de represión del terrorismo, sobre todo (11)-, lo que puede explicarse, en mi opinión, por esa vocación defensiva, tuitiva que en ellas es tan manifiesta hacia la sociedad y que suele expresarse en un afán extremo por procurar a sus miembros un sentimiento tal de seguridad que la pura discrepancia ideológica, capaz de despertar adhesiones -no otra cosa es la apología-, termina por ser concebida como un factor de inestabilidad social, de peligro social que se hace necesario combatir (12)..

Pero lo que puede resultar, sin duda, más alarmante -sobre todo, si se acepta esa explicación- es el hecho de que, superando incluso los breves períodos de vigencia del CP de 8 de septiembre de 1928 y también del Decreto-ley de 26 de agosto de 1975, durante los que la apología tuvo una amplia acogida (13) el momento histórico de mayor auge para esta institución, donde se le ha concedido mayor atención -y diríase que con entusiasmo creciente- ha sido precisamente en nuestros días, con motivo del dislocamiento legislativo a que hemos venido asistiendo en la lucha contra el terrorismo; una empresa en la que están comprometidos por ahora varios preceptos penales, todos ellos de reciente implantación y, juntos, de dudosa coherencia: el artículo 268 del CP que, tras la reforma que sufrió en su redacción por la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, comprende en su ámbito la apología de «los delitos cometidos por bandas o grupos armados o de sus conexos o de sus culpables»; el artículo 216 bis a), creado e introducido también en el CP por Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que incluye asimismo una referencia a la apología del terrorismo «realizado por medio de bandas y de grupos armados» y que remite para llenar de contenido esta fórmula abstracta a la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre (14) y, finalmente, el artículo 10 de la ya citada Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984 que, con una dicción similar, se declara aplicable a los que hicieren apología de los delitos previstos en su propio articulado, cuando fueren ejecutados «por personas integradas en grupos armados o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes».

Con esta compleja normativa aún vigente, hoy se entiende que el precepto que prevalece en la regulación de los hechos apologéticos del terrorismo (y la rebelión) es el mencionado en último lugar, perteneciente a la Ley -«antiterrorista»- de diciembre de 1984 que, desde su entrada en vigor derogaría tácitamente, dada su mayor especificidad -y a salvo de una pena superior prevista en otro lugar (art. 10.3) (15) -

a sus precedentes, o bien sólo al artículo 216 bis a) del CP si es que la doctrina tiene razón al afirmar que éste, por la mayor penalidad que tiene prevista, había privado ya con anterioridad de virtualidad a su predecesor, el artículo 268 del CP (16). Claro que el grave estado de inseguridad jurídica que un clima de incoherencia y confusión legislativa como éste es capaz de generar no es nada despreciable; y es lo cierto que pese a que otro fuera el designio legislativo -el «confesado» (17) esta ley que se ocupa ahora con preferencia de la regulación de la apología no está contribuyendo precisamente a disiparlo, sino acaso a consolidarlo: la imprecisión de su ámbito y lo ambiguo de sus definiciones no son, desde luego, la vía más aconsejable en la búsqueda de la seguridad jurídica. Tampoco, es verdad, la ausencia de directrices legales para la elaboración de un concepto de apología sirve a aquel fin, pues entonces es la jurisprudencia la que con un criterio irregular, no siempre unitario, lo formula. Pero, en definitiva, la razón de esa inseguridad es en uno y otro caso la misma: se trata de materias respecto de las que se ha desencadenado una peligrosa euforia punitiva -a veces, se habla de «paroxismo penal» (18)- y donde esas instancias que tienen el poder de criminalizar, de definir -víctimas, sin duda, de esa misma euforia-, prefieren innovar, incluso a costa del propio sentido usual del lenguaje -piénsese en el intento de caracterización como apología de «la quema de banderas u otros símbolos» (19)- y se resisten a someterse a los márgenes razonables de una fórmula conocida y aceptada por todos.

### III. EL CONCEPTO DE APOLOGIA PUNIBLE: CONCRECIONES FUNDAMENTALES

Un concepto de apología podría ser, de querer optar por alguno y por el más simple, el que expresa su pura significación gramatical, como «discurso de palabra o por escrito en defensa o alabanza de personas o cosas» que, tratándose de apología punible, sería mejor referirlo a «hechos» -no a cosas de los definidos por la ley como «delitos» y en los que aquellas personas serían los «culpables» (20).

Como especificaciones fundamentales del propio concepto que merecen ser destacadas, podrían enumerarse: en primer lugar, la pretensión, repetidamente olvidada por el legislador penal en sus definiciones -cuando las ha dado (*vid.* art. 10.2 del Decreto-ley de 1975 o el art. 102. de la LO de 1984, ambos *cits.*)-, pero que a veces ha hecho suya la jurisprudencia y muy a menudo la doctrina, de excluir del ámbito de este delito las conductas de *mera* (21) .*satisfacción no oculta o simple aprobación* (21) , *conforme* a ella, no bastaría «calificar o admitir algo como bueno ... » -tal y como argumentaba la STC de 17 de enero de 1969-... mientras no contenga alabanza o argumentos defensores del hecho, no es punible». En segundo lugar, el elemento de la publicidad, en cuya exigencia coincide también, por esta vez, el criterio legislativo tradicional de nuestro país (22) , que entiende que la apología en privado es impune y que reclama, por tanto, para su configuración delictiva que sea realizada ante una comunidad numerosa e indiscriminada de personas, en reuniones o manifestaciones públicas o a través de los medios de comunicación social (23) . La relevancia de este requisito resulta explicable, de otra parte, si se piensa que es su presencia en el discurso apologético la que posibilita la creación del peligro que se teme de esta conducta y en razón al cual se castiga: éste, podríamos decir que es, en principio, su capacidad potencial de ganar adeptos, que no hay que confundir, por cierto, con la supuesta entidad provocadora que se le atribuye y que, infundadamente, se hace derivar de aquélla (24). Finalmente, queda por destacar la obligada *referencia* del apologeta *a un hecho delictivo o a su autor*. Este dato no está exento de polémica ni siquiera entre los autores, cuya discrepancia fundamental se manifiesta en torno a la cuestión de si el delito sobre el que se proyecta la alabanza o la defensa características de la apología ha de haberse cometido realmente o basta

una remisión abstracta al mismo, como conducta simplemente tipificada en la ley penal. La opinión dominante de nuestra doctrina se muestra favorable, por lo restrictiva, a la primera de las opciones referidas, contentándose por lo general con que el hecho alabado o defendido sea típico y antijurídico y haya comenzado, al menos, a ejecutarse (25). Es verdad que a esta decisión sirve de apoyo la extensión del ámbito de la apología a los «culpables». Estos serían, según la propuesta mencionada, los autores -o bien, cómplices o encubridores, por seguir la clasificación del art. 12 del CP-, que apoya expresamente el fallo de la STS de 22 de febrero de 1908- del hecho antijurídico intentado o consumado, cuya comisión -así debiera exigirse- ha de estar próxima en el tiempo (21). Sólo en forma aislada se ha pretendido (27), por virtud de esa referencia, exigir un pronunciamiento condenatorio.

Contrariamente, para otro sector también importante de opinión, ese dato no vincula al intérprete en ningún sentido concreto, por lo que el mismo puede seguir optando indiferentemente por el entendimiento del término *delito*, como conducta abstracta descrita en un tipo penal o como hecho antijurídico concretamente cometido por un sujeto asimismo concreto. Lo decisivo, pues, para esta opción sería sólo que la alabanza o la defensa hubieren recaído sobre «aquello que el legislador ha valorado» (28) y que, en todo caso -aquí ya existe acuerdo de nuevo entre los autores-, ha de consistir en una *acción constitutiva de delito*, debiendo entenderse, según ello, que no cumple las exigencias típicas -mínimas- de la apología punible, el simple elogio o defensa de doctrinas o ideologías propugnadas por asociaciones ilícitas (29) ni el de acontecimientos o cualesquiera actividades que tengan que ver con los «culpables» de un hecho delictivo pero sin relación alguna con éste en concreto o con su actividad criminal en abstracto, si la hubiere; ni, finalmente, tampoco, la alabanza de sus cualidades personales, físicas o morales. Un juicio, este último, que pone en duda la redacción del artículo 10.b) de la Ley Orgánica citada de 1984, donde se califica de apología «el apoyo o ensalzamiento de las *actividades* propias de una organización terrorista o grupo armado o rebelde o de los *hechos y efemérides* de sus miembros» y que, en buena lógica, debe entonces interpretarse estrictamente, con referencia a acciones delictivas de esos grupos, sea en general, («actividades») sea a alguna en particular («hechos») entendiéndose asimismo que el recuerdo de cualquier suceso notable «efeméride» no será reputado apología más que si se realiza «con ánimo de exaltar o elogiar (aquéllas) actividades delictivas ... »(30)

Pero, volviendo al núcleo de la polémica más arriba referida, cabría añadir algo más. Su interés, como el de las opciones que la definen, no es sólo político- criminal -mayor o menos restricción del ámbito de la apología punible-(31), sino que *puede* servir a otros fines también «valiosos» y, en alguna medida, complementarlos: en efecto, la referencia que una de estas direcciones propugna a un hecho delictivo concreto ya ocurrido, como objeto sobre el que debe orientarse el discurso laudatorio de apologeta, incorpora un dato, si no decisivo importante, para la siempre delicada distinción entre esta conducta y otras que le son muy próximas -como la provocación o, incluso, la propaganda- que vendría a consistir, precisamente, en una diversa proyección de las mismas en el tiempo: mientras que la primera miraría hacia el pasado, las segundas lo harían hacia un futuro más o menos cercano. Pero es que, además -v con ello nos introducimos en el controvertido terreno del *bien jurídico*, esta última opción tiene una virtud adicional, la de ensanchar las posibilidades de búsqueda de un interés jurídico relevante en cuya lesión o puesta en peligro hace intervenir la conducta apologética. Pues, siendo -como se dice- básica en ella su proyección hacia el pasado, se abre -podría expresarse así un espacio que puede favorecer, quizás, el encuentro con algún bien jurídico que se muestre capaz de arriesgar o de poner en situación de menoscabo.

#### IV. DIVERSAS PERSPECTIVAS EN LA FUNDAMENTACIÓN DE SU CASTIGO

### A) *La apología como forma de cooperación ideal ex post facto*

Y, en efecto, por esta vía la línea de pensamiento de algún sector minoritario de la doctrina de nuestro país, para el que la *ratio* de la punición de la apología reside en ser una forma de cooperación ideal *ex post facto*, que vendría a evocar, por una cierta semejanza existente entrambas, al encubrimiento (32)

Pues bien, si descendemos a un análisis concreto de esta sugerente propuesta, podrá comprobarse que esa «cierta semejanza» efectivamente existe: pues es verdad que, como en aquél, la relación de la apología con el delito previamente ejecutado -que le sirve de referencia, incluso punitiva (33) - permitiría negar su autonomía asimismo como delito; la cooperación en que ésta se dice consistir, no supondría, de otra parte, como sucede también con el encubrimiento, una contribución a la lesión del bien jurídico tutelado por el delito precedente -porque ésta ya se ha producido-, sino que se agotaría en una intervención posterior al hecho: en su caso, dirigida a auxiliar al culpable, mediante actos de favorecimiento «material» (art. 17 del CP) y, en otro, a prestarle apoyo y solidaridad -diríase «morales»- a éste o al hecho mismo. Claro que la diferencia que les separa es asimismo digna de ser destacada. Pues, mientras que en el encubrimiento se deja ver, además, la lesión de intereses que son relevantes para el Derecho penal relacionados con la Administración de Justicia o bien con la protección de la propiedad (34), en la apología no cabría hallar, según esta posición, otro sustento donde fundar la pena que en la simple *vinculación ideológica* del autor con el hecho previo -¿y a través de él, con la lesión al bien jurídico- en una especie, pues, de solidaridad moral *ex post*, jurídicamente irrelevante, en mi opinión (35)

Aunque es también posible desarrollar esta idea -como, en efecto, se ha hecho- y considerar que de aquella solidaridad se sigue -sobre todo, tratándose de delitos políticos y, más aún, terroristas- «una prolongación del daño causado ... » o «un aumento de la lesión producida por la acción criminal» en el sentido de que «aunque la apología no provoque nuevas acciones, acentúa las consecuencias dañosas del terrorismo... (contribuyendo.) a legitimar... la acción delictiva y... la estrategia de los grupos armados»... favoreciendo el objetivo fundamental del terrorismo de «erigirse en un contraordenamiento» (36) ; pero ya, en este caso, el bien jurídico que se obtiene acaba por trascender al de la infracción precedente (37) y cobra autonomía propia: hay ya, como se dice, «valores considerados fundamentales para la organización política» en juego (38). Pero, por ello, esta propuesta deberá asimilarse a las que le son próximas, que se tratan en último lugar.

### B) *La apología como forma indirecta de provocación*

Como alternativa a la que venimos analizando, merece apuntarse otra corriente de opinión -muy extendida en nuestra doctrina y, con ciertas matizaciones de importancia, en la comparada- que, prescindiendo de esa perspectiva *ex post facto* de la apología, fija su atención preferente en la dimensión que ésta ofrece- o, al menos, se quiere que ofrezca- *hacia el futuro*, en un intento de hallar en este nuevo espacio una *ratio* razonable para su punición. Me refiero, en concreto, a la tesis que ve en esta figura una *forma indirecta de provocación al delito*. La línea de separación entre apología (especie) y provocación (género), según ella, no se hallaría pues, en una diversa -pues sería idéntica, futura- proyección temporal sino, simplemente, en el modo más o menos explícito de presentar cada una la incitación a la comisión del delito, que -eso sí- habría de ser de la misma o similar naturaleza al que, en concreto o en abstracto, recibiera el elogio del apologeta. Por ello, se afirma que la «llamada» que éste realiza es «Indirecta, encubierta... a través de la alabanza o ensalzamiento de una conducta ya realizada o de la de sus autores o de una

conducta delictiva abstracta» (39) .

Claro que sustentar esta visión de la apología implica, por pura congruencia, asumir toda una serie de consecuencias que se siguen de ella, tales como -v. gr.- la necesidad de contar, como elemento típico, con un dolo instigatorio que asegure la «finalidad del autor de preconizar la ejecución del delito sobre el que se efectúa la apología» (40) ; y, desde luego, aceptar su ausencia de autonomía como infracción, que se explicaría, también en este caso, por su obligada referencia al bien jurídico que se tutela bajo ese delito que constituye su objeto, si bien *sólo* en cuanto que en la posibilidad-probabilidad de repetición de éste -delito-, si se quiere, en la lesión de otro u otros de naturaleza idéntica o similar a la de aquél -bien jurídico- encontraría la apología la razón de ser de su punición; en definitiva, lo que definiría su naturaleza de *acto preparatorio* (41) Pero entonces, si en verdad estas notas estuvieren presentes en el concepto de apología -si ésta fuera realmente «la alabanza pública de un delito o de su agente... con la finalidad de incitar a la comisión de nuevos delitos» (42) lo que carecería de todo sentido sería ya su regulación separada del artículo 4 del CP, sobre todo, teniendo en cuenta que ningún obstáculo formal o material serio (43) se opone a su inclusión en ese precepto (44)

Si bien, no es ésta la cuestión. Pues, lo que no puede afirmarse es la existencia de un elemento final -provocador- en el tipo de la apología, salvo que se quiera decir a la ley lo que no dice -el supuesto apoyo constitucional de esta interpretación no pasa de ser un hábil argumento, mal empleado a mi entender (45)\_ Y aún más, lo que parece que *no quiere decir*. Un superficial análisis de la historia legislativa de estas instituciones permite, en efecto, señalar que en los reducidos casos en que el legislador penal ha querido punir la provocación *indirecta*, con independencia de las reglas generales, lo ha hecho sin afectar en nada por ese motivo el régimen de la apología punible (así, en el caso del art. 561 del CP de 1928). Y también, todavía recientemente, cuando el Proyecto del CP de 1983 (art. 19) acogían, como una modalidad de apología, lo que quizás pudiera considerarse como una forma de incitación indirecta al delito, muy criticada por cierto (46) -la de «exponer ideas o doctrinas tendentes a preconizar, fomentar (respectivamente) su ejecución ... »-, lo hacían junto a otras -«encomiar hechos», «enaltecer a sus autores»...- que no implicaban ya ánimo provocador alguno. Pero, sobre todo, porque sí se atiende a la voluntad legislativa más actual podrá comprobarse como ésta las diferencia conceptualmente, sin atisbo de confusión: «No, la apología del delito no es una provocación al delito» -se afirma rotundamente en los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación de la Ley «antiterrorista» de 1984 (47)\_ «La provocación al delito es -prosigue el Diputado- cuando ya se incita a cometer nuevos delitos, v estamos hablando de apología de delitos ya cometidos, de actuaciones ya realizadas hacia las cuales se pide un grado de solidaridad moral o ideológica que justifique esas actitudes. Por tanto, añade, son dos supuestos distintos, la provocación al delito *precede* al delito y la apología al delito es *posterior*. Por eso queremos que tenga *sustantividad* lógica esta clase de tipificación para sancionarlos (*sic*) en la ley» (subrayado añadido).

Y ante lo que parece más bien una evidencia, esto es, que apología y provocación son realidades distintas *para la ley*, pretender una asimilación de la primera al régimen de esta última como «pretexto» supuestamente autorizado por la Constitución, para poder así justificar su existencia como delito y someter su aplicación a márgenes «razonables» (48), supone, de una parte, empeñarse en asegurarse que la labor futura del legislador, como la actual de nuestros juzgadores, siga su propio curso sin someterse, desde luego, a esos márgenes y distanciándose de las elaboraciones que calificaríamos de «teóricas»; pero, sobre todo, garantizar el fundamento jurídico constitucional y, con él, la subsistencia -como realidad siquiera aceptable, sin serlo- de una institución cuya más grave carencia es probablemente la de lesividad y, por tanto, también la de aquel fundamento, aún no cuestionado en serio y necesitado de estarlo sin embargo (49)

Pero las evidencias terminan por imponerse y la tesis de la instigación indirecta ha sufrido una significativa evolución en la que ha debido acogerse, para asegurar su viabilidad, a nuevas formulaciones sobre su



objeto de referencia. La apología, a partir de ellas, va a perder el motivo de su existencia punible en lo que supuestamente era (y no podía ser) -algo subjetivamente dirigido a provocar la comisión de delitos- para pasar a encontrarlo en lo que ciertamente puede llegar a ser algo objetivamente capaz de provocar la comisión de delitos-(50) . La incierta cualidad, pues, de unos posibles efectos va a servir para trazar el límite de lo punible en relación a esta singular figura de expresión.

Por ello se afirma que su «desvalor» como «acción criminal», reside, «no... en la simple expresión de un Juicio positivo sobre un hecho jurídicamente negativo, como es el delito..., sino en la eficacia propagandística de tal Juicio, en su fuerza penetrativa en la conciencia del público, en el mensaje de ejemplaridad del delito exaltado o aprobado a través del cual los destinatarios resulten o *puedan* resultar, siquiera *indirectamente*, condicionados y sean empujados o *puedan* serlo a su imitación ... »(51).

Si bien, lo que sucede es que la referencia a esos delitos futuros -de existencia cada vez más hipotética- ofrece ya un argumento muy endeble para permitir que en el peligro de su posible realización -y, por tanto, en el peligro de lesión, a través de ellos, de bienes jurídicos- se pueda justificar la imposición de una pena. Y es que, en realidad, sólo remotamente se podrán sentir amenazados unos bienes jurídicos cuyo peligro de sufrir daño depende no ya de la potencial eficacia de un mensaje incitador, sino de que ese mensaje, a su vez, sea capaz de resultar incitador a alguien. Castigar en razón a esta débil amenaza supondría, sin duda, como ha señalado la doctrina, «adelantar las barreras penales para perseguir poco más que (un) *quizá* (o un) podría ser ... »(52)

### C) La apología como figura autónoma de delito con un bien Jurídico propio

Precisamente por ello, porque se siente la necesidad de suplir la lejanía objetivo -subjetiva de la apología respecto de «su» objeto de protección del que necesita para fundamentar su existencia como delito- es por lo que resulta explicable que sobre una línea de pensamiento como la anteriormente esbozada se hayan elaborado las modernas concepciones sobre esta figura como *entidad autónoma* (53). A partir de aquí, no obstante, se va a perder definitivamente la oportunidad de hallar un fundamento *razonable* 0 para su punición.

Pues, en efecto, si hasta ahora aquélla se había hecho depender de una referencia a delitos más o menos determinados en su comisión, como resultado posible de la potencial eficacia incitadora del discurso apologético -una referencia ya harto inconcreta-, a partir de este momento, conceptos de comprensión tan ambigua y límites tan difusos como «paz social», «confianza colectiva» o «seguridad pública» van a ser los que determinen su ámbito punible, haciendo depender la mayor o menor amplitud de éste, de las siempre arbitrariamente definidas «necesidades» de preservación del *orden público*.

Este es, en la nueva versión de la naturaleza de la apología que se está analizando -la única que encuentra apoyo legislativo a nivel comparado (54) el nuevo objeto de tutela y el que, desde la imprecisión de su concepto y por tanto de su alcance, va a terminar por introducir las mayores dosis de incertidumbre en la caracterización de la apología punible. es que, a partir de él, la cualidad delictiva de esa figura, concebida como infracción de peligro abstracto, va a estar subordinada no ya sólo al grado de automatismo que quiera otorgarse al juicio sobre su capacidad de hacer peligrar «algo», sino, además, de lo que deba entenderse por ese «algo», que es el *orden público*.

Cierto que, de querer ser congruentes con lo que se dice temer de la apología -su potencial tendencia instigadora a la comisión de delitos-, habría que pensar que es en la ausencia de ese riesgo de producción de delitos en lo que consistiría, en este caso, el orden público y lo que se salvaguarda autorizaría a pretender obtener, por tanto, a través de la punición de aquella conducta. Y esta formulación, acompañada

de la constatación *ex ante* (y, mejor aún, también *ex post*) de la existencia de ese riesgo en el caso concreto -es decir, de la caracterización de este delito como de peligro *concreto* o, por lo menos, *abstracto*, pero en ningún caso, *presunto* (55) , hubiera, quizás, situado el debate sobre el fundamento de su existencia en el terreno todavía de lo discutible.

En ese terreno deben situarse, según ello, la decisión del Tribunal Constitucional italiano de 4 de mayo de 1970 (núm. 65) y, más cautamente, la fórmula que se contiene en la regulación alemana de esta figura delictiva (par. 140 del StGB), a partir de la Ley de reforma de 1976. La primera, donde se sustanció la cuestión de constitucionalidad del artículo 414, párrafo último, que es el precepto penal que describe la apología, porque limitaba su castigo a los casos en que el discurso apologético fuera «concretamente idóneo para provocar la violación de las leves penales» (56), lo que implica -y eso es ya alguna garantía- la demostración previa de que por las condiciones en que se ha producido (aparición sugestiva, permeabilidad del ambiente, capacidad persuasiva del apologeta ... ) existe la probabilidad -razonable probabilidad de que se cometan delitos (57) . La segunda, porque exige asimismo, esta vez como elemento expreso del tipo de la apología, la comprobación de esa aptitud, si bien -y, por ello, es la cautela-, no en explícita referencia a la provocación de delitos, sino a la *paz pública* (58) ; un bien éste, de orden supraindividual, que está a merced, en cuanto a la definición de su contenido, de la creación interpretativa y cuya amenaza se ha venido justificando, sólo en el mejor de los casos, con la creación -a través del juicio apologético- de un clima espiritual o psicológico favorable a la comisión de delitos de naturaleza idéntica o similar a la de aquél que es objeto de elogio o exaltación (59).

La situación se agrava, no obstante, cuando a través de vocablos como éste de la paz pública -o bien, con el más generalizado de orden público (60) y, normalmente, con la pretensión «declarada» de servir a la protección del sentimiento de seguridad y confianza públicas (61), se amplía el significado preventivo que se asigna a la punición de la apología más allá de la evitación de delitos, y comienza a criminalizarse la *simple disposición favorable al delito* o, por mejor decir, el posible efecto que del juicio apologético puede seguirse en cuanto al debilitamiento de la «aversión al delito», de la «disposición favorable a la obediencia a las normas penales» y «a la turbación de la fe colectiva en que las leves serán respetadas», invocando v. gr. una hipotética necesidad de «preservación integral en la comunidad de la espontánea observancia de las prohibiciones penales» (62). Pues, indudablemente, también éste puede ser el significado que se asigne al concepto de *orden público* y entonces, bajo la pretensión de su salvaguardia, ya no hay más interés que el -yo no diría «moral» (63) sino simplemente ideológico- de reafirmar el más puro sentimiento de adhesión y fidelidad a la norma y, a través de ella, al Estado (64)

Si bien, como siempre que se asiste a una muestra de la cada vez creciente tendencia del Estado a su autoconstatación y autodefensa, ésta se va a presentar al servicio del conjunto social, de la seguridad de sus miembros, que es la que se dice proteger y afirmar. Por ello, no debe extrañar que, en fechas todavía recientes, haya podido declararse en nuestro país, expresando un juicio legislativo sobre la apología, que lo que se tutela a través de ella es «la mente del ciudadano», pues, «como los medios de comunicación tienen una presunción de legalidad en lo que publican, no se puede dejar absolutamente inerte frente a esa penetración de los medios de masa... y tenemos la obligación de protegerlo»; y, prosigue, ¡cuántas veces estamos hablando de la necesidad de que nuestro propio CP empiece a tener en su seno todo un conjunto de elementos de defensa del ciudadano, frente a poderes tan importantísimos, que pueden ser la explotación económica, el abuso de poder; y que son la alimentación, la manipulación de las gentes y el carácter de inermidad en que se encuentra frente a determinadas informaciones! (65) ; y en este contexto se sitúa, finalmente, la apología, que «tiende... a suscitar en la población una actitud de respaldo social, una actitud de comprensión y, yo diría más -añade el Diputado-, una actitud de colaboración activa y pasiva de modo tal que... se cree la imagen de la legitimidad, de la procedencia, de la conveniencia de las actitudes que se están defendiendo» (66).

### D) Conclusión

Claro que, ante una tan inequívoca manifestación de autoritarismo, en que, por principio, una pretendida -y peligrosa- además de impuesta seguridad se superpone al ejercicio de la libertad, donde el dogma de la obediencia desplaza al de lesividad en la fundamentación del comportamiento punible y el bien jurídico, vacío de contenido material, pierde su condición de límite al *ius puniendi* estatal y se convierte en un valor puramente simbólico, de poco vale argumentar acerca de la necesidad de imponer límites subjetivos a la imputación de la responsabilidad criminal -exigiendo v. gr. «la finalidad absolutamente clara de exaltar una solidaridad»- ni incluso sobre la propuesta de un entendimiento estricto de la apología.

No está de más, sin embargo, dejar claro que ésta, pese a que con frecuencia se le quiere identificar con la provocación o incluso con la propaganda (67) se diferencia esencialmente de ellas en que, como acertadamente se ha indicado (68) , consiste en una actividad que pretende simplemente «transferir el propio pensamiento a la conciencia de otros», que no tiende a influenciar «ni la manifestación de otra voluntad» -porque no se dirige a la voluntad sino al intelecto de los otros, y en eso se distancia de la provocación- «ni la génesis de otro pensamiento» -que es lo que se busca a través de la propaganda ; y que, todo lo más que puede imputársele, en su *capacidad objetiva de generar adhesiones*, sea de aquella voluntad, sea de ese pensamiento; pero, castigar en razón a ello, supone un avance peligroso del control jurídico penal en detrimento del ejercicio de libertades fundamentales, como la de expresión, y la quiebra, por tanto, de las reglas del juego propias de un Estado de Derecho, cuyas garantías van progresivamente convirtiéndose en un instrumento, en un «derecho» del Estado. (69)

### NOTAS:

(1) BOE de 13 de diciembre de 1986, núm. 313 (págs. 17 ss.) y de 8 de enero de 1988, núm. 7 (páginas 12 ss. del suplemento), respectivamente. Para un interesante y detallado análisis de aquella primera sentencia, vid. MIRA BENAVENT, «El caso del Diario "Egin": Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADP y CP)*, mayo-agosto de 1987, págs. 505 ss.

(2) Así también, MIRA BENAVENT, «El caso ... », Pág 521 ss. En otro sentido, parece pronunciarse, no obstante, en relación con esta sentencia, JAEN VALLEJO, «La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la Jurisprudencia Constitucional», Comunicación presentada a las *Jornadas de Estudios Penales en Homenaje al Profesor don José Antonio Sainz Cantero*, Granada, marzo de 1987.

(3) O bien, como señala MIRA BENAVENT, refiriéndose también a ese «aparente conflicto de intereses» «Si no hay, ofensa (para el interés que subyace a la norma incriminadora de la apología)... no esta justificado en ningún caso restringir o comprimir el ejercicio de la libertad de expresión». La ausencia de aquella ofensa la funda el autor en que «el director del diario «Egin» no alaba ni elogia ni exalta ninguna acción delictiva (por lo que no ejecuta la conducta típica de la apología del delito.... tampoco realiza su contenido de injusto y no lesiona ni pone en peligro, por tanto, el bien jurídico tutelado por esta figura». «El caso...», págs. 517 y 518.

(4) Unico título de imputación posible, de otra parte, en los delitos que se cometen a través de la imprenta, según los términos en que se expresa el artículo 13 del Código Penal español, por lo que no cabe plantear la calificación de *compatibilidad* para quien, sin exteriorizar identificación o adhesión con la manifestación elogiosa de otro, simplemente la difunde. Es precisa, pues, la manifestación de la propia exalta-

ción o defensa, no siendo suficiente, además, la ausencia de un expreso distanciamiento de lo que exterioriza un tercero. Así, por todos, RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (S K.). B. T.*, Band. 2, Francofort del Main, 1981, § 140, Rn. 9, 13. Vid. también en Italia, la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de noviembre de 1958 (La *Giustizia Penale*, 1959, pág. 940) y su crítica en BOGNETTI, «Apología di delitto e principi costituzionali di liberta d'espressione», *Rivista de Diritto e Procedura Penale (RD e Pr. P.)*, 1960, en especial, pág. 189.

(5) E inexplicablemente parece apoyar en su voto particular el magistrado del Tribunal Constitucional don F. GARCIA-MON y GONZALEZ-REGUERAL cuando señala que «admitido que el texto hace apología del terrorismo -y esto no se discute- estimar autor del delito, conforme al artículo 15 del Código Penal, a quien realiza su publicación, sin la cual no existiría el delito, no es más que aplicar las leyes penales vigentes ... ». Pues, en sus pronunciamientos, aquéllas y éste olvidan que para *ser reputado autor* conforme a último precepto se requiere serlo previamente -«realizar una contribución de autor»- y, por tanto, reunir los elementos objetivos y subjetivos de la autoría, que debe estimarse en este caso comprensiva también de los supuestos que se describen en el artículo 14 del Código Penal. Para una lectura adecuada de aquel artículo 15, a la que pretende sumarse el texto, vid. VIVES ANTON, *Libertad de prensa y, responsabilidad criminal*, Madrid, 1977, en especial, págs. 86, 91 ss. También, en cuanto a la sentencia que se comenta, en VIVES ANTON/COBO DEL ROSAL y otros, *Derecha Penal, P.E.I.*, Valencia, 1987, pág. 54.

(6) Literalmente, la fundamentación constitucional de lesión del principio de legalidad penal que se entiende contenido en el artículo 25.1 de la CE es la de que «al aplicar (la AN y el TS) automáticamente las normas sobre autoría del Código Penal, sin tener en cuenta la específica naturaleza constitucional del hecho informativo, se ha producido una extensión de la ley penal mediante una interpretación analógica en contra del acusado, que el mencionado precepto de la Constitución impide» (en F. J. 8º *in fine*).

(7) Así también, los que parten de la consideración de esta infracción como de *naturaleza autónoma*. Vid. MANZANARES SAMANIEGO, *Estudio de la LO 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Madrid, 1985, pág. 301; LAMARCA PEREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985, pág. 301.

(8) Al que seguiría, en orden temporal, el artículo 29 del RD de 2 de abril de 1852. A aquel remoto antecedente de la apología punible, poco conocido por lo demás entre los autores, se refiere DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Madrid, 1986, págs. 56 y 182,

(9) Que establece la pena de multa de 1.500 a 3.000 ptas. para los que «por medio de la imprenta, litografía y otro medio de publicación» ... 4.º) «... hicieren apología de acciones calificadas por la ley, como delitos que no fueren de los expresados en el artículo 268» (por tanto, distintos de los que se estiman atentatorios contra la Seguridad Interior del Estado o bien, de los cometidos por bandas o grupos armados y, sus conexos), Tras de aquél, su antecedente más directo lo constituye el artículo 584.4 del Código llena de 1870.

(10) Así, en particular, en la Ley de Seguridad del Estado de 19 de marzo de 1941 (arts. 9 y 15) y, quizás inexplicablemente, en la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931 (art. 1, ap.VI). Por todos, vid. LAMARCA PEREZ. *Tratamiento...*, cit., pág. 285.

(11) Vid., en orden cronológico, la Ley de 10 de julio de 1984 (art. 7, que será derogado por el art. 561 *in fine* del CP de 8 de septiembre de 1928, anotado por CUELLO CALON, Barcelona, 1929, pág. 243); Ley de 11 de octubre de 1934 (art. 3); Decreto-ley de 26 de agosto de 1975 ( art. 10); y, tras la entrada en vigor de la CE de 1978, el Decreto-ley de 26 de enero de 1979 (art. 1); LO de 21 de mayo de 1980 que incorpora ese último precepto al artículo 268 del CP; LO de 4 de mayo de 1981 que establece una nueva incriminación de la apología del terrorismo (y la rebelión) a través del art. 216 bis a) del CP; y, finalmente, el artículo 10 de la LO de 26 de diciembre de 1984. Ampliamente, sobre el contenido de estas disposiciones, vid. CIRCULAR num. 3/1975, *Sección Legislativa, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADP y CP)*

mayo-agosto, 1976, *págs 367 ss.*, MANZANARES SAMANIEGO, *Estudio...*, *cit.*, págs, 159 ss. Y respecto de las últimas leyes, sobre todo, LAMARCA PEREZ, *Tratamiento*, *cit.*..., págs. 180 ss.

(12) O, como señala MOSQUETE, «un peligro gravísimo para la conservación social», «El delito de apología» en *Revista de Estudios Penitenciarios (REP)*, enero, 1946, pág. 18. No en vano la Ley de 23 de noviembre de 1935, que vino a reformar la de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, incorporó a ésta el número 11 de su artículo 2 donde se declaraba en estado peligroso por «antisociales» a los que públicamente hicieran apología. *Vid.* LAMARCA PEREZ, *Tratamiento*, pág. 123.

(13) En el Código Penal de 1928, dos preceptos regulaban muy severamente el régimen de la apología punible: con carácter general, como «delito contra el orden público», el artículo 315 (pena de prisión de dos meses y un día a seis meses y multa) y, en cuanto a los delitos de terrorismo y explosivos, como «delito contra la seguridad colectiva», el artículo 561 (con pena de reclusión de seis meses a seis años). *Vid.* CIRCULAR núm. 3/1975, Sección Legislativa, *cit.*., pág. 367.

Respecto al Decreto-ley *cit.* de 1975, piénsese que al tiempo de su vigencia regían, además del artículo 268 y artículo 566.4 del CP, el artículo 2 de la Ley de Orden Público de 29 de julio de 1959 donde se calificaba de actos contrarios a ese orden, los de «apología de la violencia o de cualquier otro medio para llegar a ella». *Vid.* LAMARCA PEREZ, *Tratamiento...*, *cit.* pág. 143.

(14) Es cierto, por tanto -y volvemos al texto de la STC de 31 de diciembre de 1986 que se comentaba al principio de este trabajo-, que la aplicación que se hizo al demandante (de amparo) del artículo 1 del Decreto-ley de 1979 por parte de las sentencias recurridas de la AN y del TS, fue motivada simplemente por «la finalidad de colocar al procesado en una situación más favorable» (cfr. F. J. 3º), no por inexistencia de normativa que le fuera aplicable; pues, podrían haberse empleado en su condena las previsiones recogidas en esos otros artículos art. 268 v 216 bis a) del CP. Otra cuestión es, como se afirma en el voto particular de GARCIA-MON. que aquel precepto fuere inaplicable: bien por haber sido derogado con anterioridad implícitamente por Ley 4/1980, de 21 de mayo, o, en su caso, por obra de la Ley 2/1984, de 4 de mayo. que derogó expresamente el artículo 2 de aquel Real Decreto (así, LAMARCA PEREZ, *Tratamiento...* págs. 187 y 188, nota núm. 327; también, ALVAREZ/COBOS, «La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho Penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, (RFD) UCM*), núm. 68, 1983, pág. 168), bien, por ser abiertamente inconstitucional desde su entrada en vigor por infringir el principio de reserva de ley orgánica (así, ampliamente, CARBONELL MATEU, «Apología de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado», en Cobo del Rosal/Bajo Fernández, *Comentarios a la Legislación Penal*, t. II, Madrid, 1983, págs. 248 y 249, sobre todo).

(15) Lo que resulta posible, en cuanto que los artículos 216 bis a) y 268 del CP establecen una pena degradable, inferior en uno o en uno o dos grados, respectivamente, a la que tenga asignada el delito que constituya el objeto del juicio apologético, *vid.* LAMARCA PEREZ, *Tratamiento...*, *cit.*., pág. 301.

(16) Ampliamente sobre ello, HERNANDEZ GIL, F. «Algunas observaciones sobre el artículo 216 bis a) del CP», en *la Ley*, I, 1984, págs. 1.194 ss. Una vez entrada en vigor la Ley 9/1984, de 26 de diciembre, *vid.* las conclusiones de DEL ROSAL BLASCO, *La provocación .....cit.*, en especial, págs. 182 y 183, también, DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, «La apología específica del artículo 268», *Cuadernos de, Política Criminal (GCr)*, núm. 32, 1987, pág. 303, cfr. asimismo, para la apología de la sedición, el artículo 221 del CP, introducido por LO 14/1985, de 9 de diciembre. VIVES ANTON/COBOS/DEL ROSAL y otros, *Derecho penal*, P. E pág. 137.

(17) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 197, Comisión Constitucional, sesión celebrada el martes 26 de junio de 1984, pág. 6.044.

(18) *Vid.* GOMEZ BENITEZ, «Eficacia y garantismo en la legislación penal antiterrorismo», II *Jornadas de Derecho penal*, C. U. T., enero-febrero, 1984, pág. 49. Para un análisis mas amplio de las reacciones institucionales frente al terrorismo, *vid.* «Crítica de la política penal de orden público», *Cuadernos de Poli-*

*tica Criminal* (CPCr). núm. 16, 1982), págs. 49 SS.

(19) Que se contenía como modalidad de apología en el artículo 11.2.c) del Proyecto (de noviembre de 1983) que pasaría a convertirse un año más tarde en le LO 9/1984, de 26 de diciembre. Críticamente, frente a ella, GOMEZ BENITEZ, que señalaba, con toda razón, que «como se siga forzando el lenguaje vamos a terminar haciéndolo inútil como medio de identificación y comunicación...», «Eficacia ... », pág. 49.

(20) Una terminología que ha sido usualmente empleada en los textos legales (que no han aventurado una definición propia), en sus adscripciones del objetivo de la apología punible: así v. gr. en el artículo 268 del CP o también, omitiendo la segunda referencia, los artículos 216 bis a) y 566.4. Vid. por todos, GONZALEZ GUITIAN, «Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código Penal y en Proyecto de 1980», *Estudios Penales y Criminológicos*, IV, Santiago de Compostela, 1981 págs. 288 ss.

(21) Por todos, vid. entre los autores favorables a esa exclusión, RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, P. E . 1987, 10ª ed., revisada y puesta al día por Serrano Gómez, pág. 679. En otro sentido, sin embargo, se han pronunciado en nuestro país, la Circular núm. 3/1975, en sus criterios de interpretación del artículo 10 del Decreto-ley de 26 de agosto de 1975, cit., *Sección Legislativa*, pág. 368; o también, la STS de 31 de diciembre de 1983 (R. 6.761), hoy anulada por la ya comentada STC, de 1986. Asimismo se suma, en forma expresa, a esta caracterización más amplia de la apología punible, la Sentencia del Tribunal de Casación italiano de 11 de marzo de 1975 (*La Giustizia Penale*, 1976, pág. 550); vid. también sobre ello. ZAGREBELSKY, *Codice Penale*, P. *Speciale*, t. I, Tomo, 1984, pág. 449 ss. Para los casos en que incluye la aprobación, se exige a veces por la doctrina que ésta sea, al menos «directa» (RUDOLPHI, S. K., § 140, Rn. 7) o bien expresa e inequívoca (LAMARCA PEREZ, *Tratamiento....* cit., pág. 297).

(22) También debe entenderse implícito, por tanto, al artículo 268 del CP, por más que, desde su reforma por la Ley 4/1980, no se contenga en él una referencia expresa al elemento de la publicidad; vid. por todos, sobre esta discutida -y yo pienso que indiscutible- conclusión, MANZANARES SAMANIEGO, *Estudio....*, cit. págs. 166, 167 y, por fin, en 186.

Asimismo se contiene esta exigencia la regulación italiana y alemana de la apología. Vid. por todos, OLIVERO, «Apología e istigazione (reati de)», *Encidopedia del Diritto*, II, 1958, pág. 623; y RUDOLPHI, S. K. § 140, Rn. 10, respectivamente.

(23) Así también, RUDOLPHI, S. K. § 140, Rn. 10 y, en la doctrina española, ARROYO ZAPATERO, «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la LO 2/1981, de 4 de mayo», *CPCr*, núm. 15, 1981, pág. 390; CARBONELL MATEU, «Apología...», cit., pág. 245. Vid. asimismo, CORDOBA RODA, *Conientarios al Código Penal*, t. III, Barcelona, 1978, pág. 67 1. Otro sector doctrinal remite, sin enibargo, al artículo 463 del CP: es el caso de QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, IV, Madrid, 1967, pág. 81 y, más modernamente, MANZANARES SAMANIEGO, *Estudio....*, cit. pág. 166; DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, «La apología ... », pág. 294.

(24) Por ejemplo, cuando se afirma que «la alabanza al crimen acaba siendo inevitablemente una incitación al mismo». Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, «Las fases de ejecución del delito», *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona, 1980, pág. 9. Vid. las consideraciones sobre la capacidad propagandística de la publicidad que realiza la STS de 17 de enero de 1969 (R. 234).

(25) Incluida la «oficial»: Vid. Circular 3/1975, *Sección Legislativa*, cit., pág. 368. Entre los autores, se inclinan por esta opción, MANZANARE S SAMANIEGO, *Estudio....*, cit., pág. 169; GOMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del delito*, P. G., Madrid, 1984, pág. 568; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P. E., Sevilla, 1985, 6ª ed., pág. 533; LAMARCA PEREZ, *Tratamiento....* cit, págs. 290 y 293; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho penal*, P. G., 2ª ed., Madrid, 1986, pág. 441. Ampliamente, vid, todavía, GONZALEZ GUITIAN, «Algunas consideraciones ... », cit., págs, 302 ss. y «La apología en la reforma perial», *RFD UCM*, núm., 6 (monográfico), Madrid, 1985, págs. 385 ss.

Sobre la conveniencia, sin embargo, de excluir como objetivo idóneo de la apología los hechos, aun antijurídicos, pero exculpados por una causa de inexegibilidad (v. gr. estado de necesidad exculpante), cfr. RUDOLPHI, S. K. § 140, Rn. 4,

(26) Así, QUINTANO RIPOLLES, *Tratado*, cit., pág. 80. También, Circular núm. 3/1975, *Sección Legislativa* cit., pág. 369. Sobre esta cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia italiana, *vid*, la sentencia del Tribunal de Casación de 18 de noviembre, va cit. y su contenido por BOGNETTI, «Apología...», cit., págs. 183 ss. y 203 ss.

(27) Cfr. QUINTANO RIPOLLES, *Tratado...* cit., pág. 80; *vid*, también la STS de 26 de abril de 1969 (JCr., núm. 849) que exige para apreciar apología «una abierta y expresa solidaridad con una actuación ya formal y concretamente declarada delictiva».

(28) Así, expresamente, CARBONELL MATEU, «Apología ... », cit., pág. 243, que sigue corriente de opinión junto a ARROYO ZAPATERO, «La reforma ... », cit., pág. 395; RODRIGUEZ MOURILLO, «Las fases ... », cit., pág. 9; DEL ROSAL BLASCO, *La provocación..* , págs. 186, 187 y 193 *in fine* y CORDOBA RODA, que fue quien la inició y para quien, no obstante, la referencia a «culpables» debe entenderse asimismo como «sujetos activos de los delitos abstracta o concretamente contemplados», *Comentarios*, cit., pág. 670.

(29) Así, QUINTANO RIPOLLES, *Tratado...*, cit., pág. 80. *Vid*. v. gr. el artículo 10, núm. 1 del Decreto-ley de 1985 y su comentario en Circular del mismo año, también cit., *Sección Legislativa*, pág. 369. Asimismo, respecto del artículo 2.5 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 donde se contiene como supuesto típico la apología de las conductas de promoción, favorecimiento o exhibición de cualquier material pornográfico..., consultar la opinión de GONZALEZ GUITIAN, «Algunas consideraciones ... », págs. 294 y 295.

(30) En este sentido, la interpretación que ofrece LAMARCA PEREZ, *Tratamiento...*, cit., pág. 229, que encuentra apoyo en la voluntad legislativa, *vid*. *Diario de Sesiones*, cit., págs. 6042 ss. y, en particular, pág. 6045.

(31) Por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., pág. 533.

(32) Cfr. QUINTANO RIPOLLES, *Tratado...*, cit., págs. 80 y 81.

(33) Pues también el encubrimiento requiere de un hecho delictivo que condiciona, además, la responsabilidad del encubridor y a partir del cual ésta podrá graduarse, *vid*. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*, cit., pág. 550. Esto último se hace también con la apología cuando la previsión legal aplicable es la de los artículos 216 bis a) o 268 que contienen ya una pena degradable, no fija como la del artículo 566, 4º, o el artículo 10 de la LO de 1984, ya cit.

(34) *Vid*. para todos, SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, P. G., III, Barcelona, 1985, págs. 204 Y 205.

(35) El propio QUINTANO se planteaba la idoneidad de, este fundamento para servir de obstáculo al derecho a la libre emisión del pensamiento, *Tratado...* pág. 79

(36) LAMARCA PEREZ, *Tratamiento...* cit., págs. 291 y 292.

(37) Por más que no deje de guardar relación con ella y con el bien jurídico que bajo la misma se tutela, según afirma LAMARCA PEREZ, *Tratamiento...*, cit., pág. 292.

(38) Cfr. LAMARCA PEREZ, *Tratamiento...*, cit., pág. 291. Véase una posición próxima en MOSQUETE, «El delito ... », cit., pág. 18. Críticamente, con fundamento, DEL ROSAL, cuando afirma que esta idea -«sumamente reaccionaria»- conduce a la construcción de un concepto de bien jurídico, no al servicio de los fines que... debe cumplir -como... limitar el *ius puniendi* estatal-, sino al servicio del aparato represivo del Estado, *La provocación...* cit., pág. 191; se suma a esta opinión, MIRA BENAVENT, «El caso ... », pág. 524.

(39) Cfr. ARROYO ZAPATERO, «La reforma ... », cit., págs. 394 y 395. Lo que no significa que deba ser pues, *vaga, imprecisa o indefinida...* notas con las que a veces se identifica a la provocación, *indirecta* en

contraposición a la *directa*, cfr. DEL ROSAL, *La provocación...*, cit., pág. 117. Para CUELLO CALON, la apología era una «inducción atenuada». *Derecho Penal, P. G.*, I 1969, 14 ed., pág. 633.

(40) Cfr. ARROYO ZAPATERO, «La reforma ... », págs. 393 y 394. *Vid.* también, CARBONELL MATEU, «Apología ... », cit., págs. 22 y, 245, y, DEL ROSAL BLASCO, *La provocación....* cit., pág. 193.

(41) Cfr. CARBONELL MATEU, «Apología ... », cit., pág. 242; DEL ROSAL BLASCO, *La provocación...*, cit., pág. 194. Inexplicablemente, lo considera, a partir de las características enumeradas, delito autónomo, ARROYO ZAPATERO, «La reforma ... », cit., pág. 395 *in fine* *Vid.* también la posición de BUSTOS RAMIREZ, *Manual de Derecho Penal, P. E.*, Barcelona, 1986, pág. 481.

Este tratamiento de «acto preparatorio» aparece particularmente claro en la regulación que han ofrecido de la apología los textos penales de reforma del Código vigente, como el Proyecto de 1980. Sobre ello, *vid.* RODRIGUEZ MOURULLO, «Las fases...», cit., pág. 9.

(42) Cfr. CARBONELL MATEU, «La apología ... », pág. 239.

(43) Se trata, en realidad, de una simple opción interpretativa que la resuelven favorablemente, v. gr. RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal, I*, Barcelona, 1972, pág. 282; o, también, GONZALEZ GUITIAN, «Algunas consideraciones ... », cit., pág. 296; y, en contra, v. gr. DEL ROSAL BLASCO, *La provocación*, cit., págs. 116 ss., entre otras razones, por un afán restrictivo del ámbito del artículo 4.º del CP.

(44) Así parece reconocerlo también CARBONELL MATEU, «Apología...», cit., pág. 242, nota núm. 10; también en «Actos preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación de la rebelión y el terrorismo», *Comentarios a la Legislación Penal, II*, Madrid, 1983, pág. 193; GONZALEZ GUITIAN, «Algunas consideraciones...» pág. 285 OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*, cit., pág. 440 asimismo, en su análisis del PCP de 1980, ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre la fase interna y, los actos preparatorios del delito», *CPCr.*, núm. 18, 1982, pág. 510. VIVES ANTON/COBO DEL ROSAL Y otros, *Derecho Penal, P. E.*, cit., pág. 54.

(45) Cfr. ARROYO ZAPATERO, «La reforma ... », cit., pág. 193, y, CARBONELL MATEU, que, sin embargo, lo apoya en su naturaleza de «acto preparatorio», «Apología ... », cit., págs. 242 y, 243, nota núm. 13.

(46) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, «Las fases ... », cit., pág. 10 ORTS BERENGUER, «Consideraciones ... », cit., pág. 510. Ampliamente, GONZALEZ GUITIAN, «Algunas consideraciones ..», cit., págs. 395 y 396.

(47) *Diario de Sesiones*, cit. (intervención del señor CASTELLANO CARDALLIAGET), pág. 6045.

(48) Esta es, en realidad, la bienintencionada motivación de quienes lo propugnan: por todos, cfr. ARROYO ZAPATERO, «La reforma ... », pág. 394.

(49) Sobre esto último, con razón, GARCIA RIVAS, «Delitos contra los poderes y orden públicos», *Documentación jurídica*, 2, Madrid, 1984, pág. 1201.

(50) Una cualidad que nadie niega a la apología: *vid.*, por todos, LAMARCA PEREZ y las referencias bibliográficas que contiene en *Tratamiento....* cit., págs. 290 y 291. La cuestión es si esta hipotética potencialidad incitadora del discurso apologético pertenece a la esencia de esta infracción -a su naturaleza o a su injusto típico...- y esto es precisamente lo que niega. *Vid.* por todos, CIRCULAR, núm. 3, 1975, *Sección Legislativa*, cit., pág. 368; también en la jurisprudencia italiana se sustentaba claramente esta opinión, en sentencia del Tribunal de Casación de 18 de noviembre de 1958, *La Giustizia Penale*, 1959, cit., pág. 941.

(51) Cfr. ZAGREBELSKY, *Codice Penale*, cit., pág. 52; también, OLIVERO, «Apología ... », cit., pág. 621. Según ello, bastaría para imputarlos al autor, que su conciencia los hubiera abarcado como «posibles»: así, ZAGREBELSKY, *Codice....* cit., pág. 456, y sentencia del Tribunal de Casación de 11 de marzo de 1975 que incluso, los presume, *La Giustizia Penale*, 1976, cit., pág. 552.

(52) Cfr. GONZALEZ GUITIAN, «Algunas consideraciones.....», cit., pág. 296; OCTAVIO DE



TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*, cit., pág. 441; MIRA BENAVENT, «El caso ... », pág. 523. En términos más genéricos, se pronuncia también en este sentido, MIR PUIG. *Derecho Penal, P G*, Barcelona, 1984, págs. 286 y 287.

(53) Vid. sobre ello, GONZALEZ GUITIAN, «La apología ... », pág. 396, donde, a mi entender, manifiesta un punto de vista en cierta medida contradictorio con sus opiniones precedentes, vid. en «Algunas consideraciones ... », pág. 296.

(54) Así, el ordenamiento penal italiano cuyo art. 414 aparece descrito bajo la rúbrica de *Delitti contro l'ordine pubblico* (T. V del L. II) y en el alemán, cuyo parágrafo 140 pertenece al conjunto de los *Straftaten gegen die öffentliche Ordnung* (Secc. VII de la II P.). También, en la regulación de la apología bajo el Código penal de 1928, cuyo artículo 315 se concebía como «delito contra el orden público» (Cap. IV del T. III del L. II del CP).

(55) Sobre la significación de estos términos. nada unívoca por cierto en nuestra doctrina, vid. ESCRIVA GREGORI, *La puerta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1986, págs. 69 ss. A la distinción del texto se refiere, en particular, TORIO LOPEZ que califica a los segundos como «delitos de peligro hipotético» para diferenciarlos de los de peligro presunto «en los que no se admite (va) prueba en contrario de la ausencia de peligro» («Los delitos de peligro hipotético», ADP y CP, mayo-diciembre, 1981, págs. 826 ss.) o, si se quiere, referido a la apología, en los que «se excluye la admisibilidad de cualquier investigación dirigida a establecer si, en concreto, de la conducta apologética se ha derivado o puede derivarse el peligro de una lesión de bienes penalmente tutelados». Cfr. FIORE, «Libera manifestazione del pensiero e apología di reato», *Archivio Penale*, 27, 1971, pág. 15. Muy esclarecedora también, la definición que ofrece BOGNETTI, «Apología ... », cit., pág. 184.

(56) Y con ella, la perturbación del orden público. Lo que se cuestiona, en todo caso, con razón, es nuevamente que tenga sentido su existencia independiente de la provocación en un Código penal. Así, expresamente, FIORE, «Libera ... », pág. 18.

(57) Cfr. BOGNETTI, «Apología ... », cit., pág. 189, y «Apología di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell' artículo 414 CP párrafo último», *RID e Pr P.*, 1971, pág. 25.

Claro que ello no impidió que, derogando la aplicación de esta fórmula por parte del Tribunal a quo, el Tribunal de Casación italiano en su sentencia de 11 de marzo de 1975 volviera a considerar que la apología es un «delito de peligro presunto», vid. *La Gitistizzia Penale*, 1978, págs. 552 ss. Si bien esta fue, en verdad, una decisión aislada: vid. la doctrina del Tribunal de Casación en sentencias de 16 de octubre y 14 de diciembre de 1973 y de 23 de enero y 5 de julio de 1979, por referirnos sólo a esa década. Ampliamente, TRUCCO, «Brevi note sui piú recenti atteggiamenti giurisprudenziali in tema di apología di reato», *RID e Pr P.*, 1982, págs. 735 s.

(58) Una actitud que se va a hacer depender de la amplitud que tenga la difusión, del grupo de personas a la que vaya dirigida, a la situación social y psicológica que se viva en esos momentos, entre otros criterios. Cfr. RUDOLPHI-11, *S. K.*, cit., § 140, Rn. 11.

La imprecisión del vocablo de referencia -«paz pública» hace, no obstante, incomprensible la aceptación más o menos matizada de que goza en el seno de la doctrina española. Vid. MANZANARES SAMANIEGO, *Estudio.....*, cit., pág. 175 que, significativamente, lo asimila al escándalo público; y GONZALEZ GUITIAN, «Apología ... », págs. 396 y 397. De la opinión del texto, MIRA BENAVENT, «El caso...», cit., pág. 522.

(59) Cfr. LAUFHUTTE, «Das Vierzehnte Strafrechtsänderungsgesetz», *Monatsschrift für deutsches Recht* (MDR), 1976, pág. 444; HANACK, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (LK), 10 Aufl., Berlín-Nueva York, 1978, § 140, Rn. 1; RUDOLPHI, *S. K.*, cit., § 140, Rn. 11; LENCKNER en SCHONKE SHRODER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22 Aufi., München, 1985, § 140, Rn. 1.

(60) Sobre sus significados, tan múltiples, de los que el único aceptable es el estricto de «tranquilidad

pública» o «paz en la calle» -que se supone el que rige como límite a las manifestaciones a la libertad ideológica en el artículo 16,1 de nuestra Constitución-, *vid.* JIMENEZ-ASENSIO GOMEZ, «La jurisprudencia penal del Tribunal Supremo en materia de orden público» (resumen de la tesis doctoral), Barcelona, 1976. También, ampliamente, FIORE, «Libera manifestazione...», págs. 17 ss., y Zagrebelsky, *Codice Penale*, cit., págs. 446 ss. Con razón afirmaba JIMENEZ DE ASUA que «el orden social o el orden público» no servían como objetividad jurídica en la restricción de la libertad de expresión que supone la apología, *La ley, el delito*, Caracas, 1945, pág. 578.

(61) Cfr. por todos, STURM «Zum Vierzehnten Strafrechtsänderungsgesetz», *Juristenzeitung (J. Z.)*, 1976, pág. 350.; RUDOLPHI, S. K., cit., § 140, Rri. 11; HANACK, L. K., § 140, Rn. 1 y 29).

(62) BOGNETTI, «Apología ... », 1971, pág. 31. Asimismo, cfr. la alusión a los términos expresados en el texto de la sentencia del Tribunal de Casación italiano de 18 de noviembre de 1958, cit., pág. 943, y su comentario en BOGNETTI, «Apología ... », cit., 1960, pág. 192. Se trata, en definitiva, de esa peligrosa «motivación en contra del delito» a que críticamente se refiere OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981, págs. 126 ss. y 273 ss., en especial.

(63) Cfr., sin embargo, GONZALEZ GUITIAN, «Algunas consideraciones...», pág. 286. También PALMIERI en su comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 1 de junio de 1964, «Osservazioni in tema di istigazione a delinquere», *RID e Pr P.*, 1968, págs. 1000 ss.

(64) Se trataría, pues, de un delito «sin» bien jurídico. Cfr. ampliamente, JACKOBS, *Strafrecht, A. T. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlín-Nueva York, 1983, págs. 28 ss., y, en particular, págs. 34 ss. Críticamente, por todos, BARATTA, «Integración - prevención: Una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática», *CPCr.*, núm. 24, 1984, págs. 534 ss.

(65) Cfr. *Diario de Sesiones*, cit. (intervención del señor Castellano Cardalliaguet) pág. 6046; todo lo cual no es, en realidad, sino un signo -quizás el más característico- de la moderna política de orden público, *vid.* GOMEZ BENITEZ, «Crítica ... », cit. pág. 50, sobre todo.

(66) Cfr. *Diario de Sesiones*, cit. (intervención del señor Castellano Cardalliaguet), págs. 6044, 6045 y 6048.

(67) Cfr., por ejemplo, CARBONELL MATEU, «Apología.... », pág. 241

(68) Vid, en especial el texto de la sentencia del Tribunal de Casación italiano de 18 de noviembre de 1958, *La Giustizia Penale*, 1959, cit., págs 941 y 942; y también, PALMIERI, «Osservazioni... » cit., pág. 999.

(69) Cfr. STAME, «Teoría dello Stato e controllo sociale», *Questione Criminale*, gennaio-aprile, núm, 1, 1979, pág. 201..