

## Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo

Germán M. Teruel Lozano

Universidad de Murcia

## ***Abstract<sup>1</sup>***

*Este trabajo tiene por objeto estudiar desde la perspectiva europea el delito de incitación y de apología o enaltecimiento del terrorismo, con especial interés en las peculiaridades que se presentan cuando estas conductas se ejercen a través de Internet. Se tomará como referencia la tipificación ofrecida por la Directiva 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, y la actual regulación de estos delitos en el Código penal español. Asimismo, en la medida que estos delitos interfieren en la libertad de expresión, se buscará el estándar de protección más adecuado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contrastándola a su vez con la del Tribunal Supremo norteamericano. Todo ello para poder realizar una propuesta de redefinición de estos delitos de corte más garantista y que responda a las necesidades derivadas de la difusión de este tipo de mensajes a través de Internet.*

*Der vorliegende Beitrag untersucht aus einer europäischen Perspektive die Straftat der Anstiftung zum Terrorismus und der Apologie des Terrorismus; dabei wird besondere Aufmerksamkeit zu den im Internet begangenen Straftaten gewidmet. Als Bezugspunkt gilt die aus der Richtlinie (EU) 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2017 zur Terrorismusbekämpfung und der in Spanien geltenden Gesetzgebung resultierende Typisierung. Das von der EGMG Rechtsprechung bestimmte Schutzniveau der Meinungsfreiheit wird analysiert und mit der Rechtsprechung der Obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten verglichen. Die Untersuchung hat als Ziel, die durch die genannten Straftaten erschaffene Garantie zu verstärken und den aus der Verbreitung von Informationen im Internet entstandenen Bedürfnissen nachzukommen.*

*This work aims to study from the European perspective the offence of incitement and apology or glorification of terrorism, with special interest in the peculiarities that arise when these behaviors are exercised through the Internet. The paper will take as reference the typification offered by Directive 2017/541 of the European Parliament and the Council, of March 15, related to the fight against terrorism, and the current regulation of these offences in the Spanish Penal Code. Also, considering that these offences collide with freedom of expression, we will seek the most appropriate standard of protection in light of the case-law of the European Court of Human Rights, contrasting it with the Supreme Court of the United States doctrine.*

**Titel:** Internet, Anstiftung zu Terrorismusstrafaten und Meinungsfreiheit in dem europäischen Rahmen  
**Title:** Internet, Incitement to terrorism and freedom of expression in the European framework

**Keywords:** Incitement, glorification, terrorism, freedom of expression

**Stichworte:** Anstiftung, Apologie, Terrorismus, Meinungsfreiheit

**Palabras clave:** Incitación, apología, terrorismo, libertad de expresión

---

<sup>1</sup> Quiero expresar mi agradecimiento al Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg) que me acogió para realizar una estancia de investigación y me abrió las puertas de sus magníficos fondos bibliográficos para poder elaborar el trabajo que ahora se publica. El mismo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación "Protección de las minorías frente a los discursos del odio. La construcción multidisciplinar de la tolerancia desde el Derecho penal a las Políticas públicas" (DER2015-66189-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

## Sumario

1. La triada conceptual: internet, incitación terrorista y libertad de expresión
2. Difícil armonización del castigo de la incitación terrorista en el ámbito supranacional. La legislación europea como paradigma
3. ¿La legislación española como ejemplo?: presentación crítica de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y otras figuras afines
4. A la búsqueda de un estándar común en relación con la incitación al terrorismo como límite a la libertad de expresión: la jurisprudencia del TEDH y su contraste con la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano
5. Internet y los desafíos para la lucha contra el terrorismo
6. A modo de conclusión: propuesta de *lege ferenda* de un delito de incitación al terrorismo compatible con el más alto estándar de protección de la libertad de expresión
7. Tabla de jurisprudencia
8. Bibliografía

### 1. La triada conceptual: internet, incitación terrorista y libertad de expresión

El terrorismo se ha convertido en una de las grandes amenazas a las sociedades occidentales en este siglo XXI. Nuestras democracias han de hacer frente a ataques terroristas que pretenden aterrorizar a la población y desestabilizar, cuando no destruir, nuestro modelo de convivencia. El terrorismo no sólo busca causar un daño sino que acompaña el mismo de un fuerte mensaje. Se ha llegado a decir que el terrorismo es un “teatro”<sup>2</sup>; una trágica representación con una gran fuerza comunicativa. Y qué duda cabe que las actividades terroristas encuentran en Internet un nuevo espacio para desarrollarse y cultivarse. Algo que, como se estudiará, presenta nuevos desafíos.

Precisamente es en la lucha contra estos actos terroristas que conmocionan nuestras sociedades donde, al mismo tiempo, éstas deben confirmar el compromiso con sus ideales democráticos. Las exigencias de enfrentarse a tamaños mal, a tan grandes riesgos, someten a una notable tensión a nuestros valores y principios fundamentales, especialmente aquellos sobre los que se ha construido un Derecho penal garantista<sup>3</sup>. Frente al mismo, el Derecho penal del enemigo encuentra en el terrorista su paradigma: ya no son ciudadanos, han abandonado permanentemente a la sociedad y ahora la atacan<sup>4</sup>. Para neutralizar a estos enemigos se justifica

<sup>2</sup> LOOF, «Restricting free speech in times of terror: an ECHR perspective», en ELLIAN/MOLIER (ed.), *Freedom of speech under attack*, 2015, p. 185.

<sup>3</sup> Las bases del garantismo penal han sido descritas por FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 1997; o, más recientemente *El paradigma garantista*, 2018.

<sup>4</sup> La formulación original es de Jakobs (cfr. JAKOBS/CANCIO MELÍA, *Derecho penal del enemigo*, 2006, pp. 36-37, 63-64), donde se pregunta sobre los terroristas como personas en Derecho. Entre otros, sobre la introducción del concepto de enemigo en el Derecho penal, puede verse: ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal*, 2006, p. 18;

debilitar las garantías, quebrar la proporcionalidad y se reclama adelantar la intervención penal a estadios anteriores a la comisión efectiva del acto terrorista<sup>5</sup>. Aparecen así nuevos delitos: provocación e incitación al terrorismo, pero también enaltecimiento y apología, proselitismo y captación, adiestramiento y viajes con fines terroristas o ayuda a los mismos, incluso la mera consulta de páginas web con contenidos terroristas se pretende convertir en delito<sup>6</sup>.

Este trabajo se centrará en estudiar desde la perspectiva europea los delitos de incitación al terrorismo, incluyendo también las formas indirectas como la apología o el enaltecimiento, y las particularidades que ofrece el castigo de estas conductas cuando se realizan a través de Internet. Especialmente se tomará como referencia la tipificación que ofrece la Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, y la actual regulación de estos delitos en el Código penal español. Asimismo, en la medida que estos delitos interfieren en la libertad de expresión, se buscará el estándar de protección más adecuado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contrastándola a su vez con la del Tribunal Supremo norteamericano. Todo ello para poder realizar una propuesta de redefinición de estos delitos de corte más garantista y que responda a las necesidades derivadas de la difusión de este tipo de mensajes a través de Internet. Un intento de buscar respuestas eficaces a la barbarie terrorista sin abandonar nuestros principios de civilización, aquellos sobre los que se ha erigido el Estado constitucional garantista.

## *2. Difícil armonización del castigo de la incitación terrorista en el ámbito supranacional. La legislación europea como paradigma*

Las exigencias de prevención frente al terrorismo han llevado a que, entre otras, se pretenda el castigo de la incitación o incluso la apología de este tipo de delitos, según se acaba de mencionar. Tras el 11-S los Estados tomaron conciencia de la naturaleza de un nuevo peligro: el terrorismo internacional. A diferencia de otras formas de terrorismo “clásicas” con dimensión nacional, ahora aparecía con claridad un terrorismo que superaba barreras nacionales, amenazaba a todo Occidente y hacía suya la realidad de la globalización. Un terrorismo que, además, tendría un perfil asociado al fundamentalismo religioso<sup>7</sup>. Todo lo cual reclama una respuesta coordinada entre países. No basta con respuestas unilaterales. A mayor razón cuando, como se estudiará, el fenómeno terrorista se desarrolla a través de Internet.

---

GRACIA MARTÍN, «Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. 1, 2006, pp. 1051-1080; y, en la misma obra, su t.2; SILVA SÁNCHEZ, «Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. 2, 2006, pp. 985-1100.

<sup>5</sup> En sentido crítico pueden verse MUÑOZ CONDE, «El nuevo Derecho penal autoritario», en EL MISMO/LOSANO (coords), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, 2004, pp. 161-184; o SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2001.

<sup>6</sup> Este último delito fue introducido en Francia por la Ley n. 2017-258 de 28 de febrero de 2017 y ha sido declarado inconstitucional en la Decisión del *Conseil Constitutionnel* n. 2017-682 QPC de 15 de diciembre de 2017.

<sup>7</sup> LOOF, en ELLIAN/MOLIER (ed.), *Freedom of speech under attack*, 2015, p. 202, se refiere a las nuevas dimensiones del terrorismo tras el 9/11 como un terrorismo de naturaleza transnacional y caracterizado por el extremismo religioso.

Sin embargo, esta actuación armónica entre Estados se enfrenta también a dificultades. Por un lado, la propia definición de aquello que se entiende por actos terroristas es controvertida. Pero, además, en lo que a este trabajo interesa, cuando lo que se intenta es castigar conductas de incitación o apología que suponen el ejercicio *prima facie* de una libertad fundamental, los países mantienen diferentes estándares en relación con su reconocimiento y límites.

Tanto es así que en el ámbito internacional no se han logrado forjar acuerdos que impongan castigar penalmente la incitación al terrorismo, como sí que ocurre en otros ámbitos<sup>8</sup>. En el año 2001, como reacción a los atentados del 11-S, el Consejo de Seguridad dictaba una resolución en donde por primera vez se reconocía que “incitar a [la] comisión” de actos terroristas era “contrario a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”<sup>9</sup>. Hubo que esperar algunos años para que, nuevamente tras un atentado terrorista –en este caso en Londres– y en un contexto político singular<sup>10</sup>, por primera vez el Consejo de Seguridad acordara instar a todos los Estados a que “adopten las medidas necesarias y adecuadas” para “prohibir por ley la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo”<sup>11</sup>. No se aclaraba si los Estados quedaban comprometidos a prohibir sólo la incitación directa, o también la indirecta –de hecho, la mención a la “justificación o glorificación (apología)” quedaba relegada al preámbulo–. Tampoco se concretaba que la prohibición tuviera que llevar aparejada sanción penal. Incluso, se puede cuestionar el carácter vinculante de dicha resolución, constituyendo para los Estados un exhorto más que una obligación jurídica internacional<sup>12</sup>. Asimismo, en esta resolución se reconocía “la importancia de que, en un mundo cada vez más globalizado, los Estados actúen en colaboración a fin de impedir que los terroristas se aprovechen de tecnologías, comunicaciones y recursos avanzados para incitar al apoyo a actos delictivos”. Una resolución que igualmente proclamaba su compromiso con el respeto de la libertad de expresión.

Por su parte, en el contexto europeo sí que se ha logrado ir más allá a pesar de que se partía de diferencias notables entre los Estados, la mayoría de los cuales no castigaban específicamente este tipo de conductas de incitación o de apología al terrorismo, aunque según los casos las mismas

<sup>8</sup> Puede pensarse, por ejemplo, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que en su art. 4 reclama el castigo de la difusión de ideas racistas o la incitación a la discriminación racial; o el Protocolo adicional al Convenio sobre la ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos.

<sup>9</sup> Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

<sup>10</sup> En este sentido BARAK-EREZ/SCHARIA, «Freedom of speech, support for terrorism, and the challenge of global constitutional law», *Harvard National Secutiry Journal*, (2), 2011, p. 20, destaca: “Three elements that facilitated the adoption of this landmark resolution”: “The first element is the politital circumstances of the time: the Council was meeting at the leven of heads of states, only two months after the bombing attacks in London and one year after the Beslan attack [...]. The general feeling was that the Secutiry Council was expected to take a significant initiative. Second., the adoption of the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, on May 15, 2005, three months before the resolution was adopted [...]. The third element was the United Kingdom’s understanding of anti-terrorism”.

<sup>11</sup> Resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Vid. BARAK-EREZ/SCHARIA, *Harvard National Secutiry Journal*, (2), 2011, pp. 21-22, donde se ofrecen las claves interpretativas del compromiso logrado en esta resolución.

<sup>12</sup> En este sentido, señala ROLLNERT LIERN, «Incitación al terrorismo y libertad de expresión: el marco internacional de una relación problemática», *RDP*, (91), 2014, p. 235, que “la naturaleza meramente exhortatoria y no imperativa del verbo utilizado (“calls upon all the States...”) lleva a negar carácter vinculante a dicha resolución y a afirmar la inexistentia de una obligación jurídica general de proscribir la incitación del terrorismo al no estar la misma incluida en ninguno de los tratados internacionales de ámbito universal relativos al terrorismo”.

podían sancionarse por aplicación de tipos generales<sup>13</sup>. Fue en el año 2005 cuando se suscribió el Convenio n. 196 del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005, en cuyo artículo 5 los Estados partes se comprometieron a tipificar como delito las conductas de provocación pública para cometer delitos terroristas<sup>14</sup>. Se matizaba, eso sí, que las mismas no se reconocen como “delitos de terrorismo”<sup>15</sup>. Como se recoge en el Informe explicativo se prefirió recurrir a una fórmula genérica (provocación pública) en lugar de otras más casuísticas, haciendo irrelevante para su aplicación el carácter directo o indirecto de la incitación<sup>16</sup>. Se castiga la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición pública de mensajes provocadores, pero se añaden dos cautelas: la primera, de tipo subjetivo, reclama que exista una intención “incitadora”, añadida al requisito general de que este tipo de conductas se realicen de forma intencional e ilegal (o injustificada)<sup>17</sup>. Y, la segunda, que se produzca una situación de peligro que muestre que “se puedan cometer uno o varios delitos”, pero sin que sea necesario que el acto terrorista llegue a producirse (art. 8). Para valorar este peligro, como se recoge en el Informe explicativo, será necesario atender a la naturaleza del autor y del mensaje, y al contexto, de forma que en la aplicación de estos delitos de acuerdo con la legislación estatal se tenga en cuenta el “significado” y la “credibilidad” del peligro<sup>18</sup>. En cuanto al carácter público de la difusión, éste implica que el mensaje ha de haberse hecho “fácilmente” accesible al público, lo que excluye comunicaciones privadas<sup>19</sup>. Entre los ejemplos que recoge el Informe explicativo estaría la publicación en Internet o la creación y compilación de hipervínculos para facilitar su acceso. También la impresión de publicaciones o discursos en lugares accesibles a otros o el uso de medios de comunicación<sup>20</sup>. Más dudas representa, a mi juicio, considerar como público el uso de medios tecnológicos como Internet para difundir mensajes por *e-mail* o para intercambiar

<sup>13</sup> Cfr. CONSEJO DE EUROPA, “*Apologie du terrorisme*” and “*incitement to terrorism*”, 2004, donde se realiza un interesante estudio comparado de las legislaciones estatales en Europa, concluyendo que la mayoría de los Estados castigan la incitación al terrorismo pero sin contar con un delito propio. Se advierten además las notables diferencias entre los distintos países en el tratamiento de la cuestión y en su sensibilidad a la hora de dar protección a la libertad de expresión.

<sup>14</sup> “Artículo 5. Provocación pública para cometer delitos terroristas.

1. A los efectos del presente Convenio, se entenderá por «provocación pública para cometer delitos terroristas» la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos.

2. Cada Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la provocación pública para cometer delitos terroristas tal como se define en el apartado 1, cuando se cometa ilegal e intencionadamente.”.

<sup>15</sup> Los delitos de terrorismo se recogen en el Anexo del Convenio y, en sentido propio, serán el resultado de peligro que se quiere evitar castigando las conductas de provocación pública a los mismos. Cfr. Explanatory report to the Council of Europe Convention on the prevention of terrorism, 16/05/2005, § 77.

<sup>16</sup> Cfr. Explanatory report to the Council of Europe Convention on the prevention of terrorism, 16/05/2005, § 96. Asimismo, se explica que: “Direct provocation does not raise any particular problems in so far as it is already a criminal offence, in one form or another, in most legal systems. The aim of making indirect provocation a criminal offence is to remedy the existing lacunae in international law or action by adding provisions in this area” (§97), y añade: “The provisions allows Parties a certain amount of discretion with respect to the definition of the offence and its implementation. For instance, presenting a terrorist offence as necessary and justified may constitute the offence of indirect incitement” (§98).

<sup>17</sup> Cfr. Explanatory report to the Council of Europe Convention on the prevention of terrorism, 16/05/2005, § 99.

<sup>18</sup> Cfr. Explanatory report to the Council of Europe Convention on the prevention of terrorism, 16/05/2005, § 100.

<sup>19</sup> Cfr. Explanatory report to the Council of Europe Convention on the prevention of terrorism, 16/05/2005, § 102-103.

<sup>20</sup> Cfr. Explanatory report to the Council of Europe Convention on the prevention of terrorism, 16/05/2005, § 104.

materiales en un chat o foro. Algo que, al entender del Informe explicativo, sí que debería considerarse como puesta a disposición pública<sup>21</sup>. En todo caso, el Convenio incorpora también de forma expresa la obligación de respetar los derechos humanos y especialmente la libertad de expresión a la hora de tipificar y de aplicar estos delitos (art. 12).

La Unión Europea ha asumido igualmente el compromiso de responder de forma colectiva al terrorismo. La primera iniciativa fue la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, aunque en ésta únicamente se preveía el castigo de la inducción (art. 4). En 2008<sup>22</sup> fue modificada para, entre otras, incluir el castigo de la provocación a la comisión de un delito de terrorismo (art. 3.2.a)<sup>23</sup> entre los “delitos ligados a actividades terroristas” (por tanto, fuera de los delitos de terrorismo en sentido propio). Recientemente, esta regulación ha sido sustituida por la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo. La formulación de la provocación terrorista recogida por esta nueva normativa<sup>24</sup> no varía los elementos básicos de la definición del delito que ofrecía la Decisión marco y que, a su vez, habían sido mantenidos en la propuesta de Directiva realizada por la Comisión<sup>25</sup>. A saber: 1) Se castiga la *distribución o difusión pública* por cualquier medio de *mensajes incitadores* de forma directa o indirecta preconicen la comisión de *delitos de terrorismo* (definidos por la propia norma europea)<sup>26</sup>. 2) *Generando un riesgo* de que se puedan cometer tales delitos. Un riesgo que, como se explica en la Exposición de

<sup>21</sup> Cfr. Explanatory report to the Council of Europe Convention on the prevention of terrorism, 16/05/2005, § 104.

<sup>22</sup> Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008.

<sup>23</sup> La propia Decisión Marco definía esta conducta de provocación como: “*la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos;*” (art. 3.1.a). Puede verse el comentario crítico que realiza ROLLNERT LIERN, RDP, (91), 2014, pp. 243 ss. del modelo de penalización europeo seguido por la Decisión marco. En concreto, señala como elementos problemáticos, por un lado, que la Decisión marco ofrece “una definición abierta y general de la incitación al terrorismo que sería contraria al principio de seguridad jurídica” (p. 243); y, por otro, la imprecisión del requisito objetivo de que la incitación produzca un “peligro” de comisión de delitos de terrorismo (p. 245).

<sup>24</sup> Art. 5. Provocación a la comisión de un delito de terrorismo.

*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometiera intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos.”*

<sup>25</sup> COM(2015) 625 final. La propuesta de la Comisión era del siguiente tenor: “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 2, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que preconice o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o varios de dichos delitos, constituya un delito punible cuando se cometiera dolosamente.*” (art. 5).

<sup>26</sup> Como se dirá a continuación, nos encontramos con un delito de peligro, definido éste como “relazione probabile tra un fatto e un evento dannoso” (MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, 5<sup>a</sup> ed., 2007, p. 203). Así entendido, los delitos de terrorismo constituirían ese “resultado dañino” que se quiere prevenir pero que es probable que ocurra como consecuencia de la acción que se tipifica (la distribución o difusión pública de mensajes incitadores que preconicen de forma directa o indirecta la comisión de tales delitos). Ahora bien, la incitación en sí misma no tiene por qué referirse a un delito de terrorismo, puede realizarse de otras formas indirectas o encubiertas (por ejemplo, alabando a terroristas o ensalizando crímenes pasados o actos terroristas, con independencia de que los mismos puedan calificarse en sentido propio como delitos de terrorismo). Lo importante a los efectos de aplicar este tipo penal es que el mensaje al final suponga una provocación (con el consiguiente riesgo) para que se cometan delitos de terrorismo, aquí si entendidos en sentido estricto.

Motivos, deberá valorarse atendiendo a las circunstancias del caso<sup>27</sup>. Se configura así un delito de peligro, no de lesión, y parece excluirse la concepción de este delito como un tipo de peligro abstracto. De hecho, atendiendo a la dicción literal de la norma europea bien puede entenderse que la misma configura un delito de peligro concreto<sup>28</sup>, aunque tampoco lo hace de manera tan evidente como para descartar su comprensión como un delito de peligro hipotético o potencial. En cualquier caso, queda la duda de hasta qué punto vincula el diseño típico ofrecido por la Directiva europea siempre y cuando los Estados satisfagan las exigencias punitivas de la misma en su implementación. 3) Carácter *intencionado*, el cual debe extenderse a todos los elementos constitutivos de los delitos y por ende debe exigirse intención incitadora<sup>29</sup>.

Entre los aspectos más novedosos de la formulación destacaría que, por primera vez, se incorpora expresamente la apología en la descripción del tipo como una forma de incitación indirecta<sup>30</sup>; y que se prevé específicamente la difusión a través de Internet de este tipo de mensajes<sup>31</sup>. Incluso, se ha añadido un artículo 21 con medidas de eliminación y bloqueo de contenidos en Internet que suponen una provocación de actos terroristas. El Legislador europeo también mostró su preocupación por el respeto a los derechos fundamentales y previó un artículo específico (art. 23). Ello no ha evitado que sigan suscitándose dudas sobre esta regulación que adelanta notablemente la intervención penal y, además, sigue sin definir con precisión las conductas proscritas y el grado de peligrosidad que justifica el reproche penal<sup>32</sup>, según se ha dicho. Este último punto,

<sup>27</sup> La Directiva Europea toma aquí como referencia el Informe explicativo del Convenio Europeo y literalmente lo incorpora a su Exposición de Motivos: "En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional." (10).

<sup>28</sup> A mi entender, la redacción del art. 5 de la Directiva europea diseña un tipo penal de peligro concreto al referir que las conductas de incitación serán castigadas cuando *generen* un riesgo de que se cometa el acto. Así, puede entenderse que ese riesgo que ha de crearse como consecuencia de la difusión del correspondiente mensaje incitador es el resultado de peligro en un delito de peligro concreto. De hecho, en la propuesta de la Comisión así como en la Decisión marco anterior se decía que se castigarían tales conductas cuando *conllevaran* tal riesgo, algo que admitía mejor ser entendido como una aptitud ínsita en la conducta realizada y cuya idoneidad lesiva se valora como peligro hipotético o potencial.

<sup>29</sup> Cfr. Considerando 17 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017.

<sup>30</sup> Esta mención no aparece en la propuesta de la Comisión y fue incorporada en la primera lectura por el Consejo y del Parlamento. El considerando 10 en la Exposición de Motivos de la Directiva va más allá y explica que "Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población.". La Comisión Europea, por su parte, también explicaba en su propuesta la gran variedad de conductas que se entienden incluidas en este delito: "el enaltecimiento de los terroristas suicidas, el llamamiento a la adhesión a una yihad violenta, las invitaciones directas a la matanza de infieles, la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes de asesinatos brutales para publicitar la causa de los terroristas o demostrar su poder, cuando tal comportamiento conlleve, en efecto, el riesgo de que se cometan actos terroristas y a condición de que los mensajes se difundan con el fin de promover actividades terroristas (no necesariamente las de una organización terrorista específica). Dichos mensajes e imágenes también podrán comprender aquellos que denigren a las víctimas del terrorismo y a sus familias. Estas disposiciones también tenían por objeto garantizar la tipificación penal de la difusión a través de Internet de mensajes que fomenten la comisión de delitos de terrorismo o faciliten información terrorista."

<sup>31</sup> Estas modificaciones fueron introducidas a propuesta del Parlamento europeo y acordadas con el Consejo. Cfr. Nota informativa de la Secretaría General del Consejo de 21 de febrero de 2017 (doc. 6338/17).

<sup>32</sup> En sentido crítico véase el Dictamen del Comité Económico y Social a la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo (2016/C 177/09), en el que se advierte el peligro "para

como se verá, resulta clave para configurar un delito que responda a las exigencias derivadas de una adecuada protección de la libertad de expresión. Tanto que el hecho de que no exista una posición común entre los países a la hora de desarrollar esta cuestión puede dar lugar a que un Estado, amparándose en un mayor estándar de protección de la libertad de expresión, cuestione una condena dictada en otro país por este delito si, por ejemplo, la misma se basó en una genérica idoneidad lesiva (peligro hipotético o potencial) y no en la existencia de un peligro concreto.

Es por ello que parece pertinente, por un lado, ver cómo se ha concretado esta norma (para lo cual se estudiará a continuación el caso español) y, por otro lado, contrastarla con los estándares que han mantenido los tribunales a la hora de enjuiciar el conflicto de estas conductas incitadoras con la libertad de expresión.

### ***3. ¿La legislación española como ejemplo?: presentación crítica de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y otras figuras afines***

España fue uno de los primeros países en incorporar delitos específicos que castigaran no sólo la provocación directa a delitos de terrorismo sino también el enaltecimiento y la apología de los mismos<sup>33</sup>. Podría afirmarse que la legislación española ha sido pionera en este ámbito, constituyendo en cierto modo “ejemplo” para la posterior tipificación europea. En concreto, el Código penal de 1995 preveía en su artículo 18 el castigo de la provocación y de la apología como actos preparatorios<sup>34</sup> y así se contemplaba para los delitos de terrorismo en el art. 578 –en su redacción original–. Pocos años después, en 1998, se aprobaba una reforma del Código penal para incluir el delito de reclamo público de acciones violentas de bandas armadas o grupos terroristas (art. 170.2 Cp.), relacionado con el delito de amenazas<sup>35</sup>; y en 2010 se añadió a los actos preparatorios de los delitos de terrorismo el castigo de la propaganda terrorista (art. 579.1.2º

cualquier democracia” de tipificación delitos anticipados y acusa la falta de claridad en la definición del delito de provocación: “En un contexto de libertad de prensa y de expresión, cabe preguntarse en qué condiciones la difusión pública de un atentado terrorista deja de ser mera información para convertirse en provocación”.

<sup>33</sup> Cfr. CONSEJO DE EUROPA, 2004.

<sup>34</sup> La doctrina ha discutido intensamente sobre la corrección de castigar la apología como una forma de provocación, tal y como prevé el artículo 18 del Código penal. Algo que originariamente fue visto con buenos ojos en la medida que suponía un intento de limitar el ámbito de la apología pero que entra en contradicción con el propio sentido de la misma como forma indirecta o no explícita. Como apto preparatorio tenía que ser “*apta e idónea* para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos en la medida en que pueda determinar a otros a la perpetración del delito” (STS, 2ª, 29.11.1997, 2/1997 (Roberto García-Calvo Montiel), FJ. 30 –cursivas mías–). Y la configuración de esta figura como forma de provocación parece llevar a que se requiera un “*dolo instigatorio*”, es decir, un ánimo incitador. Al final, el castigo de la apología que preveía el Código penal de 1995 quedaba como un “*nullum jurídico-penal*” (POLANNO NAVARRETE, «Artículos 17 y 18», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, 1999, pp. 954-974), que bien podía ser considerada como una reminiscencia anti-liberal. Como señalaba COBO DEL ROSAL, «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», *LH-Enrique Bacigalupo*, t. I, 2004, p. 106: “Y así, con su cateta perversidad [del legislador], tirios y troyanos, todos contentos, menos aquellos que, como recuerdan dichos profesores, se empeñan por vocación y oficio en averiguar el contenido y sentido de las normas penales, y se puede añadir a la ciudadanía que se le engaña con una mueca legislativa...”.

<sup>35</sup> De forma crítica con este delito pueden verse, entre otros, RUIZ LANDÁRUBU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, 2002, pp. 65 ss.; o CUERDA ARNAU, «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», *Estudios de Derecho judicial: la generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, (128), 2007, pp. 91-121; LA MISMA, «Terrorismo y libertades políticas», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, (3), 2008, pp. 60-97.

párrafo)<sup>36</sup>.

Pero, en lo que aquí más interesa, fue en el año 2000 cuando el Legislador español incorporó un delito específico de enaltecimiento y justificación del terrorismo (art. 578 CP). El mismo castigaba conductas de naturaleza muy distinta: por un lado, preveía el castigo de actos de menoscabo o humillación de víctimas del terrorismo o sus familias; y, por otro, sancionaba el enaltecimiento o justificación públicos de delitos de terrorismo o de sus autores. La primera de las conductas no ha planteado grandes dudas interpretativas al ser entendido como una suerte de injurias agravadas<sup>37</sup>, a diferencia del segundo tipo –las de enaltecimiento– cuyo castigo sí que se ha cuestionado en términos de compatibilidad con la libertad de expresión y con los principios garantistas del Derecho penal<sup>38</sup>. En 2015 se volvía a reformar este precepto aunque sin afectar al núcleo de las conductas típicas. Entre las novedades se han endurecido las penas y se han incluido nuevos subtipos agravados –cuando la difusión se realice a través de Internet u otros medios tecnológicos y cuando los hechos sean idóneos para alterar gravemente la paz pública o generar un grave sentimiento de inseguridad o temor social–. Además, se ha especificado la posibilidad de que el juez decrete el borrado o inutilización de los soportes donde se hayan distribuido estos mensajes (libros, archivos...) o la retirada de los contenidos de Internet, aunque no se afina a la hora de distinguir entre medidas de interrupción o de bloqueo de acceso como sí que hace en otros preceptos (así, el 270.3 CP). Al final el mismo ha quedado configurado de la siguiente forma:

---

<sup>36</sup> El texto original introducido en el año 2010 disponía: “Cuando no quede comprendida en el párrafo anterior o en otro precepto de este Código que establezca mayor pena, la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión, será castigada con la pena de seis meses a dos años de prisión.”. Tras la reforma de 2015 éste ha quedado con el siguiente tenor: “1. Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo.”. Se trataría de una modalidad de la provocación como acto preparatorio.

<sup>37</sup> Como explica LAMARCA PÉREZ, «Apología: un residuo de incriminación de la disidencia», *La Ley Penal*, (28), 2006, pp. 3, 14, esta conducta “está mucho más cercana a los delitos de injurias o a los [...] delitos contra la integridad moral por lo que de entrada debe cuestionarse la necesidad de esta nueva figura delictiva que, además, vulnera el principio de igualdad pues todas las víctimas y sus familiares, y no sólo las de los delitos terroristas, tienen derecho a que no se lleven a cabo contra ellas este tipo de actos”. No obstante, la misma no ha estado exenta de críticas. Así, BENILLOCH PETT, «El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad», *ADPCP*, (54), 2001, p. 203, ha advertido que “la tipificación de la exaltación del terrorismo resulta legítima si se entiende como forma de injurias colectivas”, si bien señala que en tal caso resultaría “criticable por prever una pena desproporcionada”.

<sup>38</sup> Como se aprecia en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, 2011, p. 1747, “[d]esde luego, la desigual significación de ambas conductas, su distinta lesividad, no ofrece dudas. Resulta singularmente mucho más comprensible fundamentar lo injusto específico de las conductas de desprecio o humillación a las víctimas –su dignidad fundamentalmente- que no una conducta de enaltecimiento del terrorismo o sus autores que sólo en sentido impropio puede calificarse de apología, al no exigir el requisito de la provocación, si quiera indirecta a la comisión de delito de terrorismo alguno (pues para la directa ya está la provocación «ex» art. 18 CP), y que tantos problemas de límite con el derecho fundamental a la libertad de expresión plantea”. También se muestran muy críticos, entre otros, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, p. 80, donde se reconoce “el peligro de excesos” y la necesidad de mantener los “principios que limitan el *ius puniendo* deben mantenerse, aun a costa de cierta pérdida de eficacia, también en delitos que provocan tanta alarma como los relacionados con el terrorismo”. CUERDA ARNAU, *Estudios de Derecho judicial: la generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, (128), 2007, p. 116, duda también de la constitucionalidad de estas figuras por la proscripción del desaliento que genera el recurso al derecho penal ante conductas levemente ofensivas.

"Artículo 578.

1. *El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menoscrecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.*

2. *Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.*

3. *Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.*

4. *El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.*

*Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concorra alguno de los siguientes supuestos:*

a) *Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.*

b) *Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores.*

5. *Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa.”.*

Pues bien, en lo que hace a los elementos que definen la estructura típica de este delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 Cp.), hasta tiempos muy recientes el Tribunal Supremo venía identificando los siguientes:

"1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar aquí supone presentar o hacer aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal de carácter terrorista.

2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos: a) cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577; o b) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa recordar a este respecto que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas, pues puede cometerse también en referencia a un colectivo genérico de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión o difusión que otorgue cierta publicidad, como puede ser un periódico, un acto público o un lugar con numerosa

conurrencia.”<sup>39</sup>

De esta manera el art. 578 constituía una figura autónoma de apología<sup>40</sup> que busca sancionar formas de provocación débiles que “emparentan con los delitos de clima”<sup>41</sup>. Era interpretado, por tanto, como un delito de peligro abstracto y mera actividad que no necesita integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión del delito. Esta interpretación ha dado lugar en tiempos recientes a decisiones muy polémicas tanto del Tribunal Supremo como, sobre todo, de la Audiencia Nacional, muchas de las cuales, además, han sido resultado de la operación Araña desarrollada por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado entre abril de 2014 y abril de 2016 para limpiar las redes sociales de mensajes apologetas del terrorismo<sup>42</sup>.

Sin embargo, tal doctrina ha podido verse en cierto modo desacreditada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 112/2016, de 20 de junio<sup>43</sup>. En esta resolución el Tribunal Constitucional denegó un recurso de amparo por una condena por el delito de enaltecimiento terrorista y aprovechó para perfilar los límites de la intervención penal en este ámbito. El Tribunal acogió la doctrina que acuñó en relación con el discurso del odio<sup>44</sup> y consideró legítima la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo “en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, *aunque sea de manera indirecta*, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades” (cursivas mías)<sup>45</sup>. Esta “situación de riesgo” podría llegar a entenderse como la exigencia de un resultado de peligro o, al menos, como una idoneidad ofensiva (en este caso provocatoria) constatada *ex ante*. De hecho, en su sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, el Tribunal había exigido un “peligro cierto”<sup>46</sup> y en esta sentencia de 2016 estimaba

<sup>39</sup> Por todas, STS, 2<sup>a</sup>, 3.06.2014, 481/2014 (Alberto G. Jorge Barreiro).

<sup>40</sup> Siguiendo con las palabras del Tribunal Supremo: “Por lo demás, la conducta del art. 578 del C. Penal ostenta una sustantividad independiente de la apología contemplada en el artículo 18 del Código Penal, aunque no se puede desconocer que el enaltecimiento es una forma específica de apología. En tal sentido, la apología del art. 18, de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces resultará punible. Lo mismo que puede predicarse del art. 579 CP, que se refiere a la provocación, conspiración y proposición para la comisión de acciones terroristas específicas. / Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su naturaleza genérica, sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito concreto. La barrera de protección se adelanta por tanto, exigiéndose solamente la mera alabanza/ justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los ejecutaron.” (STS, 2<sup>a</sup>, 3.06.2014, 481/2014).

<sup>41</sup> ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *RDPC*, (4), p. 59.

<sup>42</sup> En particular, a partir del año 2015, se cuentan por decenas los juicios ante la Audiencia Nacional por el delito de enaltecimiento del terrorismo, la mayoría de los casos por conductas realizadas a través de redes sociales. El automatismo es tal que ya muchos de estos procesos concluyen directamente con condenas dictadas de conformidad. Entre otras muchas han sido especialmente notorias la SAN 9/2016, de 14 de marzo al caso Cassandra, finalmente casada por la STS, 2<sup>a</sup>, 26.02.2018, 95/2018 (Alberto G. Jorge Barreiro), y el caso César Strawberry resuelto finalmente por la STS, 2<sup>a</sup>, 18.01.2017, 4/2017 (M. Marchena Gómez). Para un análisis más detallado de esta jurisprudencia me remito a mi trabajo «Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial», *REJ*, (17), 2017, pp. 1-20, aunque matizaría en el mismo la lectura de la STS, 2<sup>a</sup>, 25.05.2017, 378/2017 (L. Varela Castro) como a continuación se verá, al deducirse de la misma una comprensión del delito de enaltecimiento como figura de peligro hipotético y no abstracto, algo que en aquél trabajo dudaba.

<sup>43</sup> STC, 1<sup>a</sup>, 20.06.2016, 112/2016 (J. A. Xiol Ríos).

<sup>44</sup> STC, Pleno, 7.11.2007, 235/2007 (E. Gay Montalvo).

<sup>45</sup> STC, 1<sup>a</sup>, 20.06.2016, 112/2016, FJ. 4.

<sup>46</sup> En concreto, en la STC, Pleno, 7.11.2007, 235/2007, FJ. 9 había legitimado el delito de negacionismo en tanto en cuanto se diera una “suerte de provocación al odio hacia determinados grupos [...], de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de

que había habido una incitación a la violencia ilegítima en la medida que podía considerarse que la conducta “era idónea para contribuir a perpetuar una situación violenta”<sup>47</sup>. Es cierto que al final el Tribunal Constitucional terminaba sosteniendo la idoneidad sobre el hecho de que se hubiera tratado de un acto público, publicitado por las calles y en un contexto donde la actividad terrorista sigue siendo un problema social<sup>48</sup>, algo que justificó las críticas del Magistrado Juan Antonio Xiol quien consideró que habría sido necesario haber realizado un juicio de peligrosidad más detenido<sup>49</sup>. Unas críticas que ya se habían dado a la Sentencia 177/2015, de 22 de julio<sup>50</sup>, en un caso por el que España ha sido condenada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>51</sup>.

Así las cosas, el Tribunal Supremo parece haber recogido el guante y en una reciente jurisprudencia, no exenta de algún vaivén<sup>52</sup>, ha realizado una interpretación constitucionalizada del precepto para reconocerlo como un delito de peligro potencial o hipotético: “De ahí la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas.”<sup>53</sup>. Debe entenderse que esta aptitud hay que valorarla a la luz de

discriminación”.

<sup>47</sup> STC, 1<sup>a</sup>, 20.06.2016, 112/2016, FJ. 6, donde añadía: “Para el Tribunal, «[i]ncitar supone siempre llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos”.

<sup>48</sup> STC, 1<sup>a</sup>, 20.06.2016, 112/2016, FJ. 6.

<sup>49</sup> El Magistrado Juan Antonio XIOL en su voto particular a la sentencia reconoce que aunque pueda entenderse como “un avance muy importante” que el Tribunal haya interpretado el tipo penal del enaltecimiento del terrorismo exigiendo que se acredite la existencia de una “incitación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista”, habría sido necesario un “mayor esfuerzo para profundizar en la determinación de los elementos que deben de ser tomados en consideración, desde una perspectiva constitucional, para valorar la necesidad y proporcionalidad de la injerencia de la intervención penal respecto de este tipo de conductas.”. Así, el Magistrado disidente proponía que se hubiera considerado el concreto impacto de la difusión pública, las circunstancias personales de quien realiza la conducta, la coincidencia temporal con actos terroristas o las concretas manifestaciones proferidas. Considerando estas circunstancias, el Magistrado Juan Antonio XIOL concluía que los jueces de instancia habían desarrollado “una labor estrictamente formal de interpretación y aplicación del citado precepto penal” y que una adecuada valoración de los hechos antes mencionados hubiera justificado conceder el amparo ya que la conducta no podía considerarse incitadora a la violencia terrorista.

<sup>50</sup> STC, Pleno, 22.07.2015, 177/2015 (J. A. Xiol Ríos). En esta sentencia el voto particular de la Magistrada Adela ASÚA, al que se adhería el Magistrado Fernando VALDÉS, reclamaba que el Tribunal debería incorporar el test del peligro claro e inminente como «estándar operativo para demarcar el campo del discurso protegido en el marco constitucional e internacional de los derechos humanos». También el voto particular de la Magistrada Encarnación Roca se sumaba, aunque en relación con la libertad ideológica, al test del «*clear and present danger*». Y muy crítico se mostró también el Magistrado Juan Antonio XIOL en el voto particular a esta sentencia.

<sup>51</sup> STEDH, 3<sup>a</sup>, 13.03.2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España.

<sup>52</sup> Así, la STS, 2<sup>a</sup>, 18.01.2017, 4/2017 (M. Marchena Gómez), en el caso César Strawberry, en el que avalaba la condena basándose en la difusión pública de un mensaje cuyo contenido podría considerarse que humillaba a las víctimas o enaltecía el terrorismo, aunque se había acreditado que no hubo ánimo ofensivo y que los tuits difundidos tenían simplemente un “tono provocador, irónico y sarcástico”. O la STS, 2<sup>a</sup>, 17.10.2017, 706/2017 (J. R. Soriano Soriano), donde admitía la condena a un tuitero sin realizar ninguna valoración de la idoneidad peligrosa ínsita en la difusión de sus mensajes a través de esta red social.

<sup>53</sup> STS, 2<sup>a</sup>, 25.05.2017, 378/2017, FJ. 3º. En sentido similar pueden verse, SSTS, 2<sup>a</sup>, 13.07.2017, 560/2017 (J. R. Berdugo Gómez de la Torre); 25.07.2017, 600/2017 (J. A. Sánchez Melgar); y 31.01.2018, 52/2018 (A. Palomo del

las circunstancias concretas sin que pueda presumirse *ex lege* por la pura realización de la conducta típica<sup>54</sup>, aunque no sea necesario que se haya verificado un resultado de peligro (peligro concreto). Una conclusión a la que llega el Tribunal Supremo apoyado también en el tenor de la Directiva Europea<sup>55</sup>.

Sin lugar a dudas esta relectura del delito de enaltecimiento supone un avance sustancial en una visión más garantista de este precepto. No obstante lo cual cabe plantearse si no sería necesario trasladarla al propio Código, recogiendo más claramente estos elementos que definen el contenido ofensivo del delito<sup>56</sup>, y, aún más, cabe cuestionarse si resulta satisfactorio justificar un límite a la libertad de expresión sobre la base de la pura aptitud o idoneidad genérica para incitar a la comisión de actos violentos o si, por el contrario, debería exigirse una peligrosidad concreta. Es por ello que seguimos avanzando en nuestro estudio para analizar ahora los estándares de protección de la libertad de expresión a la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo y del Tribunal Supremo norteamericano.

#### ***4. A la búsqueda de un estándar común en relación con la incitación al terrorismo como límite a la libertad de expresión: la jurisprudencia del TEDH y su contraste con la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano***

Una de las dificultades a la hora de consensuar a nivel internacional y europeo un delito de incitación al terrorismo es precisamente la diferencia de estándares en relación con la protección de la libertad de expresión que, sin lugar a dudas, se ve afectada por estos delitos. En el ámbito Europeo el sistema de referencia es el Convenio Europeo tal y como es definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si bien es cierto que el mismo ha de considerarse como un mínimo común denominador que todos los Estados deben comprometerse a respetar pero que no impide que los países asuman estándares más altos en el reconocimiento y tutela de un derecho. Es por ello que, aunque este trabajo se centre en el ámbito europeo, se cree oportuno introducir también como contraste la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano. Y es que existen diferencias notables entre la perspectiva del Convenio Europeo y la norteamericana en el acercamiento a los límites a la libertad de expresión ante discursos que incitan a la violencia, y más concretamente al terrorismo, que justifican su estudio comparado. Como se verá, mientras

Arco). Previamente ya había avanzado esta lectura restrictiva del tipo penal en la STS, 2<sup>a</sup>, 17.05.2017, 354/2017 (A. Palomo del Arco).

<sup>54</sup> Según el propio Tribunal Supremo: "Pero no basta esa objetiva, pero mera, adecuación entre el comportamiento atribuido y la descripción que tales verbos típicos significan. La antijuridicidad, pese a ello, puede resultar excluida, incluso formalmente, es decir sin entrar en el examen de determinadas causas de justificación, si aquella descripción no incluye expresamente algún otro elemento que los valores constitucionales reclaman al legislador para poder tener a éste por legítimamente autorizado para sancionar esos comportamientos formalmente descritos como delito. Es decir, no se trata de que debamos examinar si concurre un elemento excluyente (negativo, si se quiere) de la antijuridicidad, como podría ser el ejercicio de un derecho a la libertad de expresión. Se trata, antes, de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal."(STS, 2<sup>a</sup>, 25.05.2017, 378/2017, FJ. 3º).

<sup>55</sup> Entre otras, vid. SSTS, 217.05.2017, 354/2017; y 25.05.2017, 378/2017.

<sup>56</sup> En este sentido cfr. MUÑOZ CUESTA, «Interpretación del enaltecimiento del terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541», RArD, (8), 2017.

que en Europa se puede observar una inclinación favorable a justificar este género de limitaciones, en los EE.UU. se ha seguido una aproximación indirecta para evitar la confrontación con la Primera Enmienda norteamericana<sup>57</sup>.

Las diferencias entre ambos sistemas son evidentes desde el propio reconocimiento normativo de la libertad de expresión<sup>58</sup>. Así, por un lado, el Convenio Europeo al tiempo que afirma en su artículo 10 que “*toda persona tiene derecho a la libertad de expresión*”, inmediatamente advierte que su ejercicio entraña “*deberes y responsabilidades*” y “*podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática*” para la protección de otros bienes (seguridad nacional, integridad territorial, derechos de otros...). Incluso, conforme al art. 17 del Convenio podrá excluirse *ratione materiae* del ámbito de protección convencional cuando el ejercicio de cualquiera de los derechos pretenda “*dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo*”. Por otro lado, a diferencia de este acercamiento europeo la Constitución norteamericana en su Primera enmienda declara con radicalidad que “*Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press...*”. No obstante, es cierto que el contundente reconocimiento constitucional no ha impedido que se acepten límites a esta libertad en los EE.UU., aunque con carácter general hayan sido sometidos a un severo escrutinio por parte del Tribunal Supremo.

Pues bien, en relación con la incitación al terrorismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que enfrentarse a una variedad de casos dibujando una jurisprudencia que no presenta unos perfiles muy nítidos. Así las cosas, por un lado cabría destacar un primer grupo de sentencias relacionados con condenas por incitación a la violencia terrorista en Turquía<sup>59</sup>, y, por otro, un segundo grupo por condenas derivadas de discursos apologetas del terrorismo, en donde la sentencia más relevante fue la del caso Leroy c. Francia<sup>60</sup>, tras la cual se han sucedido una serie de decisiones relacionadas también con Turquía a caballo entre la incitación al terrorismo y la apología<sup>61</sup>. De la lectura de esta jurisprudencia pueden extraerse algunas conclusiones:

*Primera.* A priori, no cabe considerar contrario a la libertad de expresión el castigo de discursos

<sup>57</sup> Cfr. BARAK-EREZ/SCHARIA, *Harvard National Secutiry Journal*, (2), 2011, pp. 14 y ss.

<sup>58</sup> Así, cfr. SOTTIAUX, «The ‘Clear and Present Danger’ Test in the Case Law of the European Court of Human Rights», *ZaöRV*, (63), 2003, pp. 654 ss.

<sup>59</sup> Entre otros muchos, pueden destacarse SSTEDH 25.11.1997, apl. n. 69/1996/688/880, Zana c. Turquía; de 9.06.1998, apl. n. 22678/93, Incal c. Turquía; o las de 8.07.1999, apl. n. 26682/95, Sürek c. Turquía (n. 1); apl. n. 24919/94, Gerger c. Turquía; apl. n. 23927/94, Sürek y Özdemir c. Turquía; apl. n. 23556/94, Ceylan c. Turquía; apl. n. 23462/94, Arslan c. Turquía; y apl. n. 24735/94, Sürek c. Turquía (n. 3).

<sup>60</sup> STEDH, 5<sup>a</sup>, 2.10.2008, apl. 36109/03, Leroy c. Francia. Previamente, en la DTEDH 20.01.2000, apl. n. 35402/97, Hogefeld c. Alemania, se inadmitió un caso planteado como a raíz de unas declaraciones de una antigua miembro de una organización terrorista las cuales habían sido consideradas por los tribunales alemanes como promoción o apoyo del terrorismo. El Tribunal reconoció en este caso un amplio margen de apreciación a favor de Alemania. Más recientemente, véase también STEDH, 3<sup>a</sup>, 9.05.2018, apl. 52273/07, Stomakhin c. Russia.

<sup>61</sup> Entre otros, cfr. DTEDH 23.02.2010, apl. n. 38841/07, Taşdemir c. Turquía; y las SSTEDH 2.02.2010, apl. n. 13304/03, Savgin v. Turquía; de 8.06.2010, apl. n. 4870/02, Gül y otros c. Turquía; de 29.02.2012, apl. n. 43807/07, Kılıç y Eren c. Turquía; y de 17.12.2013, apl. n. 12606/11, Yavuz y Yaylali c. Turquía.

apologéticos, aunque no supongan una incitación directa a la violencia<sup>62</sup>. Y es que, como se dirá, el tenor de las expresiones será sólo uno de los elementos a valorar dentro del contexto en el que el discurso se produce. No obstante lo cual, el Tribunal Europeo ha destacado la dificultad que presenta castigar la apología del terrorismo<sup>63</sup>.

*Segunda.* Cuando se castiga un discurso incitador o apologeta del terrorismo existe una injerencia en la libertad de expresión. En estos supuestos estaríamos ante una colisión que deberá ser enjuiciada conforme al triple test diseñado por el Tribunal de Estrasburgo (previsión legal, finalidad legítima, y necesidad en una sociedad democrática). En tal sentido, en principio este tipo de discursos provocadores no van a quedar excluidos *ratione materiae* del ámbito del Convenio por mor del art. 17<sup>64</sup>.

*Tercera.* La intensidad del control que realiza el Tribunal Europeo o, si se prefiere, el margen de apreciación que concede a los Estados, se ve modulado por distintos factores. Así, por ejemplo, cuando se trata de un discurso político o de materias cuyo debate resulta de interés general el control será más intenso, mientras que si está en juego la seguridad nacional ante conductas incitadoras a la violencia en contextos conflictivos permitirá un mayor margen de apreciación<sup>65</sup>. En concreto, en relación con la lucha contra el terrorismo el Tribunal de Estrasburgo ha especificado que se deberá encontrar un “justo equilibrio” entre el respeto a los derechos fundamentales y a la libertad de expresión y el derecho legítimo de una sociedad democrática a protegerse contra los actos terroristas<sup>66</sup>.

*Cuarta.* En la aplicación del test de Estrasburgo para enjuiciar las injerencias por condenas por delitos de incitación o de enaltecimiento terrorista no se han presentado problemas en relación con la cobertura legal. Ello a pesar de las críticas que en ocasiones se realizan a la falta de claridad de estos tipos penales.

*Quinta.* La seguridad nacional e incluso la integridad territorial han sido admitidas por el Tribunal Europeo como fines legítimos para justificar la represión de actos incitadores de la

<sup>62</sup> Entre las más relevantes, cfr. STEDH, 5<sup>a</sup>, 2.10.2008, apl. 36109/03, Leroy c. Francia, § 37; o, en relación con la propaganda terrorista y sus afinidades con la apología, la STEDH 17.12.2013, apl. n. 12606/11, Yavuz y Yaylali c. Turquía, § 51.

<sup>63</sup> Así, en la STEDH de 2 de octubre de 2008, Leroy c. Francia, apl. 36109/03, § 37 reconocía que “En particulier, et comme le montrent les travaux du Conseil de l’Europe en la matière (paragraphes 20 et 21 ci-dessus), la principale difficulté réside dans la possibilité de punir l’apologie du terrorisme sans entraver les libertés fondamentales telle que la liberté d’expression.”.

<sup>64</sup> Pueden destacarse dos casos límite donde el Tribunal Europeo sí que ha aplicado el art. 17 CEDH para excluir de protección a determinados discursos y actuaciones de grupos islamistas que defendían acabar con los gobiernos no Islámicos e imponer la Ley islámica y atacaban especialmente a judíos y al Estado de Israel (véanse la STEDH 14.03.2013, apl. n. 26377/06, Kasymakhunov and Saybatalov c. Rusia, y la DTEDH 12.06.2012, apl. n. 31098/08, Hizb Ut-Tahrir and others c. Alemania). En la DTEDH 16.11.2004, apl. n. 23131/03, Norwood c. Reino Unido, se aplicaba también el artículo 17 para salvar la condena por un delito de hostilidades contra grupos religiosos que se había impuesto por desplegar un cartel en una ventana con las Torres Gemelas en llamas y el lema “Islam out of Britain – Protect the British People”.

<sup>65</sup> Por todas, cfr. STEDH 8.07.1999, apl. n. 23556/94, Ceylan c. Turquía, § 34; y STEDH, 3<sup>a</sup>, 9.05.2018, apl. 52273/07, Stomakhin c. Russia, § 86, 92.

<sup>66</sup> Entre otras, cfr. SSTEDH 25.11.1997, apl. n. 69/1996/688/880, Zana c. Turquía, § 55; 8.07.1999, apl. n. 23556/94, Ceylan c. Turquía, § 28; y 2.10.2008, apl. 36109/03, Leroy c. Francia, § 37.

violencia terrorista cuando se producen en contexto conflictivos. También se han asumido como fines legítimos la defensa del orden y la prevención frente al delito<sup>67</sup>.

*Sexta.* En el enjuiciamiento de la “necesidad en una sociedad democrática”, el Tribunal Europeo revisa en su totalidad los hechos del caso, incluyendo tanto el contenido de los discursos como el contexto en el que se produjeron<sup>68</sup>. El problema radica en que el Tribunal de Estrasburgo no ha dado una pauta clara en relación con el grado de peligrosidad que justifica una sanción de este género<sup>69</sup>. Si se analizan supuestos en los que el Tribunal ha concluido que había violación del Convenio veremos como en la mayoría de ellos lo que ocurre es que, tras revisar el tenor y contexto del discurso, concluye que no hubo una auténtica incitación a la violencia<sup>70</sup>. Además, para valorar la necesidad de la injerencia tiene en cuenta otros elementos como si se trató de un discurso de tipo político o que afecta al interés general<sup>71</sup>, o el tipo de sanción (su severidad<sup>72</sup> o si se había tratado de una restricción preventiva<sup>73</sup>). Por el contrario, cuando el Tribunal Europeo percibe que a la luz del tenor y del contexto un discurso puede ser advertido como una forma de incitación a la violencia, aunque sea indirecta, entonces es generoso concediendo un amplio margen de apreciación a los países, según se ha dicho, y, en consecuencia, suele entender como necesarias las medidas que se hubieran adoptado<sup>74</sup>. Si se pudiera extraer una pauta, el Tribunal

<sup>67</sup> Cfr. STEDH, 5<sup>a</sup>, 2.10.2008, apl. 36109/03, Leroy c. Francia, § 40.

<sup>68</sup> Así, concluía en la STEDH 8.07.1999, apl. n. 23556/94, Ceylan c. Turquía, § 32.III, que: “the Court must look at the interference in the light of the case as a whole, including the content of the impugned statements and the context in which they were made. In particular, it must determine whether the interference in issue was “proportionate to the legitimate aims pursued” and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient”. In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they based themselves on an acceptable assessment of the relevant facts.”. Previamente, en términos similares, véase, entre otras, STEDH 25.11.1997, apl. n. 69/1996/688/880, Zana c. Turquía, § 51.iii.

<sup>69</sup> En este sentido ha denunciado BONELLO, «Freedom of expression and incitement to violence», en CASADEVALLET *et al.* (eds.), *Freedom of expression: essays in honour of Nicolas Bratza, president of the European Court of Human Rights*, 2012, p. 351, que la jurisprudencia del TEDH “fails to distinguish sufficiently between dangerous and non-dangerous ‘incitement’”. Con un análisis de esta jurisprudencia véanse LOOF, en ELLIAN/MOLIER (ed.), *Freedom of speech under attack*, 2015, *passim*; y ROLLNERT LIERN, *RDP*, (91), 2014, pp. 239 ss.

<sup>70</sup> En este sentido, puede verse especialmente la STEDH 9.06.1998, apl. n. 22678/93, Incal c. Turquía, § 50, donde concluía: “Although the reference to “neighbourhood committees” appears unclear, those appeals cannot, however, if read in context, be taken as incitement to the use of violence, hostility or hatred between citizens”. En sentido similar pueden verse SSTEDH 8.07.1999, apl. n. 23462/94, Arslan c. Turquía, § 48; apl. n. 24919/94, Gerger c. Turquía, § 50; apl. n. 23927/94, Sürek y Özdemir c. Turquía, § 61; o, más recientemente, SSTEDH 2.02.2010, apl. n. 13304/03, Savgin v. Turquía, § 45, y de 3.10.2017, apl. n. 42168/06, Dmitriyevsky c. Rusia, § 107.

<sup>71</sup> Entre otras, cfr. STEDH 9.06.1998, apl. n. 22678/93, Incal c. Turquía, § 54; 8.07.1999, apl. n. 24919/94, Gerger c. Turquía, § 48; apl. n. 23462/94, Arslan c. Turquía, § 46; apl. n. 23927/94, Sürek y Özdemir c. Turquía, § 60; y de 3.10.2017, apl. n. 42168/06, Dmitriyevsky c. Rusia, § 95.

<sup>72</sup> Cfr. SSTEDH 8.07.1999, apl. n. 23462/94, Arslan c. Turquía, § 49; apl. n. 24919/94, Gerger c. Turquía, § 51; apl. n. 23927/94, Sürek y Özdemir c. Turquía, § 62.

<sup>73</sup> Cfr. SSTEDH 9.06.1998, apl. n. 22678/93, Incal c. Turquía, § 56 y de 13.02.2003, apl. n. 40153/98, Çetin y otros c. Turquía, §§ 57 y ss.

<sup>74</sup> En este sentido pueden verse, entre otras, STEDH de 25 de noviembre de 1997, Zana c. Turquía, apl. n. 69/1996/688/880, §§ 59-62; y las de 8 de julio de 1999, Sürek c. Turquía (n. 1 y n. 3). En la STEDH de 3 de octubre de 2017, caso Dimitriyevsky c. Rusia, § 99 se sintetiza esta jurisprudencia: “Another factor is whether the statements, fairly construed and seen in their immediate or wider context, can be seen as a direct or indirect call to violence or as a justification of violence, hatred or intolerance. The Court has held, in particular, that where such remarks incite violence against an individual, a public official or a sector of the population, the State enjoys a wider margin of appreciation when examining the need for an interference with freedom of expression” (énfasis míos).

de Estrasburgo como mucho valora la aptitud o idoneidad provocadora pero no enjuicia la causalidad concreta entre discurso y resultado probable, es decir, la mayor o menor probabilidad e inminencia de que se verifique el daño que se quiere prevenir -el efectivo peligro generado—<sup>75</sup>. Algo que ha sido polémico en el seno del Tribunal donde algunos jueces han reclamado que para justificar la necesidad de una injerencia en la libertad se debe valorar si existió un peligro real y efectivo<sup>76</sup>, e, incluso, en alguna decisión –bien es cierto que más bien aislada– el propio Tribunal parece haber hecho suyo el criterio del “*clear and present danger*”, concluyendo que debían reputarse “innecesarias” las sanciones impuestas a pesar del “tono” violento que literalmente tuvieron las expresiones que se habían castigado<sup>77</sup>.

En los casos en los que no había ni siquiera una provocación directa, sino que se trataba de discursos que enaltecen el terrorismo o que hacían apología de sus autores, la valoración del contexto se hace aún más importante. De esta suerte, el Tribunal ha reconocido un amplio margen de apreciación a los Estados y, consiguientemente, ha justificado condenas por estos delitos aún cuando no se hubiera incitado a la violencia explícitamente<sup>78</sup>. Ha aceptado así que

<sup>75</sup> Por ejemplo, en la STEDH 25.11.1997, apl. n. 69/1996/688/880, Zana c. Turquía, § 60, señalaba que el discurso enjuiciado “had to be regarded as likely to exacerbate an already explosive situation in that region.” (énfasis míos). En este sentido fueron polémicas la STEDH 8.07.1999, apl. n. 26682/95, Sürek c. Turquía (n. 1), § 62, donde para justificar el carácter necesario de la condena tuvo en cuenta las palabras usadas y su contexto, concluyendo que las mismas expresaban “a clear intention to stigmatise the other side to the conflict by use of labels” y que suponían “an appeal to bloody revenge by stirring up base emotions and hardening already embedded prejudices which have manifested themselves in deadly violence”; y la STEDH 8.07.1999, apl. n. 24735/94, Sürek c. Turquía (n. 3), § 40, en la que advirtió que “In such a context the content of the article must be seen as capable of inciting to further violence in the region.” (énfasis míos). Pero no realizó ningún juicio sobre la peligrosidad efectiva de las mismas. En este sentido, como ha destacado ROLLNERT LIERN, *RDP*, (91), 2014, p. 259, la jurisprudencia del Tribunal Europeo “es ambigua acerca de la disyuntiva entre probabilidad o mera posibilidad del peligro de acto terrorista, remitiéndose a criterios como la naturaleza del autor y el destinatario del mensaje y, en especial, al contexto, para valorar si se causa o no tal peligro”.

<sup>76</sup> A este respecto destacan los votos particulares de la Jueza Palm y el de los Jueces Tulkens, Casadevall y Greve, y muy especialmente el del Juez Bonello quien directamente reclama incorporar el canon del “peligro cierto e inminente”, en la STEDH 8.07.1999, apl. n. 26682/95, Sürek c. Turquía (n. 1). En sentido similar, véanse los votos que mantienen estos y otros jueces a las SSTEDH 8.07.1999 apl. n. 24919/94, Gerger c. Turquía; apl. n. 23927/94, Sürek y Özdemir c. Turquía; apl. n. 23556/94, Ceylan c. Turquía; apl. n. 23462/94, Arslan c. Turquía; y apl. n. 24735/94, Sürek c. Turquía (n. 3). Puede verse también, aunque en relación con el discurso del odio, el contundente voto particular de los Jueces Sajó, Zagrebelsky y Tsotsoria a la STEDH 16.07.2009, apl. n. 15615/07, Féret c. Bélgica. Véanse también las críticas del Juez Keller a la STEDH, 3<sup>a</sup>, 9.05.2018, apl. 52273/07, Stomakhin c. Russia.

<sup>77</sup> Así, la STEDH 8.06.2010, apl. n. 4870/02, Güll y otros c. Turquía, § 40-42, reconocía que no se discutía que los recurrentes hubieran gritado determinadas consignas en una manifestación, las cuales si se tomaran literalmente tenían un “tono violento”, pero en la medida que la manifestación era legal entendía que habrían tenido un impacto limitado en el orden público o en la seguridad nacional. Recordaba además que la libertad de expresión protege también de aquellos mensajes hirientes o molestos. Y concluía observando, en lo que aquí más interesa, que: “by shouting these slogans, the applicants did not advocate violence, injury or harm to any person. Furthermore, neither in the domestic court decisions nor in the observations of the Government is there any indication that there was a *clear and imminent danger* which required an interference such as the lengthy criminal prosecution faced by the applicants.” (énfasis míos). Una conclusión que es mantenida en la STEDH 29.02.2012, apl. n. 43807/07, Kılıç y Eren c. Turquía, §§ 28-29.

<sup>78</sup> Como se ha dicho, el caso más celebre es la STEDH 2.10.2008, apl. 36109/03, Leroy c. Francia, donde el Tribunal Europeo entendió necesaria la sanción por el delito de apología del terrorismo por una caricatura publicada días después de los atentados del 11-S en una revista vasca con el lema “we have all dreamt of it... Hamás did it”. Aunque el Tribunal descartó aplicar el art. 17 CEDH, sin embargo consideró que la viñeta implicaba una glorificación del terrorismo, expresando un apoyo moral al mismo y justificando su violencia y despreciando la dignidad de las víctimas. Por ello, aunque la misma se había distribuido en un diario con difusión limitada y se

ciertas formas de identificación con una banda terrorista y, sobre todo, el enaltecimiento de sus actos o de sus autores, la denigración de sus víctimas o los reclamos de financiación a favor de los mismos, pueden ser castigados sin un enjuiciamiento del peligro efectivamente generado<sup>79</sup>. Como concluye Jan-Peter Loof, a la luz de esta jurisprudencia “the link between the publication and the potential consequences, however, does not need to be a strong or direct one, nor does the author have to show a clear intent to incite”<sup>80</sup>.

La perspectiva norteamericana es muy distinta, por el contrario. En su aproximación a los discursos incitadores<sup>81</sup> el Tribunal Supremo norteamericano ha recurrido al canon del “*clear and present danger*”, aunque refinado con el paso del tiempo en una interesante jurisprudencia<sup>82</sup>. Este

trataba de un texto satírico, sin embargo el Tribunal tuvo en cuenta la sensibilidad de la región vasca con el terrorismo y constató que “pouvant attiser la violence et démontrant son impact plausible sur l’ordre public dans la région”. Más allá iba en la DTEDH 23.02.2010, apl. n. 38841/07, Tasdemir c. Turquía, donde el Tribunal reconocía el amplio margen de apreciación que corresponde a los Estados en estas cuestiones y directamente inadmitió la demanda al considerar que el discurso podía catalogarse como apología del terrorismo y la condena no había sido severa. Sin embargo, como se ha visto, en la STEDH 29.02.2012, apl. n. 43807/07, Kılıç y Eren c. Turquía, §§ 28-29, aunque el Tribunal advertía que alguno de los mensajes era claramente apogeta del terrorismo, al final consideraba que no era necesario su castigo a la luz de las circunstancias. También concluyó que hubo violación del Convenio en la STEDH 17.12.2013, apl. n. 12606/11, Yavuz y Yaylali c. Turquía.

<sup>79</sup> Específicamente, en la STEDH 17.12.2013, apl. n. 12606/11, Yavuz y Yaylali c. Turquía, § 51 declaraba: “La Cour relève que la propagande est souvent conçue comme une diffusion déterminée des informations à sens unique influençant la perception publique des événements, des personnes ou des enjeux. Le fait que les informations sont à sens unique n'est pas per se une raison pour limiter la liberté d'expression. Une restriction peut être prévue notamment pour empêcher l'endoctrinement terroriste des personnes et/ou des groupes susceptibles d'être influencés dont le but est de les faire agir et penser d'une manière voulue. Ainsi, la Cour accepte que certaines formes d'identification avec une organisation terroriste et surtout la glorification de cette dernière peuvent être considérées comme un soutien du terrorisme et incitation à la violence et la haine. De même, la Cour admet que la dissémination de messages d'éloge de l'auteur d'un attentat, le dénigrement des victimes, l'appel à financer des organisations terroristes ou d'autres comportements similaires peuvent constituer des actes d'incitation à la violence terroriste (voir paragraphes 24 et 26 ci-dessus). Dans ces circonstances, l'article 10 n'interdit pas en tant que telle toute restriction. Cependant, une telle restriction sera soumise à un examen le plus scrupuleux de la Cour (voir, mutatis mutandis, Association Ekin, précité, § 56)”.

<sup>80</sup> LOOF, en ELLIAN/MOLIER (ed.), *Freedom of speech under attack*, 2015, p. 215.

<sup>81</sup> Para otro tipo de discursos, como las palabras provocadoras (*fighting words*) el Tribunal Supremo ha diseñado test alternativos. Así, en Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942) excluía de protección aquellos discursos que causaran un daño (*inflict injury*) y los otras que tienden a incitar una perturbación inmediata de la paz (*tend to incite an immediate breach of peace*). Un criterio que, sin embargo, el Tribunal Supremo ha ido matizando para aplicarlo de forma cada vez más estricta (así, Cohen v. California, 403 U.S. (1971), 15, y Lewis v. New Orleans, 415 U.S. (1974), 130). También pueden verse Gregory v. Chicago, 394 U.S. (1969), 111; Garner v. Louisiana, 368 U.S. (1961), 368; y Terminello v. Chicago, 337 U.S. (1949), 1, en los que el Tribunal Supremo concluyó que no puede justificarse la injerencia en la libertad de expresión sólo porque los ciudadanos puedan ofenderse o reaccionar violentamente. Y en el caso de discursos amenazantes el Tribunal Supremo ha concluido que pueden sancionarse las “amenazas serias” (*true threats*), entendiendo por tales cuando “the speaker means to communicate a serious expression of an intent to commit an act of unlawful violence to a particular individual or group of individuals, see, e. g., *ibid.* The speaker need not actually intend to carry out the threat. Rather, a prohibition on true threats protects individuals from the fear of violence and the disruption that fear engenders, as well as from the possibility that the threatened violence will occur. R. A. V., *supra*, at 388. Intimidation in the constitutionally proscribable sense of the word is a type of true threat, where a speaker directs a threat to a person or group of persons with the intent of placing the victim in fear of bodily harm or death” (Virginia v. Black et al., 538 U.S. (2003), 343). Previamente puede verse Watts. v. United States, 394 U.S. (1969), 750. En general sobre estas cuestiones, cfr. LAWRENCE, «Violence-conducive speech: punishable verbal assault or protected political speech», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN (ed.), *Freedom of speech and incitement against democracy*, 2000, pp. 24 ss.; y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2011, pp. 145 ss.

<sup>82</sup> Sobre esta jurisprudencia, entre otros muchos, cfr. SCOTTIAUX, ZaöRV, (63), 2003, *passim*; y KRETZMER/KERSHMAN HAZAN, *Freedom of speech and incitement against democracy*, 2000, pp. 3-10, 11-31, 102-118; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS,

test nació de la pluma del juez O. W. Holmes en la sentencia *Schenck v. United States*<sup>83</sup> y se fue imponiendo progresivamente al “*bad tendency*” test que tenía su origen en el *Common law* británico<sup>84</sup>. Una jurisprudencia que, además, en un primer momento se vio condicionada por el peligro para la seguridad que podían representar ciertos discursos extremos en un momento de guerra –eran los años de la I Guerra Mundial–, lo que llevó a que el Tribunal Supremo fuera generoso admitiendo restricciones a la libertad de expresión. No obstante lo cual, los célebres votos particulares de los jueces O. W. Holmes y L. Brandeis<sup>85</sup> fueron calando en la cultura jurídica norteamericana. Así, en el caso *Dennis v. United States*<sup>86</sup>, durante la Guerra Fría, el Tribunal trató de alcanzar, como ha hecho notar Sottiaux<sup>87</sup>, “*an equilibrium between freedom of expression and national security*”, y aplicó el test del “*clear and present danger*” aunque todavía con una cierta flexibilidad, teniendo en cuenta fundamentalmente dos factores: la gravedad del mal que se quiere evitar y la probabilidad de que se verifique<sup>88</sup>. Un mal grave podría justificar que se castigara un discurso aunque el riesgo no fuera inminente. Posteriormente, en *Yates v. United States*<sup>89</sup> el Tribunal no aplicó este test pero anuló la condena porque el jurado se había basado en la distinción entre “*advocacy of abstract doctrine*” y “*advocacy of action*”, cuando, al entender del Tribunal Supremo, “*the essential distinction is that those to whom the advocacy is addressed*

*Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2011, pp. 159 ss.; y, muy especialmente, ARIAS CASTAÑO, *Clear and present danger test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, 2018 y MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, 2018.

<sup>83</sup> *Schenck v. United States*, 249 U.S. (1919), 47.

<sup>84</sup> En consideración a este test bastaba para considerar constitucional una injerencia en la libertad de expresión con que el discurso en cuestión mostrara una intención y, como mucho, a una aptitud genérica para producir actos dañinos, sin importar lo remotos que los mismos pudieran ser. En tal sentido, las sentencias a los casos *Debs v. United States*, 249 U.S. (1919), 211; *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. (1919), 204; e incluso *Abrams v. United States*, 250 U.S. (1919), 616, responden a este canon de enjuiciamiento más que al del “*clear and present danger*” propuesto por los jueces O. W. Holmes y L. Brandeis.

<sup>85</sup> Así, pueden destacarse el voto particular del juez O. W. Holmes, al que se suma el juez L. Brandeis, en el caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. (1919), 616. En él afirmaba: “we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country.”. Nuevamente en la sentencia *Gitlow v. People*, 268 U.S. (1923), 652, el juez Holmes junto al juez Brandeis firmaban un voto disidente en el que, frente al acercamiento del Tribunal basándose en el carácter incitador del discurso, concluían: “Every idea is an incitement. [...] The only difference between the expression of an opinion and an incitement in the narrower sense is the speaker's enthusiasm for the result.”. Por último, en el caso *Whitney v. California*, 247 U.S. (1927), 357, 375 fue el juez L. Brandeis en un voto concurrente al que se unió el juez O. W. Holmes definió el test de la siguiente forma: “no danger flowing from speech can be deemed clear and present unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion.”. De lo que se debía deducir la exigencia, por un lado, de que existía un riesgo inminente y que, además, el mal que quería evitarse debía ser grave.

<sup>86</sup> *Dennis v. United States*, 341 U.S. (1951), 494, 584. Anteriormente a esta sentencia pueden tenerse en cuenta los casos *Stromberg v. California*, 283 U.S. (1931), 359; *DeJonge v. Oregon*, 299 U.S. (1937), 353; y *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. (1937), 242; en los que el Tribunal Supremo afronta casos relacionados con libertad de expresión y discursos provocadores aunque sin recurrir específicamente al test del “*clear and present danger*”.

<sup>87</sup> SOTTIAUX, ZaöRV, (63), 2003, p. 665.

<sup>88</sup> SOTTIAUX, ZaöRV, (63), 2003, p. 662. Como señala esta autor, para reformular el test de Holmes-Brandeis el juez Vinson, quien escribe esta sentencia, aplica la fórmula original del juez L. Hand quien había propuesto como test alternativo el “*direct incitement approach*”, centrado fundamentalmente en el contenido y la naturaleza de las palabras usadas: “Hand's approach was thus more speaker-centred, focussing less on probable consequences of the expression than Holmes' standard” (SOTTIAUX, ZaöRV, (63), 2003, p. 665). Con un desarrollo más amplio de esta cuestión véase LAWRENCE, en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN (ed.), *Freedom of speech and incitement against democracy*, 2000, pp. 11 ss.

<sup>89</sup> *Yates v. United States*, 354 U.S. (1957), 298

must be urged to *do something, now or in the future, rather than merely to believe in something.*”. Por tanto, un criterio basado más en el contenido del mensaje que en la peligrosidad del mismo. Fue en *Brandenburg v. Ohio*<sup>90</sup> cuando el Tribunal Supremo, en una decisión *per curiam*, dio la formulación actual al test del “clear and present danger” definiéndolo de la siguiente forma: “the principle that the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.”. Dos, por tanto, serían los elementos a tener en cuenta para valorar si la injerencia es legítima: 1) La intención subjetiva de incitar; 2) Que el discurso sea idóneo para que se produzca de forma inminente la acción ilegal<sup>91</sup>. Se trataría así de un test que combina elementos subjetivos pero que también integra el enjuiciamiento de la efectiva e inminente peligrosidad que constituye el núcleo de la propuesta de los jueces O. W. Holmes y L. Brandeis<sup>92</sup>.

Sin embargo, en contraste con esta jurisprudencia, el Tribunal Supremo norteamericano, según se ha dicho, ha demostrado un “clear willingness to prohibit speech when it is linked to a terrorist organization in a manner that supports its activity”<sup>93</sup>. En concreto, en el caso *Holder v. Humanitarian Law Project* el Tribunal Supremo admitió que una actividad de asesoramiento en Derecho internacional y ayuda humanitaria podía ser castigada como una forma de colaboración con organizaciones terroristas de acuerdo con la USA Patriot Act, al considerar que no se estaba castigando el mero discurso político sino una forma de colaboración terrorista y, por ende, se imponía el interés superior de la defensa contra el terrorismo<sup>94</sup>. Se evitaba así tener que aplicar el test más estricto que hubiera correspondido de haber entendido que estaba en juego la I Enmienda.

En mi opinión, cuando nos encontramos con mensajes incitadores al terrorismo, con excepción de aquellos casos que claramente puedan entenderse como colaboración material con el terrorismo, su enjuiciamiento creo que debe realizarse a la luz de la libertad de expresión. Esto es claro cuando se trate de discursos incitadores a la violencia, ya sea de forma directa o incluso de forma indirecta mediante discursos apologéticos o enaltecedores de las actividades terroristas o de sus autores. También cuando se trate de discursos ofensivos para las víctimas de estos atentados, aunque en estos supuestos el canon ya no tendría que ir referido a la peligrosidad de los mismos sino a su capacidad vejatoria o injuriosa. Un supuesto límite es el de los casos de adoctrinamiento. Este tipo de discursos, más que como formas de colaboración material, creo que

---

<sup>90</sup> *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. (1969), 444. Todavía en esta sentencia el juez J. Douglas presentó un voto concurrente al que se sumó el juez J. Black, apostando por asumir como canon un test que basado en el contenido del discurso en el que se diferenciara entre “discurso” y “conducta”, de tal forma que cuando el discurso estuviera dirigido a incitar a una pluralidad de personas podría ser considerado como ilegal y ser castigado. Con posterioridad a la misma, aplicando el test en ella asentado, vid. *Hess v. Indiana*, 414 U.S. (1973), 105, 109.

<sup>91</sup> Así, SOTIAUX, ZaöRV, (63), 2003, p. 664. Con un estudio concreto de los elementos del test, vid. ALEXANDER, «Incitement and freedom of speech», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN (eds.), *Freedom of speech and incitement against democracy*, 2000, pp. 105 ss.

<sup>92</sup> En palabras de ALEXANDER, en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN (eds.), *Freedom of speech and incitement against democracy*, 2000, p. 105: “the Court’s decisión represented a refinement of the Homes and Brandeis ‘clear and present danger’ test.

<sup>93</sup> BARAK-EREZ/SCHARIA, *Harvard National Secutiry Journal*, (2), 2011, p. 19

<sup>94</sup> Un extenso comentario a esta sentencia se encuentra en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2011, pp.203 ss.

deberán estudiarse como una provocación encubierta y, por ende, valorar en qué medida suponen un riesgo de que se cometan tales actos de acuerdo con el canon que corresponda para enjuiciar las injerencias a la libertad de expresión. A este respecto, entre el canon más impreciso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, basado en la genérica aptitud peligrosa por el carácter provocador del mensaje, y el más restrictivo del Tribunal Supremo norteamericano del “clear and present danger” en su formulación actual, considero que sería preferible optar por este último, como se explicará a continuación con más detalle. Por ahora solo quiero subrayar, con palabras del juez Bonello, que lo “unacceptable is not incitement to violence, but the immediate capacity of words to beget actual violence”<sup>95</sup>. Algo que el Tribunal Supremo norteamericano ha sabido acoger en su test pero que en Europa no ha terminado de calar como sería deseable<sup>96</sup>.

## *5. Internet y los desafíos para la lucha contra el terrorismo*

Una de las características del fenómeno terrorista en el siglo XXI es, precisamente, su carácter global, transfronterizo<sup>97</sup>. Algo que ha hecho que encuentre en Internet un espacio fértil para desarrollar actividades terroristas (así, los actos de ciberterrorismo cuyo estudio excede del objeto del presente trabajo), pero también para difundir sus mensajes y consignas y para incitar a la comisión de los propios actos terroristas<sup>98</sup>. Preocupa muy especialmente cómo los terroristas pueden servirse de Internet para radicalizar a grupos sensibles de población en nuestras sociedades. Al mismo tiempo, no está clara cuál es la mejor respuesta ante la realidad de que, hoy por hoy, la Red es una fuente de radicalización<sup>99</sup>, y se discute si las medidas represivas o censoria son la mejor vía para enfrentarse a este problema<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> BONELLO, en CASADEVALLET al. (eds.), *Freedom of expression: essays in honour of Nicolas Bratza, president of the European Court of Human Rights*, 2012, p. 353.

<sup>96</sup> Siguiendo aquí también al juez BONELLO, en CASADEVALLET al. (eds.), *Freedom of expression: essays in honour of Nicolas Bratza, president of the European Court of Human Rights*, 2012, p. 355, en un comentario a la STEDH de 9 de julio de 1999, Surek and Ozdemir v. Turquía, éste concluía que “The ‘immediate lawless action’ doctrine, which never entered the Court’s case law by the front door, here peeps indistinctly through a window”. Una conclusión que es generalizable a la jurisprudencia del Tribunal Europeo según se ha visto.

<sup>97</sup> Cfr. LOOF, en ELLIAN/MOLIER (ed.), *Freedom of speech under attack*, 2015, p. 202; y RONEN, «Incitement to terrorist acts and international law», *Leiden Journal of International Law*, (23), 2010, pp. 659 ss.

<sup>98</sup> Como destacaba la Comisión Europea en su Propuesta de Directiva relativa a la lucha contra el terrorismo (COM(2015) 625 final): “Los grupos terroristas han demostrado competencias avanzadas en cuanto a la utilización de Internet y de las nuevas tecnologías de comunicación para difundir propaganda, interactuar con posibles adeptos, compartir conocimientos, planificar y coordinar operaciones. En particular, Internet y los medios sociales han brindado a los grupos radicales y terroristas nuevas oportunidades de llegar a públicos vulnerables y facilitar, de este modo, la captación o la autorradicalización.”. Antes, la propia Resolución 164 (2005) del Consejo de Seguridad ya había reconocido en su preámbulo “la importancia de que, en un mundo cada vez más globalizado, los Estados actúen en colaboración a fin de impedir que los terroristas se aprovechen de tecnologías, comunicaciones y recursos avanzados para incitar al apoyo a actos delictivos”. Por citar sólo algunos ejemplos.

<sup>99</sup> Así, BUSTOS GISBERT, «Libertad de expresión y control de la Red», en REVenga SÁNCHEZ (ed.), *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, 2014, p. 166, refiere que Internet “no es sólo el reino del pluralismo (que lo es); es también el reino del radicalismo más brutal, agresivo e irrespetuoso de los más mínimos valores de convivencia. Un caldo de cultivo perfecto para las organizaciones terroristas”. Sobre Internet como centro de acceso a la información radical, véase también REDIKER, «The incitement of terrorism in the Internet: legal standards, enforcement, and the role of the European Union», *Mich. J. Int’l L.*, (36), 2015, pp. 323 ss.

<sup>100</sup> En este sentido, vid. CHOUDHURY, «The Terrorism Act 2006: Discouraging Terrorism», en HARE/WEINSTEIN,

En cualquier caso el debate está abierto y, como se ha visto, las normativas que castigan la provocación y la apología del terrorismo han comenzado a prever específicamente su extensión al ámbito digital. Ahora bien, desde el punto de vista sustantivo comparto con R. Bustos que en Internet deben regir “en la medida de lo posible” los mismos principios jurídicos<sup>101</sup> y, en consecuencia, no han de verse afectados los límites a la libertad de expresión ni la definición de las conductas punibles. Distinto es que se valore el mayor o menor impacto que puede tener su difusión a través de estas tecnologías y las particularidades que pueden presentarse en la aplicación de las normas al proyectarse sobre estos medios. Así las cosas, a mi entender hay dos características de la comunicación a través de Internet que suponen un desafío para la respuesta jurídica a los actos de provocación al terrorismo que se desarrollan por estas vías<sup>102</sup>. Por un lado, destaca el carácter global y descentralizado de la Red, que carece de fronteras y no cuenta con un centro único de control. Por otro lado, Internet es un medio polifacético: permite formas de comunicación interpersonal, al tiempo que es un medio de comunicación de masas; es medio de comunicación multidireccional o puede servir para comunicar bilateralmente y para transmitir cualquier elemento que pueda ser digitalizado (datos, vídeos, imágenes...). En definitiva, Internet ofrece un medio de comunicación disperso y espontáneo, donde cabe el anonimato y en donde es relativamente fácil reproducir los contenidos.

Todo ello, desde la perspectiva de la respuesta del Derecho, plantea en primer lugar la exigencia de que se forjen acuerdos internacionales para definir las conductas prohibidas y para coordinar respuestas. Al tratarse de un fenómeno global, si no es desde la acción internacional, es muy difícil ser capaces de dar una respuesta eficaz. Pero, al mismo tiempo, según se ha podido ver, siendo tan dispares los estándares en relación con cómo proteger la libertad de expresión y aquello que se puede considerar como terrorismo se hace difícil componer esta respuesta armónica. En segundo lugar, se hace necesario delimitar adecuadamente cuándo estamos ante conductas que suponen una comunicación privada, amparada no sólo por la libertad de expresión sino también por el secreto de las comunicaciones, de aquellos casos en los que la difusión de un mensaje por Internet, aunque no esté abierto a todo el mundo, ha de considerarse

---

*Extreme speech and democracy*, 2009, pp. 463-487, quien estudia la eficacia de estos delitos en relación con la radicalización a través de Internet y cuestiona cómo en algunos casos las mismas pueden llegar a ser contraproducentes en la estrategia de lucha contra el terrorismo, ya que pueden dificultar la colaboración con las comunidades especialmente musulmanas para prevenir la expansión de estos discursos sin criminalizarlos. A este difícil equilibrio hace referencia la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, en su considerando 31, que se remite a su vez a la Estrategia revisada de la UE para luchar contra la radicalización y la captación para el terrorismo de 2014 y a las conclusiones del Consejo de Unión Europea sobre mejora de la respuesta judicial penal a la radicalización y la captación para el terrorismo, incluida la radicalización en línea. En ambas la Unión Europea plantea combinar medidas penales con políticas en materia de educación.

<sup>101</sup> Cfr. BUSTOS GISBERT, en REVenga SÁNCHEZ (ed.), *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, 2014, pp. 164, 170.

<sup>102</sup> Las particularidades que presenta la regulación de Internet en general, y en concreto en relación con la libertad de expresión, he tenido la oportunidad de estudiarlas con mayor detalle en TERUEL LOZANO, «Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, (9), 2016, pp. 215-243; y EL MISMO, «El Derecho ante el nuevo paradigma tecnológico de Internet», en SARRIÓN ESTEVE et al. (ed.), *Estudios de investigación europea para jóvenes investigadores. Construyendo ciudadanía. Europa, crisis y oportunidades*, 2015, pp. 205-236. En relación con la problemática de la lucha contra la incitación terrorista BUSTOS GISBERT, en REVenga SÁNCHEZ (ed.), *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, 2014, pp. 165 ss. detalla cuáles son las “complejidades” específicas que plantea Internet.

como comunicación pública. Algo sin lugar a dudas relevante para justificar el castigo de la provocación o de la incitación. Por último, la necesidad de limpiar Internet de contenidos ilícitos y de identificar a los autores exige cooperación internacional, según se ha dicho, pero también colaboración directa con los prestadores de servicios. Los Estados, por sí mismos, es difícil que puedan ejecutar eficazmente sus decisiones si no cuentan con la colaboración de los proveedores de servicios en Internet ya que no existe un centro único de control. Así, puede destacarse muy especialmente la iniciativa europea Clean IT para colaborar con la industria tecnológica en la lucha contra la expansión de mensajes terroristas en Internet<sup>103</sup>. A este respecto sí que quisiera destacar el riesgo que puede comportar la adopción de medidas identificación que puedan acabar con el anonimato en Internet<sup>104</sup>, así como el riesgo de censura privada como consecuencia del control de los contenidos publicados por parte de operadores de Internet. Todo lo cual nos obliga a tener que replantear el concepto de censura en el ámbito de Internet y la legitimidad jurídica de las medidas de bloqueo o interrupción<sup>105</sup>.

Así las cosas, en relación con los delitos de provocación al terrorismo en Internet, concluiría reconociendo la necesidad de forjar un acuerdo global sobre los mismos, tal y como se ha hecho en otros ámbitos<sup>106</sup>, de forma respetuosa con un alto estándar con la libertad de expresión, porque además es precisamente su salvaguarda la que garantiza la eficacia de las medidas que se adopten. No por más represión se va responder mejor a los objetivos de lucha contra el terrorismo. De hecho, hay que evitar una criminalización excesiva que pueda terminar por victimizar a los radicales o por marginar los debates ocultándolos en las profundidades de la Red en puesto de sacarlos a la luz para que puedan ser combatidos con mejores argumentos, y con cooperación con las propias comunidades implicadas. Y, al mismo tiempo, se ha de trabajar para establecer acuerdos sobre el diseño de Internet, su arquitectura y código, y se han de desarrollar medios técnicos en colaboración con la industria digital para limpiar la Red de mensajes ilícitos e identificar a sus autores, sin que ello comprometa de forma general el carácter abierto y plural del ciberespacio.

## *6. A modo de conclusión: propuesta de lege ferenda de un delito de incitación al terrorismo compatible con el más alto estándar de protección de la libertad de expresión*

De la necesidad debe hacerse virtud. De esta guisa, se ha podido comprobar a lo largo de este trabajo la necesidad de afrontar una respuesta armonizada a nivel internacional, y muy

---

<sup>103</sup> Sobre este proyecto, cfr. REDIKER, *Mich. J. Int'l L.*, (36), 2015, pp. 348 ss.

<sup>104</sup> Como concluía David Kaye, Relator especial de la ONU para la promoción y protección de la libertad de opinión y de expresión en un informe presentado al Consejo de Derechos Humanos que la encriptación y el anonimato en Internet “proporcionan la privacidad y seguridad necesarias para el ejercicio de la libertad de opinión y de expresión en la era digital” por lo que cualquier restricción que afecte a estos ámbitos debe ser lo más limitada posible de acuerdo con los “principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y legitimidad” (*Report on encryption, anonymity, and the human rights framework*, 05.2015).

<sup>105</sup> Cfr. TERUEL LOZANO, «Freedom of speech and new means of censorship in the digital era», *Percorsi Costituzionali*, (2), 2014, pp.560-579; y EL MISMO, «Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, (12), 2017, pp. 75-102.

<sup>106</sup> Así, puede verse especialmente el Convenio Europeo sobre la ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2001.

especialmente a nivel europeo, frente a aquellas conductas que suponen una provocación o el enaltecimiento del terrorismo. Sin embargo, al mismo tiempo también se han evidenciado las insuficiencias del actual marco normativo internacional y europeo, y la conveniencia de avanzar en Europa en un estándar de protección de la libertad de expresión más alto que el que hasta ahora ha definido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo el test diseñado por el Tribunal Supremo norteamericano en *Brandenburg v. Ohio*. Aunque la reciente Directiva europea ha supuesto un avance indudable, considero oportuno precisar de manera más concluyente algunos extremos que, como se ha dicho, han quedado abiertos y pueden dar lugar a distorsiones en su implementación por los Estados. De ahí que ahora, de forma modesta, tratemos de hacer virtud de esa necesidad de enfrentarse a los discursos provocadores al terrorismo para ofrecer una relectura del tipo penal recogido por la Directiva europea acomodada al más alto estándar de protección de la libertad de expresión.

De esta suerte, tratándose de un delito de incitación o de provocación al terrorismo, es necesario estudiar los siguientes elementos: en primer lugar, los elementos objetivos del tipo, la conducta típica y, en relación con la misma, la forma de la incitación (directa o indirecta, explícita o implícita –según se prefiera–) y su carácter público. En segundo lugar, el resultado (si se define como un delito de peligro concreto, tal y como aquí se propondrá). Algo que obliga también, en tercer lugar, a analizar el contenido de injusto del delito fundado en la peligrosidad, entendida como probabilidad de que como consecuencia de la realización de la conducta típica, concretada en un resultado peligroso, tenga lugar un determinado acto lesivo (lo que llamaré “resultado lesivo temido”). Para, por último, atender al elemento subjetivo del delito (*mens rea*)<sup>107</sup>.

En este sentido, aunque pueden existir suspicacias en el castigo de conductas apologéticas<sup>108</sup>, por mi parte entiendo que ha de poderse castigar cualquier forma de provocación con independencia de que ésta se haya realizado de forma más o menos directa o explícita. Como señala E. Barendt, “[a]ny speech which is understood by its audience as inciting the use of force or law violation

<sup>107</sup> Debe destacarse cómo las distintas instancias que han interpretado estos preceptos se han preocupado de identificar con precisión los elementos que justifican el castigo de estas conductas limítrofes con el ejercicio de la libertad de expresión. Así, por ejemplo, UN Secretary-General's report on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism -28/08/2008- (UN Doc. 6/63/337), § 62, declaraba en relación con la Resolución 1624 (2005) que: “for States to comply with international protections of freedom of expression, laws should only allow for the criminal prosecution of direct incitement to terrorism, that is, speech that directly encourages the commission of a crime, is intended to result in criminal action and is likely to result in criminal action.”. O en el Explanatory report to the Council of Europe Convention on the prevention of terrorism, §§ 99-100 destaca dos “condiciones” que deben darse para castigar estas conductas: la específica intención incitadora a delitos terroristas y la idoneidad para generar el peligro de que se cometan tales actos.

<sup>108</sup> En este sentido el UN Secretary-General's report on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism -28/08/2008- (UN Doc. 6/63/337), § 61 recomienda lo siguiente: “Incitement must be separated from glorification. If the first may be legally prohibited, the second may not. In the context of the fight against terrorism a troubling trend has been the proscription of the glorification of terrorism, involving statements which may not go so far as to incite or promote the commission of terrorist acts, but nevertheless applaud past acts. While such statements might offend the sensitivities of individual persons and society, particularly the victims of terrorist acts, it is important that vague terms of uncertain scope such as “glorifying” or “promoting” terrorism not be used when restricting expression. Incitement can be understood as a direct call to engage in terrorism, with the intention that this will promote terrorism, and in a context in which the call is directly causally responsible for increasing the actual likelihood of a terrorist act occurring. In their fight against terrorism and in order to respect the freedom of expression, States should be careful to differentiate the two notions.”.

might be held a criminal offence, provided the *Brandenburg* criteria are satisfied”<sup>109</sup>. Y es que, como se verá, el núcleo del reproche penal se centra en una adecuada valoración de la peligrosidad, acompañada lógicamente de la intención provocadora, y no en la forma que revista el concreto discurso<sup>110</sup>. Así, han de poder castigarse expresiones directamente provocadoras, pero también otras formas indirectas o encubiertas de apología o de enaltecimiento de los actos terroristas o de sus autores. De esta manera, aquí se puede asumir la posición de la Directiva europea aunque quepa mejorar su redacción típica. En particular, debe quedar clara la diferencia entre aquello que se ensalza, que no tiene por qué ser un delito de terrorismo en sí mismo (por ejemplo, la apología de sus autores o de otros actos criminales) y el resultado lesivo temido (los delitos de terrorismo).

Asimismo, debe perfilarse adecuadamente la exigencia típica de la publicidad, sobre todo teniendo en cuenta las particularidades que presenta la difusión por Internet donde se entremezclan comunicaciones abiertas al público con otras privadas pero que pueden alcanzar gran difusión. Como también puede ocurrir que un discurso se dé en un lugar abierto al público pero ante una concurrencia muy limitada de personas. De ahí que sea necesario desgranar los elementos que deben definir aquello que se entiende por “público” como requisito típico, teniendo en cuenta, por un lado, el canal o espacio de difusión (si se trata de un canal o espacio privado o abierto a un público indeterminado), y, por otro, la audiencia potencial que haya podido tener el mensaje<sup>111</sup>. Todo ello con independencia de que el mensaje se difunda en el mundo analógico o en el digital. En este sentido, creo que una adecuada definición del delito debe cubrir tanto mensajes difundidos a través de canales o en espacios públicos que se hayan hecho accesibles a un público indeterminado de personas, pero también cuando se distribuyan en canales o espacios privados si los destinatarios constituyen un grupo amplio. En este segundo caso –cuando se trate de comunicaciones privadas–, sí que habrá que tener en cuenta los destinatarios efectivos, y no los potenciales como cuando se difunde a través de un medio o en espacio público. Luego, será el juez el que valore las circunstancias concretas en relación con el riesgo producido. En este sentido, me plantea dudas que el Legislador prevea agravantes para el caso de que el mensaje se haya difundido a través de un medio que lo haga accesible a un

<sup>109</sup> BARENBT, «Incitement to, and Glorification of, Terrorism», en HARE/WEINSTEIN, *Extreme speech and democracy*, 2009, p. 455.

<sup>110</sup> Como expresa RONEN, *Leiden Journal of International Law*, (23), 2010, pp. 665: “The other elements of the offence, in particular the probability of harm test and the *mens rea*, can serve as safeguards against such abuse, without rendering the entire project ineffectual”. En este sentido véase también REDIKER, *Mich. J. Int'l L.*, (36), 2015, p. 346.

<sup>111</sup> Así, el art. 5 de la Directiva Europea requiere que el delito de provocación al terrorismo castigue “difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no”, lo que parece que incluiría tanto mensajes publicados en medios o espacios abiertos como comunicaciones privadas si van referidas a un elevado número de personas (este es el sentido más adecuado del término “difundir”). Éste es también el sentido que le da al término “poner a disposición del público” el Explanatory report to the Council of Europe Convention on the prevention of terrorism, según se ha visto: “The term ‘to the public’ makes it clear that private communications fall outside the scope of this provision” (§ 103); pero añade: “In order to make a message available to the public, a variety of means and techniques may be used. For instance, printed publications or speeches delivered at places accessible to others, the use of mass media or electronic facilities, in particular the Internet, which provides for the dissemination of messages by e-mail or for possibilities such as the Exchange of materials in chat rooms, newsgroups or discussion fora” (§104). Y es que, como expresa RONEN, *Leiden Journal of International Law*, (23), 2010, p. 667, “The determination whether a specific speech was ‘public’ or ‘private’ should take into account the totality of circumstances, such as the number of members of the public involved, and the openness and accessibility of the place or speech”.

elevado número de personas, ya que en buena medida este reproche ya está ínsito en el desvalor de la conducta básica. Lo que a mi entender sí que resulta pertinente, tal y como ha hecho la Directiva europea, es que se prevean específicamente normas para que los jueces puedan ordenar el bloqueo o filtrado de determinados mensajes, exigiendo en su caso la colaboración a los proveedores de servicios.

En cualquier caso, como se ha dicho, el núcleo de la ofensividad se sitúa en la definición de la peligrosidad. Por ello ha de definirse el resultado lesivo temido que no puede ser otro que la comisión de delitos de terrorismo<sup>112</sup>. Según se ha podido estudiar, los mensajes pueden resultar incitadores de múltiples formas pero ha de quedar claro que con ellos lo que se genera es un peligro de que acaezcan delitos de terrorismo. En definitiva, que la difusión pública de tales mensajes *puede* persuadir a otros para que cometan delitos de terrorismo tal y como los definen las legislaciones nacionales siguiendo las directrices europeas que han armonizado la cuestión. Ahora bien, la clave del contenido de injusto está en esa peligrosidad, entendida en términos de probabilidad —a lo que añadiría también el requisito de la inminencia—, de que se produzca el resultado que se quiere evitar (los delitos de terrorismo). Por eso he enfatizado anteriormente el término “puede”, ya que hay que dotar al mismo de un sentido típico.

En este punto la Directiva Europea y el Convenio de Europa van de la mano. En ambos casos, como se ha visto, los preceptos contemplan la exigencia de que como consecuencia de la difusión de los mensajes se *cree* un peligro de que se cometan tales actos, pero sin aclarar si se trata de un peligro concreto o de una aptitud peligrosa de la propia conducta valorada *ex ante*. Sea como fuere, esa peligrosidad concreta o esa idoneidad habría que valorarla atendiendo a diversas circunstancias: la naturaleza del autor y de los destinatarios del mensaje, el contexto, etc<sup>113</sup>. Algo que, según se ha dicho, excluye la concepción de estos delitos como tipos de peligro abstracto. De esta forma se respondería adecuadamente a las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, como también se ha estudiado, ha justificado las injerencias en la libertad de expresión ante mensajes incitadores del terrorismo siempre que se haya acreditado una idoneidad provocadora. Pero, siguiendo con lo que se ha analizado en este trabajo, ¿este criterio es suficiente para satisfacer el más alto estándar de protección definido por el Tribunal Supremo norteamericano en Brandenburg?

A mi juicio no. La interpretación de la fórmula del “likely to incite or produce unlawfull action” es clave. Y, a este respecto, considero que la misma, tal y como ha sido aplicada por el Tribunal Supremo norteamericano, exige que se acredite que el mensaje en cuestión sea responsable directo de que se cree un peligro cierto e inminente de que esos actos que se quieren prevenir pueden ocurrir. Ha de probarse, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, que se ha aumentado la probabilidad de que se cometan tales actos como consecuencia de ese discurso.

---

<sup>112</sup> La Resolución 1624 (2005) se refería genéricamente a la incitación a actos terroristas, sin definir cuáles eran tales actos. El Convenio Europeo, por su parte, sí que exigía que la incitación debía ir referida a “delitos terroristas” de acuerdo al elenco recogido en el propio Anexo. Algo en lo que ha sido aún más precisa la Directiva Europea que igualmente exige que el resultado que se quiere evitar es la comisión de delitos de terrorismo que ella misma define. Cfr. RONEN, *Leiden Journal of International Law*, (23), 2010, pp. 661 ss.

<sup>113</sup> Cfr. Explanatory report to the Council of Europe Convention on the prevention of terrorism, 16/05/2005, § 100, y Considerando 10º de la Directiva Europea.

Como ha señalado el Secretario General de la ONU<sup>114</sup>, la provocación terrorista sólo puede castigarse cuando “is directly causally responsible for increasing the actual likelihood of a terrorist act occurring”. Por tanto, será necesario que se acredite que la difusión del mensaje ha sido un elemento relevante para la generación del riesgo o situación de peligro (aunque no haya sido el factor exclusivo). Pero, además, éste ha de ser “inminente”, cercano en el tiempo. De ahí que, como proclaman los principios de Johannesburgo, sea necesario probar que “there is a direct and immediate connection between the expression and the likelihood of such violence”<sup>115</sup>.

Sólo así se le puede dotar de una consistencia real al juicio de peligrosidad. Al aplicar estos delitos se hace necesario valorar complejos fenómenos sociales que pueden desencadenarse como consecuencia de la difusión de un mensaje; algo que resulta imposible enjuiciar a medio o largo plazo. Tanto es así que, si el peligro es remoto, los jueces tendrían que basar su juicio más en suposiciones político-sociales que en un auténtico juicio de peligrosidad y terminarían condenado por cómo les “suene” el discurso, si parece más o menos provocador o incendiario pero sin una base fáctica que acredite su peligrosidad real. Asimismo, debe tenerse en cuenta que este tipo de delitos adelantan la intervención penal por el peligro de que otras personas realicen ciertos actos lesivos y no por el daño que en sí mismo genere la difusión de esos mensajes. ¿Podemos responsabilizar a quien difunde un mensaje por lo que transcurrido el tiempo pueda terminar insuflando a otros? Sinceramente, veo muy difícil de acreditar una conducta provocadora que genere unos peligros diferidos en el tiempo. Es por ello que, por muy grave que sea el mal que se pretende evitar, considero que no se puede excusar la concurrencia de ambos requisitos (alta probabilidad e inminencia) para castigar este tipo de conductas provocadoras<sup>116</sup>.

Esto, traducido en la configuración concreta del delito, exige diseñarlo como un tipo de peligro concreto en el que al ser aplicado los jueces deban valorar todas las circunstancias del caso (contenido del mensaje, vías de difusión, público, contexto...)<sup>117</sup> para acreditar que como consecuencia de la difusión del mensaje provocador se ha creado una situación peligrosa que permite estimar que es altamente probable e inminente que terceros cometan delitos de terrorismo. Lo que no es necesario, lógicamente, es que se verifiquen los actos terroristas. Se trata de un delito de peligro.

Desde la perspectiva subjetiva (*mens rea*) deberá concurrir una intencionalidad provocadora, aun cuando el mensaje fuera puramente apolítico. Es decir, para castigar este tipo de conductas debe acreditarse que el autor que difunde el mensaje tuviera la intención de provocar a otros a que cometan delitos terroristas<sup>118</sup>. Ahora bien, lo que no creo que sea necesario extender en estos

<sup>114</sup> UN Secretary-General's report on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism -28/08/2008- (UN Doc. 6/63/337), § 61.

<sup>115</sup> Art. 19. Johannesburg Principles on national security, freedom of expression and access to information (1995).

<sup>116</sup> Cfr. BARENNDT, en HARE/WEINSTEIN, *Extreme speech and democracy*, 2009, p. 461, en relación con la relevancia del terrorismo y su impacto en el canon de enjuiciamiento.

<sup>117</sup> Cfr. Considerando 10 de la Directiva 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo.

<sup>118</sup> Cfr. Considerando 17 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017; el Explanatory report to the Council of Europe Convention on the prevention of terrorism, 16/05/2005, § 99; el UN Secretary-General's report on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering

casos es el dolo propio de los delitos de terrorismo en la medida que los mismos no se reconocen como delitos de terrorismo en sentido estricto.

A esta propuesta se opondrán razones de eficacia y se señalará que la misma restringe excesivamente el ámbito punitivo, convirtiendo el delito en una herramienta poco útil para la lucha preventiva del terrorismo<sup>119</sup>. Frente a tales consideraciones hemos de ser conscientes de que el firme reconocimiento de la libertad de expresión ciertamente comporta riesgos pero debemos confiar en la madurez de nuestras sociedades. Y es precisamente esta confianza la que nos lleva a comprender que cuando el riesgo no sea inminente y no resulte altamente probable, si el peligro es lejano, entonces la vía de respuesta tiene que ser “más” y “mejor” discurso, otras políticas que permitan combatir que el mismo pueda contaminar nuestra sociedad, pero no la represión (y menos aún el castigo penal). De hecho, como se ha señalado anteriormente, la censura de este tipo de discursos puede tener contraindicaciones y su eficacia no está demostrada; puede sumergir en las tinieblas de Internet los espacios de radicalización de terroristas y, sobre todo cuando nos referimos a casos vinculados con discursos de extremismos religiosos, puede que su criminalización dificulte que sean las propias comunidades las que colaboren para su rechazo<sup>120</sup>. Incluso, en algunos casos, puede generar atracción hacia lo prohibido y victimizar a quienes son castigados por difundir mensajes radicales. Además, como ha reconocido Enric Barendt, entre otros argumentos para oponerse a este tipo de medidas, debemos recordar que “to extend the scope of the criminal law by proscribing speech encouraging terrorism is dangerous, because it enables the government to prosecute extreme political speech it dislikes, perhaps for very good reason, while not intervening in other circumstances where it is more sympathetic to the speech. A further reason for disquiet is that the Terrorist Act offence may well exercise some ‘chilling effect’ on freedom of political speech which the government accepts is not caught by the new law”<sup>121</sup>.

De esta guisa, en este intento de redefinir el tipo propuesto por la Directiva europea de acuerdo con un alto estándar de reconocimiento de la libertad de expresión, propondría la siguiente formulación que podría servir a los Estados miembros al implementar la normativa europea<sup>122</sup>:

*“Quienes intencionalmente, de forma directa o indirecta y con independencia del medio usado, inciten públicamente o difundan entre un elevado número de personas mensajes incitadores de delitos de terrorismo [tipificados en los Artículos x], generando [una situación que represente] un peligro cierto e inminente de que los mismos se cometan serán castigados con la pena de [...]”.*

Por último, como ya se dijo, para garantizar la mayor eficacia de la lucha contra el terrorismo este

terrorism -28/08/2008- (UN Doc. 6/63/337), § 61; y el OSCE/COE Expert workshop and office for democratic institution and human rights.

<sup>119</sup> Así, por ejemplo, RONEN, *Leiden Journal of International Law*, (23), 2010, p. 668.

<sup>120</sup> Cfr. CHOUDHURY, en HARE/WEINSTEIN, *Extreme speech and democracy*, 2009, pp. 463-487 y, en la misma obra, SAVAGE/LIHT, «Radical religious speech: The ingredients of a binary world view», pp. 488-507. Véase también REDIKER, *Mich. J. Int'l L.*, (36), 2015, pp. 323 ss.; y el Considerando 31 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017

<sup>121</sup> BARENDT, en HARE/WEINSTEIN, *Extreme speech and democracy*, 2009, p. 453.

<sup>122</sup> Recupero aquí, *mutatis mutandi*, el modelo de tipificación que ya propuse para el delito de negacionismo en TERUEL LOZANO, *La lucha del Derecho contra el negacionismo*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 515 y ss.

delito tendría que venir acompañado de otras medidas de cooperación policial y, sobre todo, del desarrollado de mecanismos que permitan limpiar de contenidos ilícitos Internet<sup>123</sup>. Adicionalmente, también hay que crear instrumentos para prevenir la radicalización en Internet y para colaborar con los grupos y comunidades más sensibles en nuestras sociedades<sup>124</sup>.

## *7. Tabla de jurisprudencia citada*

### **Tribunal Constitucional**

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, Pleno, 7.11.2007	235/2007	E. Gay Montalvo
STC, Pleno, 22.07.2015	177/2015	J. A. Xiol Ríos
STC, 1 <sup>a</sup> , 20.06.2016	112/2016	J. A. Xiol Ríos

### **Tribunal Supremo**

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 2 <sup>a</sup> , 29.11.1997	2/1997	Roberto García-Calvo Montiel
STS, 2 <sup>a</sup> , 3.06.2014	481/2014	Alberto G. Jorge Barreiro
STS, 2 <sup>a</sup> , 18.01.2017	4/2017	M. Marchena Gómez
STS, 2 <sup>a</sup> , 17.05.2017	354/2017	A. Palomo del Arco
STS, 2 <sup>a</sup> , 25.05.2017	378/2017	L. Varela Castro
STS, 2 <sup>a</sup> , 13.07.2017	560/2017	J. R. Berdugo Gómez de la Torre
STS, 2 <sup>a</sup> , 25.07.2017	600/2017	J. A. Sánchez Melgar
STS, 2 <sup>a</sup> , 17.10.2017	706/2017	J. R. Soriano Soriano
STS, 2 <sup>a</sup> , 31.01.2018	52/2018	A. Palomo del Arco
STS, 2 <sup>a</sup> , 26.02.2018	95/2018	A. Jorge Barreiro

<sup>123</sup> REDIKER, *Mich. J. Int'l L.*, (36), 2015, pp. 348-351.

<sup>124</sup> Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social a la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo (2016/C 177/09), § 1.6: "The Committee considers that tools to prevent radicalisation must be developed as part of a broader programme which factors in the social, economic, cultural, religious and political causes of the spread of this type of threat, and that they must be coordinated with action to combat and punish terrorism. However, radicalisation does not automatically mean predisposition or integration to violence. Prevention policies and programmes must target individuals and groups most predisposed to use violence for the purpose of terrorism. The role of civil society is crucial in dealing with the conditions which foster radicalisation and the predisposition to use violence".

### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Apl. n</i>	<i>Partes</i>
STEDH 25.11.1997	69/1996/6 88/880	Zana c. Turquía
STEDH 9.06.1998	22678/93	Incal c. Turquía
STEDH 8.07.1999	26682/95	Sürek c. Turquía (n. 1)
STEDH 8.07.1999	24919/94	Gerger c. Turquía
STEDH 8.07.1999	23927/94	Sürek y Özdemir c. Turquía
STEDH 8.07.1999	23462/94	Arslan c. Turquía
STEDH 8.07.1999	24735/94	Sürek c. Turquía (n. 3)
DTEDH 20.01.2000	35402/97	Hogefeld c. Alemania
STEDH 13.02.2003	40153/98	Çetin y otros c. Turquía
STEDH, 2.10.2008	36109/03	Leroy c. Francia
STEDH 16.07.2009	15615/07	Féret c. Bélgica
STEDH 2.02.2010	13304/03	Savgin v. Turquía
DTEDH 23.02.2010	38841/07	Tasdemir c. Turquía
STEDH 8.06.2010	4870/02	Gül y otros c. Turquía
DTEDH 12.06.2012	31098/08	Hizb Ut-Tahrir and others c. Alemania
STEDH 29.02.2012	43807/07	Kiliç y Eren c. Turquía
STEDH 14.03.2013	26377/06	Kasymakhunov and Saybatalov c. Rusia
STEDH 17.12.2013	12606/11	Yavuz y Yaylali c. Turquía
DTEDH 16.11.2004	23131/03	Norwood c. Reino Unido
STEDH, 3.10.2017	42168/06	Dmitriyevsky c. Rusia
STEDH, 3 <sup>a</sup> , 13.03.2018	51168/15	Stern Taulats y Roura Capellera
STEDH, 3 <sup>a</sup> , 09.05.2018	52273/07	Stomakhin c. Rusia

### U.S. Supreme Court

<i>Partes, Referencia, Tribunal, Año y Número</i>
Frohwerk v. United States, 249 U.S. (1919), 204
Debs v. United States, 249 U.S. (1919), 211
Abrams v. United States, 250 U.S. (1919), 616
Gitlow v. People, 268 U.S. (1923), 652

Whitney v. California, 247 U.S. (1927), 357, 375
Stromberg v. California, 283 U.S. (1931), 359
DeJonge v. Oregon, 299 U.S. (1937), 353
Herndon v. Lowry, 301 U.S. (1937), 242
Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)
Terminello v. Chicago, 337 U.S. (1949), 1
Dennis v. United States, 341 U.S. (1951), 494, 584
Yates v. United States, 354 U.S. (1957), 298
Garner v. Louisiana, 368 U.S. (1961), 368
Watts. v. United States, 394 U.S. (1969), 75011
Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. (1969), 444
Cohen v. California, 403 U.S. (1971), 15
Hess v. Indiana, 414 U.S. (1973), 105, 109
Lewis v. New Orleans, 415 U.S. (1974), 130
Gregory v. Chicago, 394 U.S. (1969), 111
Virginia v. Black et al., 538 U.S. (2003), 343

*Conseil Constitutionnel**Tribunal, Referencia, Fecha*

Conseil Constitutionnel n. 2017-682 QPC 15.12. 2017

## 8. Bibliografía

ALEXANDER (2000), «Incitement and freedom of speech», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN (eds.), *Freedom of speech and incitement against democracy*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, pp. 102 ss.

ALONSO RIMO (2010), «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (4), pp. 13 ss.

ARIAS CASTAÑO (2018), *Clear and present danger test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid.

BARAK-EREZ/SCHARIA (2011), «Freedom of speech, support for terrorism, and the challenge of global constitutional law», *Harvard National Security Journal*, (2), 2011, pp. 1 ss.

BARENDT (2009), «Incitement to, and Glorification of, Terrorism», en HARE/WEINSTEIN, *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, Oxford, pp. 445 ss.

BENLLOCH PETT (2001), «El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, (54), pp. 175 ss.

BONELLO (2012), «Freedom of expression and incitement to violence», en CASADEVALLET *et al.* (ed.), *Freedom of expression: essays in honour of Nicolas Bratza, president of the European Court of Human Rights*, Wolf Legal Publishers, The Netherlands, pp. 349 ss.

BUSTOS GIBERT (2014), «Libertad de expresión y control de la Red», en REVenga SÁNCHEZ (ed.), *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 161 ss.

COBO DEL ROSAL (2004), «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons, Madrid-Barecelona, pp. 103 ss.

CONSEJO DE EUROPA (2004), «*Apologie du terrorisme*” and “*incitement to terrorism*”, Estrasburgo.

CUERDA ARNAU (2008), «Terrorismo y libertades políticas», *Teoría y Derecho. Revisa de pensamiento jurídico*, (3), pp. 60 ss.

————— (2007), «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», *Estudios de Derecho judicial: la generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, (128), pp. 91 ss.

CHOUDHURY (2009), «The Terrorism Act 2006: Discouraging Terrorism», en HARE/WEINSTEIN, *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, Oxford, pp. 463 ss.

FERRAJOLI (2018), *El paradigma garantista*, Trotta, Madrid.

————— (1997), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.

GRACIA MARTÍN (2006), «Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t.1, Edisofer, Buenos Aires, pp. 1051 ss.

JAKOBS/CANCIO MELIÁ (2006), *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Pamplona.

KRETZMER/KERSHMAN HAZAN (eds.) (2000), *Freedom of speech and incitement against democracy*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston.

LAMARCA PÉREZ (2006), «Apología: un residuo de incriminación de la disidencia», *La Ley Penal*, (28), pp. 41 ss.

LAWRENCE (2000), «Violence-conducive speech: punishable verbal assault or protected political speech», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN (eds.), *Freedom of speech and incitement against democracy*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, pp. 11 ss.

LOOF (2015), «Restricting free speech in times of terror: an ECHR perspective», ELLIAN/MOLIER (eds.), *Freedom of speech under attack*, Eleven, The Hague, págs. 185 ss.

LUZÓN PEÑA (dir.) (2000), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada.

MANTOVANI (2007), *Diritto Penale. Parte generale*, 5<sup>a</sup> ed., CEDM, Padova.

MARTÍN HERREA (2018), *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, Dykinson, Madrid.

MUÑOZ CONDE (2004), «El nuevo Derecho penal autoritario», en EL MISMO et al. (coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 161 ss.

MUÑOZ CUESTA (2017), «Interpretación del enaltecimiento del terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), pp. 41 ss.

POLAINO NAVARRETE (1999), «Artículos 17 y 18», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, Edersa, Madrid, pp. 954 ss.

QUINTERO OLIVARES (dir.) (2011), *Comentarios al Código Penal español*, t.II, Aranzadi, Pamplona.

REDIKER (2015), «The incitement of terrorism in the Internet: legal standards, enforcement, and the role of the European Union», *Michigan Journal of International Law*, (36), pp. 321 ss.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2011), *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ROLLNERT LIERN (2014), "Incitación al terrorismo y libertad de expresión: el marco internacional de una relación problemática", *Revista de Derecho Político*, (91), pp. 231 ss.

RONEN (2010), «Incitement to terrorist acts and international law», *Leiden Journal of International Law*, (23), pp. 645 ss.

RUIZ LANDÁRUBU (2002), *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, COLEX, Madrid.

SAVAGE/LIHT (2009), «Radical religious speech: The ingredients of a binary world view», en HARE/WEINSTEIN, *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, Oxford, pp. 488 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2006), «Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t.2, Edisofer, Buenos Aires, pp. 985 ss.

————— (2001), *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.

SOTTIAUX (2003), «The ‘Clear and Present Danger’ Test in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, (63), pp. 653 ss.

TERUEL LOZANO(2017),«Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial», *Revista de Estudios Jurídicos*, (17), 2017, pp. 1 ss.

————— (2017), «Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, (12), 2017, pp. 75 ss.

————— (2016),«Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, (9), pp. 215 ss.

————— (2015), «El Derecho ante el nuevo paradigma tecnológico de Internet», en SARRIÓN ESTEVEet al. (ed.), *Estudios de investigación europea para jóvenes investigadores. Construyendo ciudadanía. Europa, crisis y oportunidades*, Comares, Granada, pp. 205 ss.

————— (2015), *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, CEPC, Madrid.

————— (2014), «Freedom of speech and new means of censorship in the digital era», *Percorsi Costituzionali*, (2), pp. 560 ss.

ZAFFARONI (2006), *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid.