

**LUIS GONZALEZ GUITIAN**

**Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Universidad de Santiago.**

**Algunas consideraciones sobre el concepto de apolo-  
gía en el Código Penal y en el Proyecto de 1980**

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Gramaticalmente, apología significa discurso en defensa o alabanza de personas o cosas. En su sentido gramatical, pues, la apología del delito consiste en alabanza, elogio o exaltación del delito. Este concepto es, por lo menos en principio, válido para el campo penal. Así lo ha recogido la jurisprudencia: la apología no es una mera aprobación de un hecho, sino que supone "la alabanza o argumentación defensora de la conducta" (1). Hay que hacer una precisión más: la apología en sentido estricto es alabanza de un *hecho* delictivo; es, por lo tanto, necesario distinguirla de las conductas de propaganda o exposición de determinadas doctrinas o ideas, conductas que no encuentran base en un hecho concreto. Este es el sentido que tienen expresiones como, por ejemplo, apología de la droga o similares, que no constituyen apología en sentido estricto y que en algunos casos el legislador tipifica como delito independiente.

La apología del delito entró en el Código Penal en 1870 como falta. Su entrada fue silenciosa; quizá porque entró por la puerta más discreta del Código, el Libro III, el legislador no se sintió obligado a dar demasiadas explicaciones. Pero a partir de este momento la apología del delito no dejó de estar presen-

---

(1) S. 17. 1. 69.

te en nuestra legislación penal: por vía de los Códigos Penales, donde llegó a tener un régimen de notable dureza (Código Penal de 1928) y, paralelamente, por vía de la legislación especial, vinculada en general a las conductas de terrorismo. Pero en ningún caso se encuentra justificación o explicación del por qué. La apología aparece ya como una figura integrante de toda legislación penal cuya necesidad se da por supuesta, sin más. Y así, también sin explicaciones, aparece en el Proyecto de Código Penal de 1980 al lado de la conspiración, proposición y provocación para delinquir, formando parte de un capítulo que lleva la rúbrica "Del grado de ejecución". Poco a poco y siempre en silencio, esta conducta ha pasado a ser un "grado de ejecución" del delito.

El silencio del legislador ha sido correspondido por el silencio de la doctrina y de la jurisprudencia a la hora de precisar cuál es la naturaleza de la apología o el fundamento de su castigo. Sin embargo, en las muy escasas ocasiones en que los autores y los tribunales han prestado atención a esta conducta han coincidido en señalar como nota característica de la apología su potencial capacidad para determinar la comisión de delitos análogos a aquél que se alaba (2). Es dominante, en efecto, en la doctrina la idea de que lo esencial en la conducta mencionada es este contenido de instigación a la repetición de hechos delictivos. Se ha dicho, por ejemplo, que en el contenido de la apología se halla "una excitación a delinquir, un medio indirecto de repetir o procurar la habitualidad de una infracción" (3). La consecuencia de poner el acento sobre

---

(2) *Circular* de la Fiscalía del Tribunal Supremo, 3/1975, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, pp. 354 ss., especialmente, p. 366.

(3) D. Mosquete, *El delito de apología*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1946, p. 16.

este aspecto es evidente: la apología del delito será considerada prácticamente como una modalidad de la instigación a delinquir. Se dice, así, que es “una provocación indirecta y abstracta” (4) o un “aspecto especialísimo de la provocación a delinquir” (5) y no falta quien la considera como “una forma atenuada de la inducción” (6). En el fondo de la opinión dominante late, como se puede apreciar, una clara afinidad entre apología del delito y provocación a delinquir o, incluso, inducción.

Todas estas opiniones tienen una nota en común: la relación de la conducta de elogio con un delito futuro. Es decir, para el sector doctrinal dominante, lo esencial en la apología y la razón de su tipificación penal es su posible efecto motivador de una nueva ejecución del mismo delito ensalzado. Frente a esta opinión, entiendo que esta idea no es base convincente para incluir en el Código Penal la conducta de apología. Y entiendo que no lo es por dos razones. Si en este elogio hay una intención de incitar a la comisión de un delito, por muy indirecta que esta incitación sea estaremos ante la figura, ya tipificada, de provocación para delinquir; precisamente, la opinión doctrinal citada puede llevar a una confusión entre provocación y apología. Si por el contrario se considera que en la conducta de alabanza de un delito ejecutado no hay una intención de incitar a una nueva ejecución del mismo delito, el punto de vista mencionado tampoco es suficiente para fundamentar el castigo de esta conducta. Y aquí, a su vez, hay que considerar dos razones: si se pone el acento —como hace la doctrina

---

(4) *Circular*, cit., p. 367.

(5) D. Mosquete, *El delito de apología*, cit., p. 16.

(6) E. Cuello Calón, *Derecho Penal, Parte General, I*, revisado por C. Camargo, Barcelona, Bosch, 1964, p. 633.

dominante— en el delito futuro, castigar una opinión elogiosa de un hecho delictivo sin intención instigadora en función del peligro de una remota posibilidad de repetición del mismo, supone castigar lo que no es más que una mera opinión; las barreras penales no pueden adelantarse de tal forma que lleguen a castigar una opinión sin relación visible con un delito: las exigencias más elementales de la libertad de expresión así lo imponen; la segunda razón que hay que considerar parte, una vez más, de la constatación de que en la apología el acento ha de ponerse no sobre el delito futuro, sino sobre el delito ejecutado: la apología es elogio de un hecho ya ejecutado. Esto obliga a buscar la posible fundamentación del castigo de la apología por otro camino. Y la única razón que alcanzo a encontrar es considerar que no debe permanecer impune el elogio de un hecho que la sociedad considera como intolerable desde el momento en que lo ha tipificado como delito. Sin embargo, es obvio que ésta tampoco es razón suficiente para que la apología del delito ingrese en un Código Penal. Por muy reproachable que, desde un punto de vista ético, pueda parecer el elogio de un delito, lo que no es más que una mera opinión no debe formar parte del catálogo de delitos que integra un texto punitivo. La conclusión es, pues, que la apología del delito no debe figurar en el Código Penal.

El presente trabajo está dedicado al estudio del concepto y alcance de la apología del delito en el Código Penal vigente y en el Proyecto de Código Penal de 1980. Como es evidente, la tesis aquí expuesta no coincide con el criterio del legislador. Por eso y porque todo parece indicar que existe una tendencia —no sólo en España— encaminada a ampliar cada vez más el ámbito de la apología del delito, este trabajo ha de

estar en lo posible presidido por un criterio de interpretación restrictiva.

## II. CODIGO PENAL

La apología del delito se castiga en el Código Penal vigente de dos formas distintas (7):

—con carácter general, se castiga como falta en el art. 566-4º. Este precepto castiga con pena de multa de 1.000 a 20.000 pesetas a los que “de igual forma (8) hicieren la apología de acciones calificadas por la Ley de delito”.

—con alcance más reducido, el art. 268 castiga como delito “la apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de los delitos comprendidos en este título (9) y la de sus culpables”.

Así pues, la apología en el Código Penal vigente tiene carácter de falta, salvo en el caso de que se haga sobre los delitos contra la seguridad interior del Estado, en cuyo caso tendrá la consideración de delito.

---

(7) Ya redactado este trabajo, la ley orgánica 4/1980, de 21 de mayo (B.O.E. 13 de junio) modificó los arts. 268 y 566-4º C.P. La modificación consistió fundamentalmente en una corrección de la pena en el art. 268 y en introducir en este precepto la apología de los delitos “cometidos por bandas o grupos armados y sus conexos”. Como la modificación no afecta a los problemas tratados en estas páginas, he preferido no alterar el texto.

(8) Remite al nº 2 del mismo art. 566: “por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación”. A estos medios de comisión hay que sumar los que se añadieron al último párrafo de este mismo precepto: “estaciones radioemisoras y demás medios de publicidad”.

(9) Título II del Libro II, “Delitos contra la seguridad interior del Estado”.

El Código Penal no define la apología. Ante el silencio de la ley, cabe operar con el concepto expuesto al principio. Sin embargo, el Código Penal sí dice sobre qué ha de recaer esta conducta: lo que castiga el Código Penal, con carácter general, es la alabanza de *acciones* previstas como delito por la ley. Se puede poner ya de relieve una nota esencial de esta figura delictiva: es una conducta posterior a la ejecución de un hecho previsto por la ley como delito. Como dice muy acertadamente la *Circular* de la Fiscalía del Tribunal Supremo antes mencionada, “es esencial a la apología una *voluntas post delictum*”, ...“ tiene que ir necesariamente referida a un hecho antijurídico previo y consumado o en fase de realización” (10). El tenor literal del precepto no ofrece dudas sobre su interpretación, dado el inequívoco sentido del término “acciones” que utiliza (11). Mucho más equívoco resulta, sin embargo, el término “delito” que aparece también en el art. 566-4<sup>o</sup>. Este problema —que es importante para determinar el alcance de la apología— aparecerá con frecuencia en estas páginas. Dejo su exposición para la segunda parte de este trabajo, pero no sin hacer constar sus consecuencias para el art. 566-4<sup>o</sup>: de acuerdo con el uso *normal* del término “delito” (y de la expresión “previstas por la ley como delito”) el art. 566-4<sup>o</sup> castiga las conductas de elogio de un hecho típico y antijurídico, aunque quien lo ha ejecutado no sea culpable.

---

(10) *Circular*, cit., p. 368. Insiste sobre este punto en p. 369: “La apología debe referirse a un hecho concreto ya realizado y cercano en el tiempo”. En el mismo sentido, A. Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo IV, coordinado por E. Gimbernat Ordeig, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1967, p. 79.

(11) En este sentido, J. Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Barcelona, Ariel, 1978, p. 670.

El problema se complica en el art. 268, introducido en el Código Penal de 1944, que instaura un régimen agravado para la apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado (12). Y el problema se complica porque en este precepto aparece no sólo el término “delito”, sino también la expresión “delitos comprendidos en este título” y la apología “de sus culpables”. Desde el punto de vista que aquí interesa especialmente, el texto del art. 268 abre el interrogante de si es posible la apología de delitos aún no ejecutados.

La diferencia evidente entre el art. 566-4<sup>o</sup> y el art. 268 ha llevado a Córdoba a contestar a este interrogante de modo afirmativo al apreciar que el art. 268 castiga tanto la apología de delitos en sentido abstracto, esto es, la apología en abstracto de algún delito del Título II, como en sentido concreto, es decir, la apología de un delito concreto del Título II, ya ejecu-

---

(12) La idea de que algunas modalidades de apología debían de ser consideradas como delito y no como simple falta aparece ya a finales del siglo pasado a través de leyes especiales, aunque limitada a los delitos de terrorismo. Así, p. ej., la Ley de 1894 y la Ley de Terrorismo y explosivos de 1934. El proceso de agravación del régimen de la apología culmina con la Ley de Seguridad del Estado de 1941, que considera delictiva no sólo la apología de los delitos de terrorismo, sino también, p. ej., la apología “de aquellas doctrinas” (‘Frente Popular y tendencias análogas’, dice la Ley), propaganda y métodos de acción”. Esta concepción agravada de la apología es la que pasó al art. 268 del Código Penal vigente y es la que puede explicar algunas cosas como, por ejemplo, el desajuste entre la situación del precepto entre las “Disposiciones comunes a las dos secciones anteriores” (“Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos”) y el tenor literal del artículo, que lo considera aplicable a todos los delitos comprendidos en el Título, es decir, a todos los delitos contra la seguridad interior del Estado.

Hay que llamar la atención sobre el severísimo régimen en que el Código Penal de 1928 establecía para estas conductas: la apología era delito en todo caso (art. 315) y la hecha sobre los delitos cometidos por medio de explosivos era una modalidad agravada (art. 516).

tado (13). Si se reconoce esta doble interpretación de la expresión “delitos comprendidos en este título” es evidente que se introduce un elemento perturbador en el concepto de apología: en los supuestos del art. 268 es posible concebir la apología como elogio de delitos aún no cometidos, una apología anterior al delito. Esta desvirtuación de la naturaleza de esta figura tiene, en un segundo nivel, otros efectos no menos perjudiciales, como se verá más adelante. La cuestión es si se puede rechazar la opinión de Córdoba, sólidamente apoyada en el tenor literal del art. 268.

Opinión distinta mantiene Quintano: “el tipo debe circunscribirse a la apología de actos delictivos comprendidos en el Título y que, además, hayan tenido realidad, habiendo sido objeto de un pronunciamiento condenatorio, pues sólo en este supuesto habría lugar a denominar *culpables* a los beneficiarios de la apología” (14).

En la opinión de Quintano, que ofrece una interesante interpretación restrictiva del art. 268, han de distinguirse dos aspectos. En primer lugar, sugiere un argumento para estimar que la conducta tipificada en el art. 268 —al igual que la del 566-4<sup>o</sup>— se refiere sólo a los delitos ejecutados: el art. 268 castiga la apología de los delitos comprendidos en el Título II y “la de *sus culpables*”. La inclusión de la apología de sus culpables puede conducir a considerar que sólo es posible la apología de los delitos ejecutados, puesto que el elogio de sus culpables supone alabar a las personas que, por lo menos, han ejecutado la acción típica correspondiente (15).

---

(13) Cfr. Córdoba Roda, *Comentarios, III*, cit., p. 670.

(14) Quintano Ripollés, *Tratado, IV*, cit., p. 79.

(15) En contra, Córdoba, para quién el término “culpables” comprende tanto a los sujetos de las infracciones abstractamente considera-

Ahora bien, el “por lo menos” viene impuesto porque —y esta es la segunda consideración que cabe hacer en torno a lo afirmado por Quintano— el término “culpables” está también sujeto a discusión. Para este autor, como queda dicho, el término exige la existencia de un pronunciamiento condenatorio. Para Córdoba, por el contrario, el término “culpables” no debe entenderse en sentido técnico y cita como ejemplo la interpretación que este concepto ha de recibir en otros preceptos del Código Penal, como puede ser el art. 17 (16). Como con razón ha indicado Rodríguez Mourullo (17), el “culpable” del art. 17 es una persona que ha intervenido en la realización de un acto típicamente antijurídico, aunque resulte irresponsable. En efecto, es cierto que el Código Penal no siempre utiliza el término “culpable” en su sentido técnico. Ante la doble posibilidad de interpretación de este término, hay que acudir a otros datos para determinar su alcance. Y aquí volvemos a encontrar la palabra “delito”. De forma coherente a la interpretación dada para el 566-4º y al uso *normal* de este término por el Código Penal, hay que entender “delito” como tipo legal abstracto, previsto en el Código Penal; en otras palabras, como tipo de injusto que no presupone la culpabilidad. Coincido aquí con Córdoba en que “culpables” ha de entenderse, por lo tanto, en un sentido que no es el técnico. A todo esto ha de añadirse la clara voluntad del legislador de endurecer el régimen de la apología; cabe observar en este sentido que mientras el Código Penal de 1928 castiga-

---

das como a los de los hechos concretamente efectuados. Cfr. Córdoba Roda, *Comentarios, III*, cit., p. 670.

(16) Cfr. Córdoba Roda, *Comentarios, III*, cit., p. 670.

(17) Cfr. G. Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal, I*, Barcelona, Ariel, 1972, p. 936.

ba la apología de las personas *responsables* de los delitos, el Código Penal de 1944 sustituyó esta expresión por la de *culpables*. La diferencia entre responsables y culpables habla por sí sola.

En conclusión: el art. 268 permite castigar la apología de un hecho tipificado como delito contra la seguridad interior del Estado y antijurídico y la de la persona que lo ejecutó aunque resulte irresponsable.

Es preciso ahora dar un paso más. Quedó dicho más arriba que el art. 268 —si se aceptaba la interpretación más amplia— podía conducir a desvirtuar la naturaleza de la apología, lo que plantearía nuevos problemas. También fue Quintano quien señaló el peligro: una apología anterior al hecho “pudiera determinar inducción o provocación” (18). Claro está que el peligro de confusión entre apología e instigación a delinquir no es argumento —por sí solo— para combatir la posible interpretación amplia que, como se ha visto, está siempre presente en el art. 268. Pero lo que interesa resaltar aquí es que el peligro de la confusión entre apología e instigación a delinquir no está sólo en esta interpretación del precepto citado, sino que es un peligro que está latente en la consideración que de la apología parece tener la doctrina mayoritaria. Los textos que lo demuestran han sido ya citados al principio de este trabajo.

Es, pues, importante trazar unas fronteras bien delimitadas entre la apología del delito y una serie de conductas que pueden tener cierta semejanza con ella. Esta delimitación se puede hacer a partir de dos puntos:

---

(18) A. Quintano Ripollés, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1966, p. 606.

1.— La apología está siempre unida a un hecho punible ejecutado.

2.— La apología es un discurso *en defensa*: la intención de su autor es estrictamente la de defender o elogiar el hecho ejecutado.

1.— La consideración de la apología como conducta siempre posterior al hecho ejecutado origina, a su vez, una doble consecuencia:

a) Sirve de base para trazar una línea divisoria entre apología y propaganda o, en general, exposición de ideas o doctrinas que el ordenamiento jurídico-penal considera reprobables. Un ejemplo nos puede mostrar claramente la confusión que nace al olvidar esta línea divisoria; ejemplo que es útil, además, para ver otro aspecto de la regulación de la apología en la legislación penal vigente: la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social considera como estado peligroso (art. 2-5<sup>o</sup>) “los que promuevan, favorezcan o faciliten la producción, tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o *hagan su apología...*” (19).

---

(19) Cabe observar aquí que la inclusión de este estado peligroso en la LPRS produce como efecto que las conductas de apología de los hechos indicados en el precepto cuando integran el tipo del art. 431 llevan una doble consecuencia: la pena prevista en el art. 566-4<sup>o</sup> y la medida de seguridad —siempre que se pruebe la “peligrosidad social”— correspondiente al art. 2-5<sup>o</sup> LPRS, es decir, las contenidas en el art. 6-4<sup>o</sup> de la misma Ley. Dado que estas medidas son susceptibles de cumplimiento simultáneo con la pena, la consecuencia última es que la apología de las conductas citadas tiene una repercusión más severa que, por ejemplo, la apología de un asesinato. Y esto resulta difícilmente justificable, aunque siempre puede alegarse que es posible acudir al criterio de habitualidad, como característica del estado peligroso para que actúe de criterio delimitador frente a la conducta sancionada en el art. 566-4<sup>o</sup>. Sobre este criterio, cfr. A. Jorge Barreiro, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, Civitas, 1976, p. 227. *Circular de la Fiscalía*

Pues bien, el problema se suscita a raíz de la interpretación de este art. 2-5<sup>o</sup> hecha por la Fiscalía del Tribunal Supremo (20). Según la Fiscalía, la apología de la “pornografía en general”, de la “verdadera pornografía”, integrará también el estado peligroso mencionado.

Ya en primer lugar, hay que afirmar, frente a la Fiscalía, que el elogio de la “pornografía en general”, no puede ser incluido en el supuesto de estado peligroso del art. 2-5<sup>o</sup>. La tesis de la Fiscalía supone realizar una interpretación extensiva de un texto legal cuyo tenor literal parece claramente limitado a ensalzar unos hechos concretos referentes siempre a algún tipo de material pornográfico. Si la interpretación extensiva en contra del reo es siempre rechazable, con más razón ha de ser rechazada en esta Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, tan criticable por tantos conceptos.

Pero el problema sigue abierto, porque ¿cuál es el régimen de este elogio de la “pornografía en general”? Hay que tener en cuenta que la argumentación de la Fiscalía parece tener como base (21) su extrañeza de que la “apología de la pornografía” no constituye delito, sino que “sólo tiene consideración de falta”; en otras palabras, la Fiscalía parte de una notoria confusión en torno al concepto de apología. Confusión que parece también encontrarse en Quintano cuando trata de deslindar el art. 433 —hoy 432— y el art. 566-4<sup>o</sup> (22).

---

del Tribunal Supremo, n<sup>o</sup> 1/1976, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, p. 404.

(20) *Circular*, ult. cit., p. 404.

(21) *Circular*, ult. cit., y *Circular* 21.6.1972, ap. III, 5, D).

(22) Cfr. Quintano Ripolles, *Comentarios*, cit., p. 1074. También en *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963, p. 226.

Ante esta confusión hay que precisar una vez más que la apología del art. 566-4<sup>o</sup> sólo es posible sobre acciones y el tipo del art. 432 consiste en exponer o proclamar doctrinas contrarias a la moral. Así pues, la exposición de doctrinas en elogio o defensa de la “pornografía en general” nunca será apología en sentido estricto. Pero es que, además, en el caso de que esta conducta pudiera ser constitutiva de falta, no lo sería de la falta de apología del art. 566-4<sup>o</sup>, sino que integraría la falta del art. 566-5<sup>o</sup>. Es decir, cuando el sujeto “ofenda levemente a la moral” con la exposición de estas doctrinas, será de aplicación, en todo caso, el art. 566-5<sup>o</sup>. Si la ofensa es con publicidad o escándalo será entonces aplicable el art. 432. Como indica Rodríguez Devesa (23), “la publicidad o el escándalo convierten en delito lo que en otro supuesto constituiría tan sólo la falta del art. 566-5<sup>o</sup>”.

b) Decir que la apología es elogio de un hecho ya cometido sirve también como criterio para establecer una distinción entre apología y las conductas de elogio de un delito aún no cometido.

De acuerdo con lo dicho, el elogio de un delito no ejecutado si no hay intención de instigar a su ejecución (es decir, si no se puede castigar como provocación) no es apología y, por lo tanto, si no está tipificado como tal, debe ser impune. La libertad de expresión así lo exige.

2.— El poner de manifiesto la proximidad entre apología e instigación a delinquir sirve de base para extraer la segunda consecuencia de la caracterización de la apología antes apuntada: el criterio para distinguir estas figuras.

---

(23) J.M. Rodríguez Devesa, *Derecho Penal español, Parte Especial*, 7<sup>a</sup> ed., Madrid, 1977, p. 173.

Precisamente, la opinión de la doctrina mayoritaria expuesta al principio refleja una tendencia que podría conducir a la confusión entre instigación y apología, al enfocar ésta hacia el delito futuro. Frente a esto conviene destacar que la apología es una conducta *en defensa* del hecho punible ejecutado. Es preciso, pues, repetir una vez más que la apología gravita sobre un hecho que pertenece ya al pasado y que la intención del autor es exclusivamente el elogio o defensa de este hecho.

Decir, como hace la doctrina mayoritaria, que en la apología hay una provocación indirecta a delinquir induce a confusión desde el momento que la provocación a delinquir no es —o no tiene por qué ser— directa (24). Claro está que puede alegarse que la conducta de apología puede suponer en sus receptores la creación de un estado de ánimo favorable a restar importancia al delito que ha sido cometido, lo que indirectamente podría llevar a crear un estado de conciencia favorable a su repetición, pero la creación de este estado de ánimo será, en todo caso, una consecuencia del elogio que está fuera de la intención del autor de la apología. En definitiva, no hay en esta figura esa finalidad de incitar a la perpetración del delito que es característica de la provocación; relacionar la apología con el delito futuro es desvirtuar su concepto y sancionarla por esa razón es adelantar demasiado las barreras penales para perseguir poco más que “quizá” y “podría ser”, que es, en pocas palabras, lo que aparece en las últimas líneas. Pero sobre este punto también habrá que volver más adelante.

---

(24) Sobre la provocación a delinquir, Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, I, cit., pp. 180 ss.

### III. PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1.980

El Proyecto de Código Penal modifica profundamente el régimen de la apología. La apología del delito pasa a la Parte General, integrándose juntamente con "los actos preparatorios de la infracción penal, así como la conspiración, proposición o provocación para delinquir", en el art. 22 que forma parte del Capítulo II, bajo la rúbrica "Del grado de ejecución".

Lo primero que cabe observar es que el Proyecto traza una separación entre actos preparatorios y conspiración, proposición y provocación para delinquir, de una parte, y entre estos y la apología del delito, de otra. Parece inevitable recordar ante esta circunstancia que Jiménez de Asúa (25) distinguía entre actos preparatorios, formas de resolución manifestada y, por último, la apología como "forma concomitante" a las formas de resolución manifestada. Pero cabe recordar también que la doctrina hoy absolutamente mayoritaria (26) califica a la conspiración, proposición y provocación para delinquir también como actos preparatorios; puede pensarse así que la separación que establece el Proyecto no hace más que recoger la distinción que insinuó Quintano (27) entre actos preparatorios en su sentido más estricto y actos preparatorios que están en realidad muy próximos a

---

(25) Cfr. L. Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, Caracas, Ed. Andrés Bello, 1945, p. 586.

(26) Vid. por todos, G. Rodríguez Mourullo, *La punición de los actos preparatorios*, en *Anuario de Derecho Penal*, 1968, p. 278. Para la opinión contraria, J.M. Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español, Parte General*, 7ª ed., Madrid, 1979, pp. 723 ss. (que excluye además la provocación).

(27) Quintano Ripollés, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., puesta al día por E. Gimbernat, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1966, p. 56.

la participación. Si esto es así, habrá que preguntarse qué papel desempeña la apología del delito en este esquema.

En segundo lugar, el Proyecto aporta un concepto de apología. En efecto, el art. 23 reproduce las definiciones hoy vigentes de conspiración, proposición y provocación para delinquir (28) y, en el último párrafo establece que la apología “existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas tendentes a considerar como encomiables hechos que son constitutivos de delito, a preconizar su ejecución o a enaltecer a sus autores”.

Nota esencial de la nueva regulación de esta figura es que al ir unida a la conspiración, proposición y provocación para delinquir, se somete también al régimen que el Proyecto establece para estos actos preparatorios. Y en esta materia el Proyecto vuelve —en ese movimiento pendular tan característico de nuestra legislación penal— al régimen de los Códigos Penales liberales: el art. 22 dispone que todas estas conductas “sólo se castigarán en los casos especialmente penados por la ley”. Como consecuencia, la apología del delito deja de ser punible con carácter general y pasa a castigarse como delito solamente en relación con algunos delitos concretos. En el Proyecto, la apología está tipificada como delito en tres preceptos:

1. Dentro del Título XIII (*Delitos contra la Constitución*), el Capítulo III contiene una *Disposición común* que consta de un sólo artículo, el 632. Se castiga en él la apología pública de los delitos contra el Rey,

---

(28) Se trata de una reproducción literal con una sola variante que, con toda seguridad, es una errata: en materia de provocación, donde el Código decía “... el que ha resuelto”, el Proyecto dice “... el que ha suscrito”.

el sucesor, etc. (arts. 569-593), de los delitos de rebelión y sedición (arts. 523-533) y de los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos (arts. 554-568). En otras palabras, la disposición común al Título XIII afecta solamente a un Capítulo de este Título pero, por el contrario, alcanza a dos Capítulos y a una Sección del Título XII.

2. En el Título XIV (*Delitos contra la seguridad exterior del Estado*), Capítulo I (*Delitos de traición*), el art. 637 castiga la apología pública de cualquiera de los delitos previstos en los cuatro artículos anteriores.

3. En el Capítulo IV (*Disposiciones comunes*) del mismo Título XIV, el art. 654 castiga la apología pública “de los delitos previstos en el Capítulo precedente” (*Delitos contra la comunidad internacional*).

La regulación de la apología en el Proyecto comprende, además, una disposición más que discutible, el art. 12-10<sup>o</sup>, que introduce dentro de los supuestos de aplicación del denominado principio real “la apología pública de los delitos señalados en los arts. 630 y 635” (29).

Aunque queda fuera del alcance de este trabajo el estudio de la regulación de los tipos concretos de apología, no se puede dejar de llamar la atención sobre la pena que estos preceptos establecen para la apología del delito: en dos preceptos tiene la misma pena que la provocación a delinquir e incluso que la proposición (arts. 637 y 654) y en uno (art. 654) aparece igualada a la conspiración, lo que resulta, a todas luces, injusto. Pero más grave todavía es que, en algún

---

(29) Otra errata: como es obvio, se refiere a los arts. 632 y 637. Y una errata más: el art. 628 habla del funcionario que ejecutare “alguno de los actos penados en los artículos 654 y 655, el hecho se reputará delito”; la remisión a estos artículos es evidentemente una errata.

caso, la pena de la apología del delito puede ser superior a la de estas otras conductas: compárese el art. 632 con el 568 poniéndolos en relación, para citar sólo un ejemplo, con el art. 567.

La conducta de apología está caracterizada por la nota de publicidad. La publicidad está también presente en la regulación de la apología en el vigente Código Penal; la diferencia que existe en este punto entre el Código y el Proyecto es que en este último la publicidad no tiene restricción alguna. Hay que tener en cuenta que en el art. 566-4º del Código Penal —no en el art. 268— el elogio del delito realizado oralmente, por ejemplo, ante una amplia concurrencia de personas, sin utilizar especiales medios de difusión era impune. El Proyecto suprime esta limitación. Al incorporar esta exigencia de publicidad al concepto recogido en el art. 23 resultan superfluas las precisiones efectuadas en los tipos mencionados: la apología, por definición legal, ha de ser pública. Naturalmente, esto lleva también como consecuencia que no será aplicable la agravante de publicidad.

La conducta de apología consiste en “exponer ideas o doctrinas tendentes a” alabar o ensalzar un hecho delictivo o a sus autores. Solamente una observación sobre este punto: la imprecisión del texto. La apología no consiste ya en la alabanza de un hecho, sino que se describe como la exposición de “ideas tendentes a” alabar un hecho delictivo o a su autor. Si el castigo de la apología supone ya un notable adelanto de las barreras penales, es evidente el peligro que supone aceptar un texto de estas características. De juzgar si una persona elogia un hecho a juzgar si las ideas que expone tienden o no a elogiar ese hecho o a elogiar a su autor va una diferencia bastante considerable que supone introducir al juez en un difícil terreno.

La conducta integrante de la apología puede consistir en tres modalidades:

- considerar como encomiables hechos que son constitutivos de delito
- preconizar su ejecución
- enaltecer a sus autores.

La primera modalidad parece ser, en principio, paralela a la descrita en el art. 268: se trata de castigar el elogio de acciones u omisiones que integran un tipo de delito; es decir, consiste en el elogio de una conducta ejecutada o no. Pero aquí nos encontramos con la segunda modalidad de apología: “preconizar su ejecución”. Preconizar significa —dice el Diccionario de la Real Academia— “encomiar, tributar elogios públicamente a una persona o cosa”. Nos encontramos, por lo tanto, con que esta segunda modalidad de apología consiste en alabar la ejecución de un hecho delictivo; consiste pues, parcialmente en lo mismo que la primera. Es cierto que “preconizar” suele utilizarse como sinónimo de “auspiciar” o “patrocinar” y entenderlo así sería la única manera de que esta modalidad de apología pudiera tener aplicación práctica, pero no es menos cierto que este uso figurado del término “preconizar” llevaría a hacer mucho más borrosos los límites entre apología y provocación para delinquir. En cualquier caso, pues, la introducción de este tipo de apología no parece afortunada.

La tercera modalidad de apología descrita en el Proyecto responde a la idea que se ha ido abriendo paso a través de la legislación especial y que se incorporó a los Códigos Penales: sancionar el elogio al delincuente. Hay que observar aquí cómo nuestros Códigos Penales han ido sustituyendo el término empleado para expresar esta idea: el Código Penal de 1928 utilizaba la palabra “responsables”, el Código Penal

vigente habla de los “culpables” y el Proyecto castiga el elogio de los “autores” del hecho constitutivo de delito. Para averiguar si esta última modificación tiene algún significado especial habrá que volver a la primera modalidad de apología y, en concreto, al término “delito”.

En efecto, ya se dijo que la apología ha de versar sobre “hechos que son constitutivos de delito”. El problema que se plantea es, pues, el de determinar cuál es el ámbito mínimo del concepto de apología en el Proyecto de Código Penal; es decir, se trata del problema, aplazado desde páginas atrás, de precisar el exacto significado de esta expresión y, en particular, el significado del término “delito”. De la solución que se adopte dependerá que se considere o no punible el elogio de una acción típica y antijurídica, pero que no es delito en el sentido técnico-dogmático de la expresión.

Mir Puig ha puesto de relieve, con relación al Código Penal vigente, que el sentido *normal* del término “delito” es el de tipo legal abstracto —tipo (total) de injusto— no el de delito “completo”, como equivalente al concreto presupuesto de la pena —sentido dogmático— (30). Ello supone que la expresión “hechos constitutivos de delito” habría que entenderla solamente como hechos típicos y antijurídicos, que no presuponen la culpabilidad.

Una interpretación que pretenda restringir en lo posible el alcance del concepto de apología podría consistir, por el contrario, en entender el término “delito” utilizado en esta expresión en su sentido completo, como concreto presupuesto de la pena.

---

(30) S. Mir Puig, *Los términos “delito” y “falta” en el Código Penal*, en *Anuario de Derecho Penal*, 1973, pp. 319 ss.

Se conseguiría así reducir alcance de esta modalidad de apología y, como segunda consecuencia, se conseguiría también delimitar el significado del término “autores”, ya que permitiría entenderlo no como sujeto activo de un hecho típico y antijurídico, sino en su sentido más estricto de persona criminalmente responsable de un *delito*. Con ello la regulación del Proyecto podría aproximarse a lo que Quintano —sin base legal— proponía para interpretar el art. 268 del Código Penal vigente y que, desde luego, parece lo más razonable que se puede ofrecer, una vez que el legislador ha decidido castigar estas conductas: “el tipo debe circunscribirse a la apología de actos delictivos comprendidos en el Título y que, además, hayan tenido realidad, habiendo sido objeto de un pronunciamiento condenatorio... Implícitamente creo que hasta deberán tenerse en cuenta cómputos de prescripción, porque, de otro modo, pudieran ser inculminadas apologías de actos subversivos o terroristas cuyo juicio queda a la libérrima valoración de la Historia; nada más inaudito, por ejemplo, que pretender sea delito defender el asesinato de Prim o la memoria de Ferrer, pongo por caso, por no acudir a otros supuestos todavía más remotos” (31).

La interpretación restrictiva mencionada viene sugerida por el cambio de redacción que ha tenido lugar entre el art. 566-4<sup>o</sup> del Código Penal vigente y el art. 23 del Proyecto. Mientras el Código habla de “acciones calificadas por la Ley de delito”, el Proyecto castiga la apología de “hechos que son constitutivos de delito”. Creo que es inevitable pensar por un momento que entre ambas expresiones existe una diferencia de matiz: las “acciones *calificadas* por la Ley de delito”, o expresiones similares (como “acciones *previs-*

---

(31) Quintano Ripollés, *Tratado*, IV, cit., p. 79.

tas como delito”) tienen un inequívoco sentido de hechos que el Código considera simplemente como integrantes de un tipo de injusto; por el contrario, la expresión “hechos que son *constitutivos* de delito” parece tener en el fondo el sentido o la idea de que los hechos han de reunir todos los elementos necesarios para integrar el concreto presupuesto de una pena. En otras palabras, que en el primer caso el término “delito” se ajustaría perfectamente al sentido normal de tipo legal abstracto, mientras que en el segundo podría verse una excepción a este uso normal, es decir, que el término delito tendría el sentido de delito “completo”.

Esta interpretación, sin embargo, encuentra obstáculos en el Código Penal. Para citar solamente un ejemplo, basta con hacer referencia al art. 8-4<sup>o</sup>: “... se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos (a los bienes) que constituya delito. Luzón ha indicado como, “pese a que ello fuera deseable”, la agresión a los bienes no exige el elemento culpabilidad, lo que “es tanto más evidente desde el momento que los números 1<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup> del mismo art. 8 reconocen que en situaciones de enajenación, trastorno mental transitorio y sordomudez de nacimiento o desde la infancia y sin ninguna instrucción, es decir, en casos de no culpabilidad, se puede cometer un *delito*” (32). Dicho de otra forma: el término “delito” en esta expresión no puede entenderse como delito “completo”, sino solamente como tipo legal abstracto.

El Proyecto podría en principio hacer surgir de nuevo la duda, puesto que de su articulado ha desaparecido esta referencia a la agresión ilegítima a los bienes y mantiene la expresión “hechos previstos por la

---

(32) D.M. Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch, 1978, p. 464.

Ley como delito” para los hechos ejecutados por inimputables (art. 26-3º : menor de edad; art. 143: alcohólicos y toxicómanos declarados exentos de responsabilidad de acuerdo con el art. 26-2º etc.), con lo que indudablemente esta expresión sigue teniendo un sentido inequívoco de tipo legal abstracto. Sin embargo, en lo que hace referencia a “hechos constitutivos de delito”, aunque haya desaparecido el obstáculo del vigente art. 8-4º siguen existiendo por lo menos los mismos que ya existían en el Código Penal vigente.

Por ejemplo, el art. 269 del Proyecto, paralelo al art. 546 bis c) del Código Penal vigente —encubrimiento con ánimo de lucro y receptación— habla de “hechos constitutivos de falta”, pero, como ha puesto de relieve Rodríguez Mourullo (33), la circunstancia de que el art. 270 del Proyecto —que se corresponde con el art. 546 bis f) del Código Penal— disponga que el precepto anterior se aplicará aunque el autor del hecho encubierto “fuera irresponsable o estuviere exento de pena”, lleva a la conclusión de que un inimputable o una persona amparada por una excusa absoluta pueden ser autores de un hecho *constitutivo* de falta, o, lo que es lo mismo, que falta ha de entenderse en este precepto en su sentido normal de tipo legal abstracto, que no presupone en absoluto ni la culpabilidad ni la punibilidad. Idéntica conclusión cabe obtener de los arts. 515 y 516 del Proyecto, en los que se tipifica como delito el favorecimiento personal y real y en los que se castiga a quienes intervienen con posterioridad a la comisión de una infracción penal ayudando a los presuntos responsables de un delito “cuando el hecho favorecido sea constitutivo de delito grave” (art. 515), precisando el art. 16 que las pe-

---

(33) Cfr. Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, I, cit., p. 902. En el mismo sentido, Mir Puig, *Los términos “delito” y “falta”*, cit., p. 323.

nas se impondrán “aunque los ejecutores del delito o falta fueren irresponsables o estuvieren exentos de pena”. Más claro, si cabe, resulta por ejemplo del delito de amenazas (arts. 189 y 190 del Proyecto), en el que parece obvio que la distinción entre que el mal constituya o no delito depende simplemente de que integre o no un tipo de injusto.

Así pues, los intentos de establecer un matiz diferenciador entre las dos expresiones mencionadas no conducen a un resultado positivo. Con ello queda cerrada esta vía de una posible interpretación restrictiva de esta modalidad de apología y habrá que concluir que basta con que se elogien hechos que integran un tipo de injusto para que se considere cometido el elogio punible. Esto, a su vez, trae otra consecuencia, como ya se indicó más arriba: si el término “delito” pudiese considerarse aquí como equivalente a delito “completo”, el elogio a *sus* autores podría también interpretarse de forma restrictiva: puesto que se exige un delito “completo”, autores serían, según el significado técnico del término, solamente las personas criminalmente responsables de ese delito. Sin embargo, la interpretación de la expresión citada como hechos que integran un tipo de injusto, lleva a la conclusión contraria: al no existir todas las características esenciales del delito, “autores” equivale solamente a sujetos activos del hecho, sentido en el que el mismo Proyecto utiliza la palabra en algunas ocasiones, como, por ejemplo, en el art. 270 ya citado, que habla de un autor irresponsable o exento de pena. El cambio, pues, de “culpables” por “autores” no tiene un especial significado técnico.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

El Proyecto de 1980 no ha considerado oportuno que la apología del delito quedase fuera del Código Penal. Como esta conducta sigue siendo punible, es necesario comparar su regulación con la del Código Penal vigente. Y las diferencias entre uno y otro son fundamentalmente de ámbito de aplicación y de sistemática, pero no de contenido.

Por supuesto, es positivo que el Proyecto reduzca el ámbito de aplicación de la apología a algunos delitos concretos y no la considere punible con carácter general; ahora bien, en el Proyecto la apología tiene siempre carácter de delito, nunca de falta.

Más discutible es la regulación de la apología desde el punto de vista sistemático. En primer lugar, es discutible que figure, juntamente con los actos preparatorios, en un Capítulo que lleva la rúbrica "Del grado de ejecución". Parece claro que el Proyecto no incurre en el error tantas veces criticado del Código Penal de 1928, que calificaba expresamente a los actos preparatorios como grados de ejecución, pero aún así esta fórmula recuerda demasiado a aquella como para no sugerir su revisión.

En otro orden de cosas, resulta discutible también la incorporación de la apología a la Parte General y, en concreto, su vinculación a los actos preparatorios. Si la apología ha sido situada donde está, ha de ser indudablemente por su proximidad a la provocación para delinquir: se podrá hablar de apología como "acto preparatorio" en cuanto suponga un cierto peligro de la futura ejecución del hecho elogiado; pueden considerarse así el "preconizar su ejecución" y el considerar como encomiable un hecho aún no ejecutado; resulta, desde luego, bastante forzado equiparar a estas

dos modalidades el elogio de un hecho ya ejecutado o el de sus autores, que son conductas posteriores al delito. Pero, además, si las dos primeras modalidades están reguladas como distintas a la provocación será porque en ellas no hay una intención de incitar a la ejecución de un hecho delictivo; si el elogio se hace con ese ánimo va a resultar muy difícil distinguirlas de la provocación a delinquir. La inexistencia de ese ánimo podrá admitirse en la primera de las dos modalidades (considerar como encomiable un hecho aún no ejecutado), pero parece imposible aceptarla en la segunda (preconizar su ejecución). Por ello podría ser conveniente suprimir esta segunda modalidad porque ya se tipifica la provocación y, en lo que se refiere a la primera, si no hay intención de incitar a la ejecución parece peligroso castigar lo que no es más que una mera opinión, sin base en un delito concreto ya cometido.

En definitiva, resulta más satisfactorio limitar el castigo de la apología —si es que se decide castigarla— al elogio de hechos ya ejecutados o de sus autores, ya que en estos casos hay por lo menos una base concreta, un delito cometido; es decir, interpretar restrictivamente el concepto del art. 23 y entender el término *hechos* exclusivamente como acciones u omisiones ya ejecutadas, para lo que, por otra parte, tampoco parece haber grandes obstáculos.

Claro está que la consecuencia inmediata sería la necesaria desaparición de la apología de este lugar tan próximo a los actos preparatorios. Pero creo que no se perdería mucho: no se ve muy claramente qué ventajas aporta en este punto el Proyecto, ya que la reducción del ámbito de la apología en la Parte Especial no estaba necesitada de la declaración de principios del art. 22.

En resumen: ya que se ha decidido castigar la apología, es de lamentar que el Proyecto no se haya acercado en absoluto a los muy razonables deseos de Quintano.