

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia**

**Sistema democrático y concepciones del bien jurídico:
el problema de la apología del terrorismo**

I. DERECHO, MORAL Y BIEN JURÍDICO

1. Introducción: bien jurídico y moralidad

El concepto de bien jurídico es uno de los más problemáticos de la dogmática penal, pues todo en él se discute: desde su condición intra o extra normativa hasta su virtualidad hermenéutica y, sobre todo, su capacidad de servir de límite a los posibles excesos del legislador. Sin embargo, hay una especie de resurgimiento de la idea del bien jurídico como delimitador de la diferencia entre derecho y moral, específicamente en el ámbito de los delitos sexuales¹. Frente a esa postura que pudiéramos denominar liberal se arguye, no obstante, que todo lo que ha de protegerse necesariamente es la paz social, sin que importe que la inquietud producida por el comportamiento sancionado se halle fundada objetivamente o se base sólo en una falta de ilustración de la sociedad de que se trate².

1 Vid. al respecto, Jäger, H., *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sitlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957, págs. 29 y ss.

2 Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1995, pág. 55: “una sociedad no ilustrada y un Derecho penal ilustrado”, dice este autor, “no son compatibles”.

En consecuencia, se afirma que *“la configuración del orden que ha de proteger el Derecho penal no viene definida por todos los bienes y no siempre sólo por bienes. La suma de todos los bienes jurídicos no forma <<el orden social>>, sino que constituye sólo un sector de éste, que además, sólo se puede caracterizar si es que se conocen los límites del orden social. Sólo el interés público en la conservación de un bien lo convierte en bien jurídico, y el interés público no siempre se refiere sólo a la conservación de bienes”*³. El filtro por el que necesariamente han de pasar todas las normas penales es, desde esta perspectiva, el de la dañosidad social, sin que pueda formularse tampoco un concepto objetivo de lo que es socialmente dañoso⁴, con lo cual su determinación queda librada a las diferentes concepciones de lo bueno, esto es, en definitiva, a la moralidad.

Pues bien, frente a esta última posición, me propongo defender la idea de que es no sólo posible sino indispensable para todo sistema democrático la separación entre Derecho y moral y que esa separación ha de regir, no sólo en el ámbito de los comportamientos sexuales, sino también, y muy especialmente, en el de los comportamientos políticos: de no aceptarse así, quedarían, en mi opinión, anuladas o indebidamente restringidas, las libertades más básicas, como la de ideología o expresión y, finalmente, ilícitamente constreñido el derecho al libre desarrollo de la personalidad que constituye el núcleo sin el cual no cabe, en puridad, hablar de sistema democrático.

Antes de seguir adelante, debo precisar, sin embargo, que el término “moral” se utiliza en la formulación de mi tesis en un sentido más restringido que el que a veces sugiere la palabra en el uso ordinario –aún académico– del lenguaje. El significado que atribuyo a la expresión “moral” viene dado por el que adquiere cuando se habla de una oposición “legalidad-moralidad”, significado que podría determinarse negativamente trayendo de la moralidad, tal y como a menudo se la entiende comúnmente, toda

3 Jakobs, G., *Der. Pen.*, cit., pág. 56.

4 Jakobs, G., *Der. Pen.*, cit., pág. 58.

referencia al Derecho, positivo o metapositivo. Con otras palabras, en el sentido amplio del término, la moral incluiría tanto las condiciones de una convivencia externa racionalmente ordenada cuanto las que definen el ideal de la vida buena, mientras que en el restringido que aquí propongo, la moral se referiría sólo a estas últimas. Por eso, en otro lugar, he hablado de moral-justicia, para referirme al Derecho metapositivo y de moral-virtud para referirme a la realización del ideal de la vida buena, esto es, al camino de perfección individual o social⁵.

Si sostengo que la moral, entendida en esta última forma, no puede, *legítimamente*, limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad ni, en consecuencia, la libertad de expresión, que forma parte del “núcleo más duro” de aquel derecho es, obviamente, porque me refiero a un orden jurídico inspirado en un cierto tipo de legitimidad, en la legitimidad democrática. Entiendo que esa legitimidad es incompatible con la idea de que el desarrollo de la personalidad pueda resultar constreñido por opciones morales que no sean las propias; y, si estoy en lo cierto, las Constituciones que apelan al principio democrático y permiten luego que el libre desarrollo de la personalidad, en general, o la libertad de expresión, en particular, resulten limitados por cualesquiera opciones morales mayoritarias, incurren en una *contradicción práctica*⁶, o sea, en un engaño, en una trampa cuya gravedad es directamente proporcional a la restricción de la libertad resultante.

2. La situación constitucional española

Pese a lo dicho, el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con

5 *Fundamentos del Sistema penal*, Valencia, 1995, págs. 361 y ss.

6 Vid. al respecto cuanto se dice en *Fundamentos del Sistema penal*, cit., págs. 402 y ss.

el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de *satisfacer las justas exigencias de la moral*, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática”. Y en parecidos términos se expresan los artículos 18.3, 19.3 b), 21 y 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 9.2, 10.2 y 11.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. A tales preceptos se remite la STC 62/1982, de 15 de octubre (caso del libro “A ver”), que se pronuncia sobre el problema que nos ocupa en los términos que siguen:

“Para resolver la primera cuestión enunciada –la moral como posible límite de la libertad de expresión–, hay que partir del art. 20.4 de la Constitución que dice así: <<Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos contenidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia>>.

De acuerdo con el precepto transcrito, en conexión con el 53.1 de la Constitución, la Ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el art. 20. Queda así planteada la cuestión de determinar si la moralidad pública puede ser un límite establecido por el legislador, o si tal límite afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión. Problema que puede resolverse fácilmente a partir del art. 10.2 de la Constitución, dado que tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (art. 29.2 de la Declaración), para la protección de la moral pública [art. 19.3 b) Convenio de Nueva York], para la protección de la moral (art. 10 Convenio de Roma). El principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución), nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser

utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el art. 21 de la Constitución.

En relación con este punto el recurrente plantea la cuestión de que el Código Penal refleja un concepto de moral que es la propia de la religión católica, y afirma que la jurisprudencia que interpreta su art. 431 se refiere a esta particular moral con rechazo de toda concepción pluralista. Estamos, añade el actor, en una sociedad aconfesional y pluralista (arts. 16.3 y 1.1 de la Constitución) y por ello puede alegarse como vulnerado el art. 27.3 de la Constitución, en virtud del cual el libro “A ver” se publica para aquellos padres que deseen que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Sin perjuicio de ulteriores precisiones, debe recordarse que, como ha declarado ya este Tribunal en reiteradas ocasiones, las normas preconstitucionales han de interpretarse de conformidad con la Constitución, por lo que cualquiera que fuera el concepto de moral que tomara en consideración el legislador anterior, es lo cierto que con posterioridad hay que partir de los principios, valores y derechos consagrados en la misma. Pero dicho lo anterior, es lo cierto, según hemos visto, que de acuerdo con la Constitución, y con la Declaración Universal, acuerdos y tratados ratificados por España, el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, como así lo ha hecho el legislador postconstitucional al regular en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, la libertad religiosa (art. 3.1), y señalar como límite de su ejercicio <<la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática>>” [FJ 3 A)].

El fundamento de esa toma de posición del Tribunal Constitucional se halla, según se manifiesta expresamente, en el art. 10.2 de la Constitución española a cuyo tenor “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la

Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Sin embargo, ese fundamento es discutible, pues el precepto se refiere a las normas relativas a los derechos fundamentales y no a las que configuran sus límites externos (*Schranken*). En efecto, según reiteradas declaraciones del T.C., los derechos declarados en los tratados internacionales constituyen un mínimo a respetar en la interpretación y aplicación de la Constitución; pero, en absoluto impiden que tales derechos se configuren en la misma con una amplitud mayor o con mayores garantías⁷.

Por otra parte, la doctrina que, en la ocasión citada, mantuvo el Tribunal Constitucional sería hoy difícilmente sostenible. En efecto, descartado que la Constitución contenga un modelo de “democracia militante” que imponga “no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”⁸, sería indefendible admitir una “moralidad militante” que impusiese obligatoriamente sus propios contenidos a quienes piensan de otro modo.

Cuestión distinta es la relativa a la “protección de la juventud y de la infancia” como límite explícito que la Constitución española de 1978 impone a la libertad de expresión. Ciertamente, esa idea de protección de la juventud y de la infancia, en cuanto limitativa de la libertad de expresión, comporta una indudable referencia a pautas de vida buena y, en definitiva, a la moralidad. Por eso es preciso antes de intentar dotarla de contenido, llevar a cabo un breve excursus acerca del significado genérico de las remisiones del derecho a la moral, para desentrañar después el sentido específico.

7 V.g., en la STC 49/1999, de 5 de abril, las garantías constitucionales de legalidad formal e intervención judicial se sobreañaden a las previstas en el Convenio Europeo. Y no puede ser de otro modo, pues los preceptos pertinentes de la Declaración Universal y de los Pactos de Roma y Nueva York “no obligan a los diversos ordenamientos estatales a imponer restricciones a la libertad de expresión en razón de la tutela de la moral pública, sino que se limitan a permitir las”. Vid. Vives Antón, T.S. *Los delitos de escándalo público, en La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pág. 312.

8 STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 6.

3. Sobre las remisiones del derecho a la moral: significado y validez

Acerca del significado genérico de las remisiones que el derecho, explícita o implícitamente, hace a la moral, las opiniones y, sobre todo, las prácticas, son menos unánimes de lo que a primera vista pudiera parecer.

Al efecto de delimitarlo, podemos distinguir entre la moral autónoma y cualquier conjunto de pautas de conducta moral que emane de una instancia distinta de la voluntad subjetiva, ya se trata de una determinada fe religiosa, o de una ideología secular o, simplemente, de la moral pública. Las llamadas “buenas costumbres”, a las que el derecho remite en ocasiones, plantean una problemática singular, porque a veces, no contienen sino reglas puramente jurídicas, y la llamada de la ley no hace sino incorporarlas al ordenamiento; otras, en cambio, representan auténticas normas morales que son objeto de un espúreo proceso de juridificación.

En cuanto a la moral autónoma, por más que no pueda decirse que sea absolutamente indiferente al derecho, parece claro que éste no puede erigir en obligatorio lo que cada ciudadano entienda por tal en su corazón. Las remisiones a la moral habrán de ser, pues, entendidas por referencia a cualquier clase de Códigos morales objetivos.

Esto sentado, parece existir un amplio acuerdo en la doctrina en orden a entender que cuando existe una remisión normativa del derecho a la moral, debe entenderse hecha a la *moral pública*, es decir, al conjunto de pautas morales *aceptadas y observadas* mayoritariamente en la comunidad, pues entender hecha la remisión a un determinado credo religioso o filosófico sería discriminatorio y atentaría contra una serie de libertades básicas en un sistema democrático.

Afirma Henkel que “la moral social tiene una orientación en gran medida igual a la del derecho”, pues en ella “se abren paso

intereses y necesidades colectivas que tienden al aseguramiento de una convivencia tolerable y conciliadora en la sociedad". De otra parte, entiende este autor que, a los ojos de la moral pública "el centro de gravedad del enjuiciamiento no reside en la motivación, sino en el comportamiento externo. La motivación inmoral como tal no llega al *forum* de la sociedad, es más la actuación inmoral sólo es tenida en cuenta cuando trasciende públicamente"⁹.

Cabe preguntarse, desde luego, cuál es el fundamento que pueda justificar la obligatoriedad de esas normas morales para el individuo si es que se le reconoce, y así lo hace el procedimiento democrático, como libre y capaz de regirse por sí mismo.

Pero antes de intentar responder a esa pregunta hay que precisar que la presentación que hace Henkel del papel y características de la moral pública —que, por otra parte, es casi un arquetipo en la doctrina— constituye más bien una apología encubierta que una descripción de los hechos¹⁰.

Desde una perspectiva más realista, entiende Lord P. Devlin que lo que respalda las opiniones morales de la sociedad es "la fuerza del sentido común y no el poder de la razón". El hombre de sentido común ("el hombre del autobús del Clapham") reprueba determinados comportamientos, porque, desde su perspectiva moral, le irritan y repelen. "Ninguna sociedad", apostilla Lord Devlin, es capaz de prescindir de la intransigencia, la indignación y la repugnancia; son éstas las fuerzas que respaldan la ley moral". Por ello, no cree que pueda hablarse sensatamente de moralidad pública y privada, pues existe un interés del público en la moralidad, de modo que no toda inmoralidad privada puede excluirse, sin más, del ámbito de la ley¹¹.

9 Henkel, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1968, págs. 234 y ss.

10 La presentación de Henkel olvida los numerosos conflictos entre la moral pública y el Derecho y el papel crítico que a éste corresponde frente a aquélla.

11 Devlin, Lord Patrick, *La moral y el Derecho Penal*, en *La Filosofía del Derecho*, R.M. Dworkin, ed. Méjico, 1980, págs. 150-152.

En esa misma línea puede resultar de interés lo acaecido con la aplicación de la Ley Fundamental de Bonn que, como es sabido, dispone en su art. 2.1 que “todos tienen derecho al *libre desarrollo de su personalidad*, en tanto no lesionen los derechos de otro *ni infrinjan el orden constitucional o la ley moral*”.

Señala Dürrig que la expresión “ley moral” (*sittengesetz*) constituye un desarrollo de antiguos y más limitados conceptos, como los de “buenas costumbres” (*gute Sitten*), “lealtad y buena fe” (*Treu und Glauben*) y, a su juicio, expresa el “*pathos*” con que la Ley Fundamental vuelve a cimentar el ordenamiento sobre la ética¹².

Sin embargo, la Ley Moral, que el precepto consagra como límite del derecho al libre desarrollo de la personalidad, no es, según la opinión dominante, ni una moral universal (mundial)¹³, ni la vigente en el ámbito cultural de Occidente, sino la que rige en la República Federal Alemana, que, aunque no se identifica con la totalidad de la moral cristiana, se reconoce abiertamente como modelada por ella.

Desde tales premisas, en la Sentencia de 10 de mayo de 1957¹⁴, la Sala Primera del Tribunal de Karlsruhe declaró que el castigo de la homosexualidad entre adultos ni era discriminatorio, porque la diferenciación biológica justificaba la jurídica, ni vulneraba el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al ser la Ley Moral un límite legítimo de este derecho.

No obstante, afirmaba Rudolphi en 1970, “esta concepción no puede ser asentada. Pues si se quiere reconocer realmente al Estado el derecho de sancionar todo comportamiento que aparezca de acuerdo con un juicio generalmente reconocido como inmoral, habría a la vez que admitir de improviso que el Estado es una <<institución moral>>. El Estado tendría, entonces, el derecho de coaccionar, sin más, mediante la pena a las minorías que no com-

12 En Maunz-Dürrig: *Grundgesetz Kommentar*, München, 1975, Art. 2, I, n.º 16.

13 O sea, que en modo alguno se corresponde con “la” ética.

14 Bverf.G, 6, núm. 26.

parten las concepciones morales generales, para que adecuen sus acciones a patrones valorativos que ellos no han elegido, a pesar de que tales acciones no sean en absoluto socialmente dañosas. No es necesario destacar más el peligro que pueden ocasionar la tutela moral de los ciudadanos por el Estado y la intolerancia general. Toda concepción según la cual se interprete la limitación por la ley moral de la garantía constitucional al libre desarrollo de la personalidad otorgando al legislador el poder de combatir mediante la amenaza penal meras inmoralidades, será contraria a los principios materiales del Estado de derecho. Esta contradicción sólo puede ser resuelta a favor de los principios materiales del Estado de derecho, si es que no se quiere abrir una puerta, en contra de lo que expresa la tendencia básica de nuestra Constitución, a una amplia tutela moral de los ciudadanos por parte del Estado, y de esa manera, abrir la posibilidad de la coacción estatal dirigida a un amplio conformismo en el ámbito de la moral. Con otras palabras: la ley moral como límite del derecho a la libertad de los ciudadanos debe interpretarse de tal manera que abarque solamente aquellas normas morales elementales, cuyo mantenimiento no depende de la sola voluntad del legislador, sino de la necesidad de evitar efectos socialmente dañosos”¹⁵.

Se ha dicho, en mi opinión acertadamente, que es fatalmente fácil confundir el principio democrático de que el poder debe estar en manos de la mayoría con la pretensión, completamente diversa, de que la mayoría en el poder no tiene que respetar ningún límite. Sólo cabría añadir a esas palabras que tal confusión se da siempre que el derecho intenta respaldar con sus sanciones cualquier forma, aún la más elevada, de moralidad, y que esa confusión no sólo es fatalmente fácil, sino también fácilmente fatal para la convivencia democrática, como se verá más adelante.

15 Rudolphi, H.J., *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, núm. 5, 1975, pág. 340. Fueron concepciones de esta índole las que llevaron a Jäger, ya en el mismo año de la Sentencia de referencia, 1957, a revalidar la idea de bien jurídico como límite frente al castigo de la sola inmoralidad.

Y eso no quiere decir que, dada la situación social vigente, el legislador, para evitar los desórdenes que “la intransigencia, la indignación y la repugnancia” pudieran producir, no pueda someter a ciertas medidas de policía los comportamientos que entren en conflicto con la moralidad vigente; pero, entiéndase bien, sólo podrá establecerlos para evitar, efectivamente, desórdenes públicos, no meras alteraciones de la sensibilidad; habrá de lograr la eficacia de tales medidas a través de sanciones proporcionadas que sólo en muy raros casos podrán llegar a ser penas graves; y, finalmente, como la mayoría que se indigna no tiene derecho a exigir que se reprima el comportamiento que reprueba, un legislador democrático habría de poner en marcha medidas pedagógicas, que fuesen inclinando a la población hacia actitudes de tolerancia y respeto por los que profesan otra concepción del mundo.

Esa reflexión genérica enmarca también cuanto cabe decir acerca de la protección de la juventud y de la infancia. Los “excesos” de la libertad de expresión en relación con ella, sólo podrán reprimirse en la medida en que, dadas las pautas vigentes acerca de lo que la vida buena significa, el material informativo que se pone en manos de los niños pueda suponer una perturbación en su proceso de adaptación a la sociedad y, por lo tanto, un mal. En consecuencia, no cabe inferir de la referencia constitucional a la protección de la juventud y de la infancia ninguna atribución directa del papel de límite de las libertades a la moralidad: su incidencia en tal limitación sólo puede tener lugar a través de su repercusión en el orden público o en el proceso de formación y desarrollo de los jóvenes, esto es, a través de la lesión o puesta en peligro efectiva de bienes jurídicos.

4. El bien jurídico como límite al castigo de la inmoralidad.

A) Presupuestos

Decía al principio que iba a distanciarme de la posición defendida por Jakobs, para lo que quisiera partir de una exposición

del propio autor más expresiva que lo transcrito hasta ahora. Dice así en su Derecho Penal:

“Pero al menos ha de pretenderse la protección de la paz jurídica. Los contenidos del comportamiento de otras personas no pueden regularse jurídico-penalmente por esos mismos contenidos. Un comportamiento sin efectos exteriores, ni objetivamente ni según opinión de los conciudadanos, queda al margen del ámbito del comportamiento que ha de regularse penalmente, por falta de referencia social, como mera inmoralidad. Qué es lo simplemente inmoral no cabe desde luego averiguarlo sin presuposiciones sobre la conformación de la sociedad. El hecho de que, p.ej., la muerte de una persona contrahecha no sea meramente inmoral, pero sí lo sea la actividad lésbica, rige sólo para sociedades que consideran cada existencia como asunto público, pero no así la actividad sexual consentida de los individuos. Para las sociedades que se definen como bastión de élites biológicas, la decisión puede ser la contraria; las sociedades que elevan a asunto público el perfeccionamiento de sus miembros pueden penalizar las dos formas de conducta mencionadas. No hay, pues, un límite absolutamente válido entre comportamiento simplemente inmoral, por una parte, y lesión de bienes jurídicos, incumplimiento de deberes especiales y perturbación de la paz social, por otra; *ahora bien, sí puede determinarse el límite relativamente para una sociedad de características determinadas*”¹⁶.

Ante semejante toma de posición conviene advertir, en primer término, que la cuestión del bien jurídico como límite no puede ni siquiera plantearse como un mecanismo de descripción de lo que sucede en las distintas clases de sociedades: no es un tema *óntico* sino *deóntico*; no se trata de lo que sucede sino de lo que debería suceder.

Dicho esto, hay que partir, en segundo lugar, de la sociedad democrática como la mejor o la menos mala de las sociedades posibles y plantearse el problema del bien jurídico como límite del castigo de la inmoralidad como un problema interno de la sociedad democrática: sólo así, y no desde la perspectiva nivela-

16 Jakobs, G., *op.cit.*, pág. 55. La cursiva es mía. T. Vives.

dora y externa que asume Jakobs, tiene el problema sentido. Así lo manifiesta expresamente Roxin:

“El rechazo de una estrecha vinculación del derecho penal a determinadas concepciones morales se deriva también de los fundamentos teórico-políticos de la democracia occidental, tal y como se han venido desarrollando desde los pensadores de la Ilustración. Habida cuenta de que todo el poder emana del pueblo (art. 20, 2, GG), el legislador, comisionado del pueblo, queda limitado en su tarea a proteger al individuo de los ataques de otros y a asegurarle una vida lo más libre y en el mayor bienestar posible, y nada tiene que ver con tal tarea el tutelar moralmente a ciudadanos adultos en contra de su voluntad”¹⁷.

Pues bien, para argumentar acerca de si el bien jurídico ha de constituir un límite al castigo de la inmoralidad en los sistemas democráticos, habremos de partir de una caracterización de la democracia.

B) ¿Qué es un sistema democrático?

A tal efecto podemos decir que *grosso modo* la democracia es el *procedimiento* de gobierno en el que sólo el pueblo legisla y *todo* el pueblo legisla, para caracterizarla con palabras semejantes a las que Kant aplicara al régimen republicano.

Como todo procedimiento, cobra sentido desde ciertos presupuestos, a tenor de los cuales se definen sus *condiciones o reglas características*.

Voy a dar por sentado que, en el caso del procedimiento democrático, esos presupuestos son la autonomía, la *libertad* y la *igualdad*. Y voy a darlo por sentado, no porque afirme que entre tales presupuestos y el procedimiento democrático exista una relación de necesidad *lógica* y, en consecuencia, indiscutible y evidente (pues mi argumentación no requiere tanto); sino porque

17 Roxin, C. y otros, en *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona, 1989, pág. 22.

pienso que los aúna una innegable relación *práctica*, de modo que quien opta por la democracia, en nuestro ámbito cultural, lo hace en función de la autonomía, la libertad y la igualdad de los hombres, es decir, reconociendo por igual a todos, al ejercitar esa opción, el derecho y la capacidad de regirse por sí mismos y hacer lo que les plazca, con tal de que no invadan la esfera de los derechos de los demás. A esto se refería Rousseau, al sentar como exigencia de la sociedad democrática la de que cada uno, al unirse a todos, *no se obedezca más que a sí mismo y quede tan libre como antes*¹⁸.

Autonomía, libertad e igualdad son conceptos bien conocidos; no obstante, para determinar el sentido exacto en el que, según creo, fundamentan la tesis que intento defender, los ilustraré sucintamente, con pasajes de Kant, Mill y Dworkin.

Para Kant “la autonomía de la voluntad es la condición de la voluntad en virtud de la cual la voluntad (con independencia de la naturaleza del objeto del querer) es para sí misma una ley”. Esa condición de la voluntad constituye el primer presupuesto de un procedimiento democrático (que sin ella no tendría sentido) y es, a su vez, “el principio supremo de la moralidad”, porque sin autonomía la fundamentación de la moralidad deviene imposible; pues cuando la voluntad actúa según una ley impuesta desde fuera (esto es, de modo heterónomo), el motivo del obrar ya no podrá ceñirse al cumplimiento del deber, sino que intervendrán consideraciones de utilidad, conveniencia o temor al castigo que empañarán o anularán el valor moral de la acción¹⁹.

Por eso, para Kant no es la moralidad condición de una buena constitución; antes al contrario, una buena constitución, esto es, una Constitución que permita a las voluntades individuales plasmar en la realidad su esencia autónoma, dejándolas

18 Rousseau, J.J., *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*. Madrid, 1988, pág. 14.

19 Vid. Kant, E., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, 1990, págs. 119 y ss.

seguir su propia ley, es *condición de la moralidad*²⁰. Y puesto que la moralidad integra la esencia racional del hombre, una *buena Constitución* es requisito “sine qua nom” de la realización de esa esencia. En esa constitución ideal, el derecho estricto o puro es aquel que no se mezcla con nada propio de la moral, sino que se funda en el principio de la posibilidad de una fuerza exterior, que puede conciliarse con la *libertad de todos* según leyes generales. El concepto de un derecho externo en general *procede totalmente del concepto de libertad* en la relación externa de los hombres entre sí, según Kant; y no sólo es absolutamente ajeno a cualesquiera concepciones morales, sino que ni siquiera tiene nada que ver con la búsqueda de la felicidad ni con la determinación de los medios para lograrla²¹.

De la autonomía ética pasamos, pues, a la *libertad jurídica* como presupuesto del procedimiento democrático. Para Mill, esa libertad comprende, como mínimo, la libertad de pensar y sentir, la de expresar y publicar opiniones, tan estrechamente unida a ella, la libertad de regular la vida según nuestro carácter, de hacer nuestra voluntad, suceda lo que quiera, sin que nos lo impidan los demás, mientras no les perjudiquemos, aunque conceptúen nuestra conducta necia o censurable y la libertad de reunirse y asociarse con iguales limitaciones.

“Ninguna sociedad es libre”, dice Mill, “cualquiera que sea su forma de gobierno, si estas libertades no son en todo caso respetadas, y ninguna es completamente libre si no están garantizadas de una manera absoluta y sin reservas”²².

Una sociedad en la que una serie cualquiera de posibles proyectos vitales que, de suyo, no comprometan las posibilidades de otros y, por consiguiente, no incidan en la esfera del derecho ajeno, resulten impedidos o seriamente obstaculizados

20 Hasta el punto de que una Constitución de esa índole constituye una exigencia del progreso moral de la humanidad (vid. *El conflicto de las facultades*, B. Aires, 1963, pág. 119.

21 Kant, I., *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid, 1989, págs. 38 y ss.

22 De la libertad, en *Libertad, Gobierno representativo. Esclavitud Femenina*. Madrid, 1965, pág. 51

por las normas jurídicas no cumple las condiciones básicas del procedimiento democrático porque, de entrada, sitúa a algunos ciudadanos fuera de la ley. Para que *todos* puedan participar en el gobierno de la sociedad parece indispensable configurar una estructura de participación que, en efecto, no excluya a nadie en razón de su condición personal, de sus ideas o creencias de su proyecto de vida, etc., etc. Un procedimiento democrático –tal y como se entiende en el llamado mundo occidental cuando se usan las palabras como vehículo y no como disfraz del pensamiento- no puede ser discriminatorio para personas o grupos.

Por ese camino, del tema de la libertad pasamos al de la *igualdad*. La historia de la igualdad –concepto relacional, que carece de un propio contenido sustantivo- es la historia de la lucha contra concretas y muy reales discriminaciones: la lucha contra el privilegio, la lucha contra las diferencias de clase, o contra las desigualdades de tratamiento por razón de sexo, raza, religión, etc., etc. Pero aquí se habla de igualdad en un sentido más genérico. Dworkin²³ ha señalado que existen dos tipos de teorías acerca de la igualdad. El primero supone que el gobierno debe ser neutral acerca de las concepciones particulares de la vida buena y que las decisiones políticas deben ser, en la medida de lo posible, independientes, de cualquier opinión acerca de lo que da valor a la vida. El segundo supone que el gobierno no puede ser neutral en este asunto, porque no puede gobernar, ni definir qué trato es discriminatorio y cuál no, sin una concepción previa de lo que deberían ser los humanos.

Tal y como Dworkin la formula, la primera de las concepciones de la igualdad constituye el fundamento de una de las varias actitudes políticas posibles en un sistema democrático²⁴, esto es, de la actitud liberal; pero si, en la formulación de dicha

23 Dworkin, R., *Liberalism and Justice*, en *A. Matter of Principle.*, Oxford, 1985, pág. 181 y ss.

24 Es la actitud más coherente con el fundamento de dicho sistema, que sólo tiene sentido pleno si se reconoce a los demás como dueños de sí y titulares del conjunto de libertades básicas que permiten caracterizar los procesos democráticos como autónomos y racionales (vid., Rawls, J. *El liberalismo Político*, Barcelona, 1996, especialmente págs. 73 a 77.

concepción, los términos “gobierno” y “decisiones políticas” se sustituyen por los de “Derecho” y “leyes” queda definida, no ya la concepción de la igualdad que corresponde a una determinada dirección política, sino el concepto de igualdad que es presupuesto y requisito del procedimiento democrático.

He hablado de la autonomía, la libertad y la igualdad como presupuestos y requisitos del procedimiento democrático. No voy a dedicarme a justificar en profundidad esa afirmación; pero hay algo que quiero señalar al respecto. Como es sabido, buena parte de las violaciones de los derechos y libertades y, en particular, de las infracciones al principio de igualdad, se enjuician por el Tribunal Supremo Federal americano como infracciones al derecho al “due process of law” establecido en la enmienda XIV de la Constitución de aquel país. Si, más allá de la pura contingencia histórica, esa forma de enjuiciamiento tiene algún fundamento racional no pueden oponerse muchos reparos a mi punto de partida, esto es, a la concepción de la totalidad del sistema democrático como un procedimiento y de la autonomía, la libertad y la igualdad como condiciones irrenunciables de ese procedimiento.

De esa concepción derivan, sin duda, consecuencias acerca de lo que puede y no puede ser considerado un bien jurídico; pero, su examen merece un epígrafe independiente.

C) El resurgimiento de la idea de bien jurídico

No pretendo, en estas breves consideraciones, narrar la historia reciente de la idea de bien jurídico. Me remito para ello a los conocidos trabajos de Sina²⁵ y Amelung²⁶. Baste destacar que, tras la Segunda Guerra Mundial, la idea de bien jurídico desempeñaba un papel secundario en la dogmática penal, en parte

25 Sina, P. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*. Basel, 1962.

26 Amelung, K. *Rechtsgüterschutz und schutz der Gesellschaft*. Frankfurt, 1972. Partes I y II.

merced a los embates de las llamadas “concepciones metodológicas” (que conciben el bien jurídico como una simple abreviatura del pensamiento teleológico que, por lo tanto, nada aporta más allá del texto y el contexto de aplicación de la ley) y, en parte, debido al auge cada vez mayor de la concepción personal del injusto formulada por Welzel.

En ese panorama, la obra de Jäger *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*²⁷ constituye el principio de un cambio de rumbo: el bien jurídico va a ocupar el centro de las construcciones dogmáticas. Jäger opone a las concepciones metodológicas que al unir proposición normativa y objeto de protección, resultan insostenibles pues conducen a identificar el injusto con la mera desobediencia, es decir, a concebirlo como simple contrariedad formal con la norma, relegando al plano de lo incognoscible su significado ético-social material²⁸.

Por otra parte, reconociendo que las diversas concepciones del injusto personal pueden otorgar al bien jurídico un papel de mayor o menor importancia, lo cierto es que a su juicio la idea de injusto personal y la de bien jurídico como momento central y básico del injusto se contraponen, pues en ésta el desvalor de los momentos ético-subjetivos sólo desempeña un papel complementario²⁹. La exigencia de un bien jurídico es irrenunciable, como pone de manifiesto al analizar el castigo de la homosexualidad entre mayores de edad (art. 175 del Código Penal alemán entonces vigente). En efecto, los bienes jurídicos presuntamente protegidos por dicho precepto (el mantenimiento de la relación entre varones libre de contacto sexual –Mezger- o la normalidad de la vida sexual) son, o meras repeticiones de la prohibición legal con otras palabras o puras incongruencias, desde el momento en que perversiones más graves resultan impunes: la ausencia de

27 Stuttgart, 1957 (como he señalado anteriormente, se publica en el mismo año que la Sentencia que declaró conforme a Constitución el castigo de la homosexualidad entre adultos).

28 Jäger, H., *op.cit.*, págs. 20 a 23.

29 Jäger, H., *op.cit.*, pág. 27.

bien jurídico conduce a no saber por qué se castiga y, por consiguiente, a no poder determinar el sentido del castigo³⁰. Es, pues, absolutamente necesario para Jäger (como expone y critica Amelung³¹) un bien jurídico *objetivo*, previo a la norma, que concrete la realidad que ésta pretende tutelar y que no puede consistir en la moral sexual pues ésta es un puro orden de valores y normas que, como tal, no tiene otra objetividad que la que, formalmente, le proporciona la ley.

A partir de la obra de Jäger, la regulación tradicional de los delitos sexuales entra en una crisis que en Alemania se salda con una opción a favor de la libertad que conduce a la derogación del art. 175. También en España tiene lugar un debate semejante en torno al tipo tradicional del escándalo público (art. 431 del Código Penal de 1973)³²; pero, a la vez que esos debates particulares, se abre otro sobre el *bien jurídico* como concepto básico de la dogmática y como límite del poder punitivo del Estado, que excede con mucho la esfera de los delitos sexuales: se trata, en él, de ponderar la utilidad y necesidad de la idea de bien jurídico como límite de las libertades. Ello nos conduce, directamente, a un ámbito bien distinto del de los delitos sexuales: el de los delitos políticos donde la libertad tiene, si cabe, una importancia todavía mayor.

Entre ellos escogeré una figura, la de la apología del delito que, según creo, puede servir de banco de pruebas de la adecuación, utilidad y dificultades de la llamada teoría del bien jurídico.

30 Jäger, H., *op.cit.*, pág. 39.

31 Amelung, K. *op.cit.*, pág. 300 y ss.

32 Vid. Mir Puig *Objeto del delito*, en *Nueva enciclopedia jurídica*, Tomo XVII, Barcelona, 1982, pág. 769; Vives Antón, T.S. *Los delitos... cit.*, que conduce igualmente a su derogación.

II. APOLOGÍA DEL DELITO, PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. Un fantasma recorre el Derecho penal de la democracia

“Desde el Siglo XIX hasta nuestros días”, se ha dicho, “la política criminal en España ha cumplido fielmente con la tesis de la estrecha conexión entre política y Derecho Penal; a cada cambio político de carácter liberal ha seguido una política criminal liberal y las involuciones autoritarias se han visto acompañadas por una producción legislativa del mismo carácter”³³. Sin embargo, esa regla general mantiene una excepción: el castigo de la apología que, ciertamente con diferente amplitud, tiene una presencia constante en la legislación penal de la democracia española. De modo que ha podido afirmarse, no sin razón, que “pocos casos hay tan paradigmáticos, como el de la regulación legal de la apología delictiva, para demostrar, por una parte, el escaso rigor y, por otro, el discutible sentido democrático con el que nuestros legisladores penales postconstitucionales han venido tratando, desde el punto de vista legislativo, la materia penal”³⁴.

Poco antes de la llegada de la democracia el Decreto-Ley 10/75, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo, castigaba con la pena de prisión menor, multa e inhabilitación especial a los que públicamente, de modo claro o encubierto, defendieren o estimularen las ideologías comunistas, anarquistas o separatistas, o el empleo de la violencia como instrumento de acción política o social; o a los que manifestaren su aprobación o pretendieren

33 Arroyo Zapatero, L., *La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo*, en: Cuadernos de Política Criminal, núm. 15, pág. 379.

34 Del Rosal Blasco, B., *La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995*, en: Estudios sobre el Código Penal de 1995, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 189.

justificar la perpetuación de cualquier acto terrorista; o enaltecieren a sus ejecutores o participantes; o trataran de minimizar la responsabilidad de las conductas tipificadas en el propio Decreto-Ley por medio de la crítica –directa o solapada– de las sanciones legales que las previenen o castigan; o intentaren menoscabar la independencia y el prestigio de la justicia mediante manifestaciones de solidaridad con las personas encausadas o condenadas. Este es –dice Bernardo del Rosal– “probablemente, el concepto más amplio de apología que legislador penal alguno haya podido inventar”³⁵. A lo que cabría añadir que también es, quizás, el más incompatible con los requerimientos mínimos de la democracia, pues lo prohíbe casi todo, excepto, tal vez, pensar.

Pues bien, los pactos de la Moncloa, con los que bien puede decirse que la nueva democracia española inicia su camino consideraron “reforma urgente” reintroducir la apología en el Código Penal no ya sólo con la “supina ignorancia” que se imputó a sus autores³⁶; sino también con un conocimiento discutible de las exigencias de un Estado democrático. Conocimiento que no se depuró con el transcurso del tiempo. Al contrario, el castigo de la apología se revela como un recurso constante de nuestra legislación penal, vinculado, ciertamente, a la lucha antiterrorista. Así la recoge el Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana (art. 1) y, poco después, la reelabora la Ley Orgánica 1/1980, de 21 de mayo que dio nueva redacción a los arts. 268 y 566.4 del Código Penal. Tras el golpe de estado del 23 de febrero de 1981, por Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, se incorpora al Código Penal un nuevo artículo 216 bis, en el que el castigo de la apología se amplía a los delitos de rebelión, sedición y rebelión militar. Poco más de tres años después, la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, entre las medidas contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas o rebeldes, contiene una regulación de la apología del siguiente tenor:

35 Del Rosal Blasco, B., *La apología*, cit, pág. 191

36 Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 1988, pág. 678

“Artículo 10. Apología de los delitos previstos en esta Ley.

1. La apología de los delitos comprendidos en esta Ley será castigada con las penas de prisión menor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. En el supuesto de que el delito tuviera señalada la pena de prisión menor o inferior, la apología será castigada con la pena inferior en un grado. Los Jueces y Tribunales podrán acordar la clausura del medio en el que se hubiere realizado la publicación o difusión, con los efectos expresados en el artículo 21.

2. Se considera, en todo caso, apología:

a) La alabanza o aprobación de hechos delictivos comprendidos en esta Ley, mediante la manifestación hecha en público.

b) El apoyo o ensalzamiento de la rebelión o de las actividades propias de una organización terrorista o grupo armado rebelde, o de los hechos y efemérides de sus miembros mediante la publicación y difusión en los medios de comunicación social de artículos de opinión, reportajes informativos, composiciones gráficas, comunicados y, en general cualquier otro modo en el que se materialice la difusión.

c) El apoyo o adhesión a la rebelión o a las organizaciones terroristas o grupos armados o rebeldes o a sus actividades o a las de sus miembros, mediante discursos, soflamas u ostentación de pancartas, que se produjeran durante la celebración de concentraciones en las vías urbanas u otros lugares abiertos al público.

3. No se aplicará este precepto cuando el hecho esté sancionado en otra o más normas que lo castiguen con pena de mayor gravedad”.

La novedad más importante de esa regulación estriba, no sólo en su amplitud; sino en que, a tenor del artículo 1 de la Ley, las medidas antiterroristas reguladas en los artículos 13 a 18, dictadas al amparo de lo establecido en el art. 55.2 de la C.E. se aplicaban también a los delitos de apología regulados en ella. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, declaró inconstitucional el art. 1 de la Ley Orgánica 9/1984 “en la medida en que extiende la aplicación de los arts. 13 a 18 de la misma Ley a los que hicieran apología de los delitos

descritos en dicho artículo”. Las razones que condujeron a adoptar tal decisión fueron las que a continuación se transcriben:

“El segundo de los párrafos del art. 1.1 de la Ley Orgánica 9/1984, incluye en el ámbito de aplicación de la Ley a quienes <<hicieran apología>> de los delitos aludidos en el párrafo primero. Según el Letrado del Estado esta inclusión es constitucionalmente correcta dada la posibilidad de que no estemos ante un delito independiente en sus motivaciones o en su relación con las organizaciones terroristas, por lo que sería conveniente aplicar especiales medidas de investigación en los casos de apología. Este argumento no es aceptable, pues el problema planteado no es el de la razonabilidad de tal inclusión, sino el de si el legislador estaba habilitado para ello por el art. 55.2 de la Constitución. 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. Los supuestos que menciona el Abogado del Estado de posible concierto o relación de los apologistas con organizaciones terroristas, son precisamente supuestos en los que se excede del ámbito de la pura apología, pudiendo incluirse, en su caso, en el art. 1.2 k) de la propia Ley Orgánica 9/1984. Por todo ello, debe considerarse contraria al art. 55.2 de la Constitución la inclusión de quienes hicieran apología de los delitos aludidos en el art. 1 de la Ley en el ámbito de aplicación de esta último en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales prevista en tal precepto constitucional, es decir, en relación con los arts. 13 a 18 de la Ley Orgánica 9/1984”. (FJ 4)

Antes, en la Sentencia 159/1986, de 12 de diciembre, aún sin pronunciarse sobre la constitucionalidad genérica del tipo de apología, había otorgado el amparo frente a la condena por tal delito al director del diario Egin³⁷

A partir de entonces, el castigo de la apología entra en un proceso deflacionario que culmina en el Código Penal de 1995.

37 Vid. el comentario crítico a dicha Sentencia de Mira Benavent, J.: *El caso del diario <<Egin>>*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XI, 1987, págs. 506 y ss.

2. El castigo de la apología del delito en el Código Penal de 1995

En efecto, en el art. 18.1, párrafo segundo, del Código Penal de 1995 contiene una disposición del siguiente tenor literal:

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

Probablemente, la redacción dada a este precepto, que castiga la apología solamente cuando tenga efectos de provocación, se debe al informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de 1992. Veámoslo:

“a) *Constitucionalidad del castigo de la apología.*

La punición de la apología plantea, desde el punto de vista constitucional, problemas semejantes a los que en Estados Unidos se suscitaron, a propósito del *libelo sedicioso*, por la Sedition Act de 1778.

El enjuiciamiento constitucional de dicha figura de delito atraviesa, en dicho país, por las siguientes fases:

1. *Schenk vs. US* (1919). En esta primera resolución, el juez Holmes sienta el standard del <<peligro claro y presente>>: las palabras han de ser de tal naturaleza, y ser usadas en circunstancias tales que hayan, razonablemente, de crear un peligro claro y presente de producción de alguno de los males sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir.

2. *En Gitlow vs. New York* (1925) se entendió que las expresiones que incitan al derrumbamiento del gobierno por medios ilegítimos son, en sí mismas, inmediatamente peligrosas.

3. En *Dennis vs. US* (1940) se estimó legítimo el castigo <<si la gravedad del mal, moderada por su improbabilidad>>, justifica la injerencia en la libertad de expresión, precisándose ulteriormente (en *Yates vs. US*, 1975) que la Primera Enmienda

protege la apología *en abstracto, como materia de discusión teórica* y no como incitación (indirecta) a la realización de actos ilegales.

4. El *standard* actualmente aplicable se halla expresado en *Brandenburg vs. Ohio* (1969). Conforme a él, el Estado no puede prohibir o castigar la apología del uso ilegal de la fuerza, a menos que se dirija a provocar o producir una acción ilegal inminente y sea apta para incitar o producir tal acción.

Los criterios transcritos, indicativos de lo que pudiera llegar a decir nuestro Tribunal Constitucional (y, en su caso, el Tribunal de Estrasburgo), deberían tenerse en cuenta a la hora de definir la apología³⁸.

Es evidente que la regulación española se ha inspirado en la doctrina sentada en la última de las resoluciones del Tribunal Supremo Federal americano a que se ha hecho referencia.

Sin embargo, frente a dicho precepto se han alzado críticas de naturaleza conceptual así, v.g., se ha afirmado que lo que hace “es tanto como decir: la apología, que no es igual que la provocación porque no es una incitación directa sino una incitación indirecta, sólo se castigará cuando, por su naturaleza y circunstancias, se convierta en una incitación directa, es decir, cuando se convierta en una provocación”³⁹. No estoy seguro de que esas críticas sean certeras, porque creo que no hay un concepto prejurídico de apología⁴⁰ que la identifique con la incitación indi-

38 Vid. *Informe y Votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, redactado por Vives Antón, T.S., en CGPJ 11, págs. 194 y 195.

39 Del Rosal Blasco, B., *La apología*, cit., pág. 212.

40 En tal sentido, Cuerda Arnau, M.L., *Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología*, en: Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, núm. 1757, 1995, pág. 87. Ciertamente, como señala Maqueda Abreu (Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología, en Poder Judicial, 9, 1988, pág. 27), para la apología basta con una actividad que pretenda “transferir el propio pensamiento a la conciencia de otro”; pero, la finalidad de influir sobre la voluntad no determina que sea inadecuado seguir hablando de apología.

recta, diferenciándola “ontológicamente” de la provocación⁴¹. Por ello, pienso que el legislador puede distinguir entre el *concepto* de apología, en el que pueden tener cabida tanto las incitaciones “indirectas” como las directas, y la *punibilidad* de la apología que, sin duda, puede ceñirse legítimamente a las últimas, esto es, a aquellos supuestos en que la apología oficia de provocación y es, también, provocación.

Naturalmente que, a partir de tal regulación cabe poner en tela de juicio la función punitiva que ha de atribuirse a la apología. “De la concepción de la apología punible”, dice Silva Sánchez, “como provocación <<potencial>> y <<circunstancial>>, en los términos del Proyecto de 1994, se ha pasado, así, a una concepción de la apología punible como pura modalidad de provocación, como provocación en sentido estricto. Ello, sin duda, salva las objeciones que podrían oponerse a su sanción desde la perspectiva de estimar que se está penando el ejercicio de la libertad de expresión: la exposición de ideas. Sin embargo, deja en pie la duda de por qué proceder a definir la apología, si ésta sólo es punible cuando constituye provocación. En efecto, estando así las cosas, para abarcar la apología punible basta con la definición de la provocación”⁴².

Sin embargo, como a renglón seguido puntualiza este autor, el texto puede cumplir un cometido meramente declarativo al que se asocia una función de recordatorio para los aplicadores del Derecho. Con lo cual, de una parte, pierden peso las críticas de irracionalidad, aducidas en este punto frente al legislador de

41 Tanto es así que llegó a decirse, no sin cierta razón, que “sería conveniente la existencia de una definición legal de la apología que entendiera ésta como una especie de provocación” (Carbonell Mateu, J.C., *Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado*, en: Comentarios a la legislación penal, Tomo II, El Derecho Penal del Estado Democrático, Madrid, 1983, pág. 245).

42 Silva Sánchez, J., *Teoría de la infracción penal, regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación*, en: Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 183.

1995 y, de otra, se realiza un viejo ideal de la doctrina penal mayoritaria: la apología deja de ser, en sí misma, punible.

No obstante, la regulación de la apología en el Código Penal de 1995, contiene una incoherencia palmaria. En efecto, a última hora –en el Senado- se introdujo en el Código un precepto, el art. 607.2 que contradice cuanto acaba de exponerse. Reza así:

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

De modo que aquí se castiga la difusión de ideas o doctrinas por sí misma, esto es, sin necesidad, al menos expresa, de que actúen provocando a la comisión de delito alguno. La cuestión de inconstitucionalidad del precepto transcrito se halla planteada ante el Tribunal Constitucional y en modo alguno se tratará de anticipar cuál haya de ser la resolución que ponga fin a ese proceso. Simplemente se pretende, en un momento en que se está tramitando un Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal en el que se propone la tipificación, en el art. 578, del enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos de terrorismo o de sus autores o cómplices, con independencia de cualquier virtualidad provocadora, llevar a cabo una reflexión acerca de si el castigo de la apología en tales términos tiene o no justificación racional. Las consideraciones que siguen no comportan, pues, ninguna clase de juicio de constitucionalidad; ni siquiera expresan una evaluación político-criminal. Se limitan a razonar, desde la filosofía política del liberalismo⁴³, acerca de un problema de nuestra legislación penal.

43 Una expresión paradigmática de esa perspectiva filosófica puede hallarse en: Rawls, J., *El liberalismo político*, cit.

3. Apología del delito y principio de ofensividad.

La doctrina penal española, mejor dicho, una abrumadora mayoría de esa doctrina, lo que no excluye algunas discrepancias tan significativas como desacertadas, sustenta el que denomina “principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”. Lo que de ese principio se infiere es que no pueden castigarse conductas inocuas, conductas que no representen un daño o un peligro para la sociedad. *De Constitutione* data no creo que ese sea un principio discutible. El Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente un principio más amplio, el de proporcionalidad, que cabe inferir de diversos preceptos constitucionales y que “opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales”⁴⁴. En tal sentido, se proyecta especialmente sobre los derechos de libertad y las normas que los limitan, entre las que cabe señalar en primer término, las penales. Pues bien, el bien o interés jurídicamente protegido o, lo que el Tribunal considera equivalente, los fines inmediatos y mediatos de protección de la norma, constituyen el *prius* lógico para determinar si se ha incurrido o no en una vulneración del referido principio, en relación con el derecho o libertad de que se trate. De modo que si la norma tutela bienes o intereses socialmente irrelevantes o constitucionalmente proscritos habrá de ser declarada, sin duda, inconstitucional⁴⁵. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o, como le denomino en el encabezamiento, de ofensividad, es, pues, el primer momento lógico del principio constitucional de proporcionalidad. Se puede

44 SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3 y 161/1997, de 2 de octubre, FJ 8. Vid. también, la jurisprudencia citada en dichas Sentencias.

45 SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 9; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7 y 161/1997, de 2 de octubre, FJ 10. Vid. también Cuerda Arnau, M.L., *Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, en: Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Doctor D. José Ramón Casabó Ruiz. Valencia, 1997, págs. 474 a 477. Lascurain Sánchez, J.A., *La proporcionalidad de la norma penal*, en: Cuadernos de Derecho Público, 5 (1998), págs. 162 y ss. Aguado Correa, T. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, 1999, págs. 159 y ss.

—o no— estar de acuerdo con él; pero, en cualquier caso, el des-acuerdo no puede entenderse como un problema de interpretación del ordenamiento constitucional; sino que es otro, muy distinto, de falta de aceptación del mismo.

Esto sentado, las reservas con que la doctrina mayoritaria acoge el castigo de la mera apología residen en que se aprecia, por regla general, una suerte de déficit de bien jurídico. Con la mera apología —se dice— el legislador castiga la simple expresión de opiniones y no la producción de un auténtico daño o peligro para la sociedad⁴⁶.

Esa tesis, no por difusa menos generalizada, obliga a analizar si, en efecto, estamos ante una conducta inocua. Me permito adelantar la idea de que eso no es así, de que no se trata de que la apología sea inocua; sino, quizás, de que algunos daños o peligros bien reales, que proceden del ejercicio de algunas libertades no pueden, en el marco de un ordenamiento jurídico racional, combatirse por medio de la restricción de la libertad. Tal vez —pero eso lo veremos más adelante— en algunos ámbitos la libertad haya de defenderse por sí misma, esto es, sin ayuda de la coacción estatal.

La idea de que la simple apología del delito es inocua procede, probablemente, de la más general según la cual la sola expresión del pensamiento, en razón de su carácter ideal, no es apta para causar daño; pero, esa es una idea equivocada. Utilizando una imagen, desde luego inadecuada como toda metáfora, pero suficientemente expresiva, podría decirse que la sociedad humana es un mecanismo que transforma ideas en realidades materiales. En el contexto de la sociedad humana no cabe, pues, afirmar que las ideas son inocuas. Por eso, junto a las limitaciones de la expresión fundadas en el impacto no comunicativo que el

46 Sobre la fundamentación del castigo de la apología, vid. González Guitián, L., *La apología en la reforma penal*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, V Jornadas de profesores de Derecho Penal, monográfico 6 (1983), págs. 384 y ss.; Maqueda Abreu, M.L., *op.cit.*, págs. 19 y ss.

mensaje emitido puede tener surgen otras basadas en la lesividad del impacto comunicativo. Son, como destaca Tribe, dos modos de limitar la libertad de expresión que merecen una consideración bien distinta⁴⁷. Pues bien, porque la expresión puede ser peligrosa por sí misma tuvo sentido la regla del “peligro claro y presente” de “daños sustantivos” para la sociedad, como criterio para discernir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los límites impuestos por el Gobierno a la libertad de expresión; y también lo tiene la crítica de Rawls a dicha regla, que estima “una base insatisfactoria para la protección constitucional del discurso político, pues lleva a centrarse en la peligrosidad del discurso en cuestión, como si por el hecho de ser peligroso el discurso se convirtiese en un delito”⁴⁸.

Sentado que la propagación de las ideas puede producir un daño social de los que el Gobierno está llamado a prevenir (en el caso de la apología del genocidio o del terrorismo, eso parece evidente) habrá de reconocerse que ese *prius* lógico de la proporcionalidad que consiste en la existencia de un interés tutelado (o, si se prefiere, de una finalidad de tutela) constitucionalmente legítimo no se halla absolutamente ausente. De modo que el rechazo del castigo de la mera apología, desde la perspectiva de una configuración racional del ordenamiento jurídico, ha de proceder, si procede, de otras causas. O quizás quepa también decir, expresando lo mismo desde otra perspectiva, que la idea de inexistencia de bien jurídico no se halla del todo bien formulada.

4. Apología del delito y libertad de expresión.

Ciertamente la doctrina mayoritaria se cuida de advertir que el castigo de la mera apología puede constituir una injerencia

47 Tribe, L.H., *American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1988, págs. 789 y ss.

48 Rawls, J., *Sobre las libertades*, Barcelona, 1996, pág. 98. Me he permitido retocar la traducción.

ilegítima en el derecho a expresar libremente las ideas y opiniones que se profesen; pero, no deslinda adecuadamente el plano de la libertad de expresión del de la inocuidad, de modo que no se sabe bien si la conducta se califica de inocua en razón de que hay un derecho fundamental que la ampara, o se afirma que la ampara un derecho fundamental en virtud de su inocuidad.

Examinada anteriormente la perspectiva de la inocuidad, analizaremos ahora, de modo exclusivo, el problema de la libertad de expresión.

Quisiera partir, en ese análisis de la tesis de Mill, tal y como la reformula Scanlon, a saber:

“Hay ciertos daños que, aunque no sobrevengan sino por efecto de determinados actos de expresión, no pueden, sin embargo, tomarse como parte de una justificación de la limitación legal de esos actos. Tales daños son: a) daños a ciertos individuos, consistentes en que éstos adquieren falsas creencias a consecuencia de dichos actos de expresión; b) consecuencias nocivas de hechos realizados como resultado de esos actos de expresión, cuando la relación entre los actos de expresión y los nocivos consiguientes consiste simplemente en que el acto de expresión indujo a los agentes a creer (o acentuó su tendencia a creer) que esos actos merecían realizarse”⁴⁹.

La tesis expuesta ha de precisarse señalando que no es incompatible con el castigo de la inducción o de la provocación siempre que, cualquier cosa que sea lo que se entienda por inducción o provocación, implique algo más que una mera comunicación de razones a favor de la realización del acto. Como entiendo que la inducción o la provocación implican bastante más que una simple comunicación de razones, esto es, que son procesos comunicativos viciados en los que la razón de castigar reside precisamente en el vicio concurrente, no en la comunicación misma, es claro que, para mí, el castigo de la inducción o de la provocación no entra en conflicto con la tesis Mill-Scanlon que acabo de adoptar.

49 Scanlon, T., *Teoría de la libertad de expresión*, en: R.M. Dworkin: *La Filosofía del Derecho*, México, 1980, pág. 299.

Dicho esto, me limitaré a defender esa tesis de modo muy sencillo, porque, en mi opinión, es casi una mera tautología. De modo que, si uno admite que la libertad de expresión es una libertad básica y acepta la prioridad de las libertades básicas, tal como la fórmula Rawls⁵⁰, ha de concluir necesariamente propugnando la tesis propuesta.

Así, parece obvio que no pueda limitarse la libertad de expresión por el riesgo o daño de que los individuos adquieran falsas creencias a consecuencia de actos determinados de ejercicio de aquélla. Pues está claro tanto que toda expresión falsa provoca el riesgo de que otros adquieran creencias falsas cuanto que la libertad de expresión no puede quedar reducida a las expresiones verdaderas. Un régimen político que sólo reconociera el derecho a expresar la verdad constituiría una negación viviente de la libertad de expresión, entre otras muchas cosas porque es muy discutible que haya algo así como “la” verdad y, más aún, que de haberlo, podamos conocerlo nosotros. Más bien sucede que nuestro conocimiento avanza hacia creencias mejores (es decir, mejor justificadas) a través del debate y la discusión con otras que lo son menos o que resultan, incluso, del todo inaceptables. Dicho de otro modo: no hay la verdad, sino la búsqueda de la verdad, de la que lo falso resulta ser un momento imprescindible, de modo que limitar la libertad de expresión a las expresiones “verdaderas” sería tanto como negarla. Y a la misma concepción cabe llegar si, en lugar de la verdad se trata del bien o de lo justo.

La segunda parte de la tesis se resume diciendo que no cabe imputar a los actos de expresión las consecuencias que de ellos deriven a causa de las acciones de otros realizadas en virtud de un proceso de deliberación racional y libre y que, por tanto, no cabe limitar la libertad de expresión sobre la base de los daños que, eventualmente, puedan producir tales acciones. El fundamento de este aserto radica en que el orden político racional, en el que la expresión ha de ser una libertad básica, presupone una sociedad

⁵⁰ Rawls, J. *Sobre las libertades*, cit., págs. 37 y ss.

de seres iguales y autónomos, es decir, de seres que se rigen por su razón y, en consecuencia, han de ser capaces de decidir correctamente por sí mismos, examinando todos los argumentos, incluso los que presuntamente conducen a una solución incorrecta.

No sería congruente presuponer una sociedad de seres de tal naturaleza (y así son, al menos idealmente, los ciudadanos de una democracia) y dejar en manos del Estado la decisión acerca de si deben conocer o no determinadas clases de ideas, creencias o razones, por nefastas que puedan parecer. Pues con ello se le negaría, al menos en parte, la capacidad de decidir autónomamente, transfiriéndola al Estado. Y tampoco lo sería, puesto que sólo la decisión racional de alguno de ellos ha producido las acciones que se consideran nocivas, proyectar ese resultado hacia atrás, más allá de dicha resolución racional⁵¹.

En conclusión: “aplantar la serpiente en el huevo”⁵², conminando penalmente la simple expresión de opiniones y creencias “revela una inadmisibile falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones”⁵³.

Naturalmente, esa conclusión no es, como ya se ha anticipado, un juicio acerca de la constitucionalidad del castigo de la apología del delito. Tal juicio no puede emitirse desde la racionalidad abstracta; sino que ha de atender a la concreta formulación constitucional de la libertad de expresión; ni puede recaer sobre una, también abstracta, expresión de razones en un marco comunicativo intachable, sino que ha de proyectarse sobre tipos penales concretos aplicados en circunstancias concretas. Ni siquiera constituye una directriz político-criminal, que sólo podría emitirse analizando las circunstancias reales en que se produce

51 Hay, pues, una *prohibición de regreso*, que rompe el nexo de imputación entre la expresión y el daño.

52 Martínez Sospedra, M., *Aplantar la serpiente en el huevo*, en: Revista General de Derecho, núm. 664-665, Valencia, enero-febrero 2000, págs. 99 y ss.

53 Cuerda Arnau, M.L., *El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales*, en: Revista del Poder Judicial, núm. 56, 1999 (IV), pág. 117.

una determinada legislación. Pero, resulta enormemente significativa para calibrar el valor de cualquier sistema que se pretenda democrático. Así, ha podido afirmar John Rawls lo siguiente:

“La historia del uso por los gobiernos del delito de *libelo sedicioso*” (paralelo al de apología) “para suprimir la crítica y el disenso y mantener su poder demuestra la gran significación de esta libertad particular para cualquier esquema plenamente adecuado de libertades básicas. En tanto en cuanto este delito existe, la prensa pública y la libre discusión no pueden desempeñar su papel de informar al electorado. Y, obviamente, contemplar el delito de *libelo sedicioso* socavaría las más amplias posibilidades de autogobierno y las varias libertades necesarias para su protección. De ahí la gran importancia del caso *N.Y. Times v. Sullivan* en el que el Tribunal Supremo no sólo rechazó el delito de libelo sedicioso sino que declaró inconstitucional ahora la Ley de sedición de 1789, fuese o no inconstitucional en el momento en que se promulgó. Fue juzgada, por así decirlo, por el tribunal de la historia, y resultó deficiente”⁵⁴.

5. Una consecuencia dogmática: la concepción procedimental del bien jurídico.

En los dos epígrafes anteriores se ha llegado a conclusiones que no dejan de producir algún tipo de insatisfacción. En efecto, de

54 Rawls, J., *Sobre las libertades*, cit., págs. 90-91. Por lo que respecta al estado actual de la doctrina del Tribunal Supremo Federal norteamericano en torno a la *advocacy of unlawfull action*, vid. Vives Antón, T.S. (Ponente), en: *Informe sobre el anteproyecto de Código Penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial*, en: Cuadernos de Política Criminal, núm. 48, 1992, págs. 691-692. En cuanto al TEDH ha dedicado al problema multitud de resoluciones (vid. [Sentencias 26241/1999, de 28 de septiembre (caso Öztürk); 26259/1999, de 8 de julio (caso Sürek); 26255/1999, de 8 de julio (caso Erdogdu); 26254/1999, de 8 de julio (caso Gerger); 26253/1999, de 8 de julio (caso Sürek); 2652/1999, de 8 de julio (caso Okcuoglu); 26251/1999, de 8 de julio (caso Sürek); 26250/1999, de 8 de julio (caso Sürek); 26248/1999, de 8 de julio (caso Ceylan); 26246/1999, de 8 de julio (caso Polat); 26245/1999, de 8 de julio (caso Arslan) y 26244/1999, de 8 de julio (caso Karatas) cuya doctrina se mantiene hasta hoy]).

una parte y partiendo del modo común de entender el bien jurídico, se ha llegado a la conclusión de que el castigo de la apología no infringe las exigencias del principio de ofensividad; sin embargo, de otra, esto es, desde la perspectiva de la libertad de expresión, se ha extraído la conclusión de que el castigo de la simple apología no puede defenderse en términos puramente racionales. Con lo cual parece que se comienza afirmando la racionalidad del delito, porque responde a una adecuada finalidad de tutela, para acabar negándolo porque el ordenamiento no puede ofrecer, en tales supuestos, ese tipo de tutela. Se trataría de una tutela que podría ser, a la vez, realmente necesaria y racionalmente imposible. Y eso es lo que hace parecer a la libertad de expresión “desde cierto punto de vista, irracional”⁵⁵.

Esa sensación de irracionalidad quizás no puede evitarse del todo; pero, puede, al menos, paliarse si se eliminan determinados modos de hablar del bien jurídico.

En efecto, a menudo la doctrina mayoritaria habla del bien jurídico en términos de objeto, como si fuera *un objeto ideal* (el objeto de protección), delimitado por el tipo abstracto, al que se contraponen, con un *status* ontológico análogo, *el objeto material* sobre el que recae la acción delictiva concreta. Y, como se trata de un objeto, se intenta apresar en un concepto las características sustantivas que lo definen; pero, finalmente, se acaban adoptando definiciones vacías, como las que lo califican de interés o valor, o las que hablan de él como estado de cosas valioso, tutelable y lesionable⁵⁶, o las que entienden que sólo es “una denominación de lo único que es lícito considerar digno de protección *desde el punto de vista de las misiones del Derecho Penal*”⁵⁷ o las que lo delimitan

55 Scanlon, T., *Teoría*, cit., pág. 286.

56 Jäger, H., *op.cit.*, pág. 13.

57 Roxin, C., *Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo*, en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, 1976, pág. 47. Este autor comienza aclarando que “el concepto de bien jurídico no es una varita mágica con cuya ayuda se pudiera separar sin más, por medio de la

como “unidad funcional valiosa para nuestra sociedad definida constitucionalmente y, por lo tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados”⁵⁸, etc.. etc...⁵⁹ De modo que aunque se otorga al bien jurídico un papel de la máxima importancia, tanto como base de la construcción dogmática cuanto como límite al poder punitivo del Estado, lo cierto es que no se proporciona un concepto de bien jurídico que pueda soportar esas funciones. Y si no se proporciona es porque es imposible reunir en una clase unitaria, v.g., el interés del Estado en la vida humana, en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia y en la efectividad y vigencia del propio ordenamiento: estamos ante cosas que no cabe reconducir a un género común; y aunque a todas llamamos bienes jurídicos, no presuponemos que sean abarcables por un concepto unitario⁶⁰.

En otros lugares he criticado la universalización del juego de lenguaje que pudiéramos denominar “objeto-designación”. El caso del bien jurídico no es sino uno más, en el que el uso inadecuado del *approach* objetivo induce a diversas confusiones. La primera de ellas es que se le concibe como una suerte de idealidad prejurídica, que el ordenamiento encuentra ya configurada. La segunda, que como el bien jurídico “es” un objeto

subsunción y la deducción, la conducta punible de lo que debe quedar impune”, lo que equivale a reconocer que estamos ante un concepto básicamente inútil.

- 58 Rudolphi, H.J. *Los diferentes... cit.*, pág. 344. Con esta definición trata Rudolphi de conciliar las tendencias personalistas y transpersonalistas en la concepción del bien jurídico (vid. al respecto, Schünemann, en *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá, 1996, págs. 13 y ss.
- 59 Para otras definiciones del bien jurídico propuestas en la actualidad, vid. Fiandaca, G., *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Nuova Serie - Anno XXV (Milán, 1982, págs. 42 y ss.)
- 60 Como destaca Lascurain, incluso resulta discutible la elección de una expresión única “para la denominación de contenidos diferentes y para la instrumentalización de diversas funciones” (*Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal*, Revista Chilena de Derecho, vol. 22, 1995, pág. 263).

todos los que llamamos bienes jurídicos han de ser, a su vez, objetos pertenecientes a la misma clase, esto es, han de tener algo común que nos permita formular un concepto válido para todos y cada uno de ellos. Nada tan tranquilizador como un concepto: parece dar realidad a los “objetos ideales”, como la experiencia la confiere a los materiales. Pero, el bien jurídico no es algo así como un número, un objeto ideal que remita a notas definitorias claramente determinadas. Los bienes jurídicos son tan diversos que no pueden constituir un género integrado por realidades que tienen en común: a lo sumo, cabrá hablar de “una familia” cuyos diferentes integrantes están enlazados, no por algo que tengan en común, sino por una suerte de parentesco⁶¹. La tercera confusión, emparentada directamente con la segunda, es que la misma idea de un concepto de bien jurídico produce una suerte de nivelación entre todos los bienes jurídicos: todos han de definirse igualmente por más que la función que han de desempeñar –la de justificar el castigo– sea incompatible con esa nivelación. Pues el castigo habrá de justificarse atendiendo a la naturaleza y entidad de la injerencia en las libertades que el delito y la pena representen y, siendo tan diversas, distintas habrán de ser también las justificaciones posibles.

Por ello, he propuesto la que denominaré *concepción procedimental del bien jurídico*⁶². Lo característico de esa concepción no es que acepte, sin más, como bienes jurídicos dignos de protección los que el legislador, por el procedimiento democrático, tenga a bien escoger; sino que concibe el bien jurídico, no en

A un dilema parecido conduce la idea de *dañosidad social*. Dado que no es posible identificar dañosidad social con disfuncionalidad para el sistema social, como pretendiera Amelung, pues la delincuencia no siempre es disfuncional al sistema social, tampoco puede formularse, como señalara Jakobs (vid. nota 4) un *concepto objetivo* de lo socialmente dañoso.

- 61 Como predicaba Wittgenstein de los juegos (vid. *Investigaciones filosóficas*. Barcelona, núms. 68 a 71).
- 62 Vid. Vives Antón, T.S., *Fundamentos*, cit., pág. 484; Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General* (5ª edición). Madrid, 1999, págs. 318 y 319.

términos de *objeto*, sino en términos de *justificación*. Hablar del bien jurídico como un algo, como un objeto ideal, no es desde, esta perspectiva, sino apuntar a las razones que pueden justificar inmediatamente el delito y la pena. Así concebido, el bien jurídico no es sino un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad⁶³. Desde esta perspectiva, la paradoja conceptual de la libertad de expresión, a la que antes se ha aludido, queda *disuelta*. Porque cuando decimos que el castigo de una determinada conducta representa una injerencia en la libertad de expresión que no puede justificarse racionalmente estamos queriendo decir, desde luego, que no puede haber bien jurídico alguno que la justifique y, por lo tanto, que el ordenamiento no considera lesiva tal conducta, por más que dañe intereses relevantes y, por lo tanto, a nosotros pueda parecernos que lo es⁶⁴.

-
- 63 A algo semejante parece apuntar Hassemer cuando, al analizar el valor de la teoría del bien jurídico lo cifra “en la posibilidad de *ofrecer argumentos* a la hora de aplicar el Derecho penal” (Hassemer W. y Muñoz Conde, F., *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia, 1999, pág. 112. Para una exposición más amplia de la concepción del bien jurídico de este autor, que no es de este lugar, *vid.* Hassemer, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Frankfurt, 1973, especialmente págs. 87 y ss. y 98 y ss.
- 64 No obstante, el problema valorativo subsiste. Pues que una determinada medida no tenga justificación racional no quiere decir que no deba adoptarse en ningún caso o, dicho con palabras de Scanlon “no significa que en un *caso límite* no pueda darse por válido que ciertas personas, que normalmente ejercitan la clase de autoridad que la teoría política democrática reputa legítima, tomen medidas que esa autoridad no justifica. Estos actos tendrían que justificarse por otras razones (por ejemplo, utilitarias), y el derecho de sus agentes a ser obedecidos no sería el de un gobierno legítimo en el sentido usual (democrático). No obstante, la mayoría de los ciudadanos podría tener, según este autor, en determinadas circunstancias, buenas razones para obedecer” (Scanlon, T., *Teoría*, cit., págs. 316-317. La cursiva es mía y expresa el énfasis en la excepcionalidad que pone el autor en el conjunto del artículo). No descalificaría en absoluto ese argumento; pero, creo que las razones para obedecer y la validez de la medida antidemocrática operan en planos distintos. Puede, tal vez, haber buenas razones para obedecer una medida ilegítima; pero eso no la convierte en legítima. Creo que en una democracia, a más de la justificación procedente de los principios que la rigen, sólo puede invocarse la justificación de necesidad; pero, la *necesidad* es mucho más estricta que la *excepcionalidad*, a la que Scanlon se refiere

Dicho esto, conviene hacer algunas precisiones acerca de los presupuestos y del posible rendimiento de esa concepción que he denominado *procedimental* del bien jurídico.

En primer lugar, puesto que parte de la imposibilidad de formular un concepto genérico de bien jurídico no se halla, obviamente, en condiciones de situar en un tal concepto el punto de arranque de la dogmática; y cosa distinta es la de que el estudio de las distintas figuras de delito haya de comenzarse, precisamente, delimitando el respectivo bien jurídico.

En segundo lugar, los distintos bienes jurídicos no pueden extraerse, sin más, de los valores sociales previos al Derecho. Como ha puesto de manifiesto el análisis de la apología comportamientos que, desde una perspectiva naturalística, pudieran ser considerados lesivos, han de tenerse por inocuos en virtud de que no representan sino el ejercicio de un derecho fundamental, (en este caso, la libertad de expresión). Pero, el que no pueda hablarse de bienes jurídicos en términos totalmente independientes del Derecho no significa que, como sostuvieron las concepciones metodológicas, el bien jurídico sea sólo una expresión abreviada del fundamento teleológico del tipo concreto. En la concepción que se propone, el bien jurídico concreto se conforma, no sólo a partir de los tipos penales; sino también de la Constitución y, específicamente, del contenido de los derechos fundamentales, desde los que se decide hasta qué punto y en qué sentido una determinada prohibición penal resulta constitucionalmente legítima. El bien jurídico así determinado, por lo tanto, no preexiste al Derecho; pero sí a las concretas tipificaciones penales: se trata de una redefinición de los bienes jurídicos que asume como punto de referencia no sólo el Código Penal, sino también la Constitución⁶⁵.

65 Pulitanò, D. *La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione*, en *La Questione Criminale*. Anno VII - n. 1, pág. 113

En tercer lugar, parece claro que la concepción procedimental del bien jurídico, en cuanto indaga el fundamento de cada una de las prohibiciones típicas constituye un criterio interpretativo esencial pues, como he señalado en otros trabajos, el *contexto de justificación*, al que la determinación del bien jurídico remite, constituye un momento esencial del *contexto de sentido* de las normas penales⁶⁶. Aquí se trata, además, de la constatación de que, puesto que no cabe interpretación alguna contraria a la Constitución, el momento de conformidad a ella es un momento genérico de cualquier interpretación penal.

En cuarto lugar, ha de precisarse que el bien jurídico, concebido procedimentalmente, si bien puede proporcionar el contenido material del daño que tutela cada figura delictiva, no está en condiciones de delinear un núcleo de injusto “común a todo comportamiento antijurídico”⁶⁷ sencillamente porque no es un concepto, como acabamos de ver, sino una simple orientación que alberga contenidos dañosos que sólo tienen en común el dato formal de su contrariedad al Derecho, sin que, en la mayoría de los casos, compartan nada material.

Por último, la idea de bien jurídico representa un límite al legislador; pero, ese límite no se halla expresado en un concepto, sino que remite a los diversos preceptos constitucionales y a sus tradiciones interpretativas: a partir de ellas se trazan los límites que el legislador no puede rebasar a la hora del castigo y, por lo tanto, aquellos objetos y valores de la vida social susceptibles de ser protegidos penalmente y aquellos que no lo son.

Podría decirse que, con esta formulación, el bien jurídico resulta superfluo, pues, para conocer los límites de la legislación, basta con remitirse a las normas constitucionales; sin embargo, la legitimidad o ilegitimidad constitucional de los preceptos penales

66 Vid. Vives Antón, T.S., *Dos problemas del positivismo jurídico*, en *La libertad como pretexto*. Valencia, 1995, págs. 135 y ss.

67 Roxin, H.J., *Los diferentes*, cit., pág. 329.

tiene como primera condición que éstos tutelen algo que pueda ser considerado desde la perspectiva constitucional un *bien*. Con lo que la idea de bien, desprovista, eso sí, de toda pretensión sirve de intermediario entre la norma constitucional y la penal, conservando así el papel básico que se le ha venido atribuyendo por la doctrina mayoritaria.