

Nº 28
Cuarto trimestre 2021

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Gabilex
Nº 28
Diciembre 2021
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

Número 28. Diciembre 2021

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local

D. Jordi Gimeno Bevia

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.

SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción.....	12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NOCIVA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO STRAWBERRY	
D ^a Ana María Valero Heredia.....	23
LAS CONDUCTAS COLUSORIAS DE LOS LICITADORES Y SU CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
D ^a Irene Montagud Grau.....	69
EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SUS PECULIARIDADES EN EL ÁMBITO LOCAL	
D. José Manuel Bejarano Lucas.....	149
CONSULTAS PRELIMINARES PARA UNA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA, EFICIENTE Y RESPONSABLE	
D ^a . Victoria Barbi Martínez	205

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO ABOGADO
PÚBLICO DEL SIGLO XXI
D^a Mónica Antinarelli
D. Elcio Nacur Rezende.....327

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

FINALIZACIÓN DE LA EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN DE
CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO EN LOS
SUPUESTOS DE REVISIÓN
D. Jaime Pintos Santiago
D. Roberto Carrodegas Méndez.....365

NULIDAD DE CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DEL
CONTRATO RELATIVA A CRITERIOS LINGÜÍSTICOS
D. Jaime Pintos Santiago
D. Roberto Carrodegas Méndez.....375

BASES DE PUBLICACIÓN 386

EDITORIAL

IV Jornadas de la Revista Gabilex, Toledo 4 y 5 de noviembre de 2021.

Las jornadas han hecho honor a la vocación de una buena revista jurídica, repasando las principales cuestiones de actualidad en distintos ámbitos del derecho. Son un fiel reflejo del trabajo de los Servicios Jurídicos autonómicos que, muchas veces, tienen que “tocar todos los palos” en su quehacer.

El presente resumen no da cuenta de las aportaciones y explicaciones de los ponentes que pudimos seguir los asistentes a las jornadas, pero sí recoge unos apuntes de lo que se abordó en las respectivas ponencias con enlaces a algunas sentencias citadas, con objeto de poder profundizar en su estudio.

En algún caso se añaden novedades producidas con posterioridad a las ponencias.

4 de noviembre de 2021

**Primera ponencia: JURISPRUDENCIA
ACTUALIZADA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN
MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.**

Vicente Magro Servet, Magistrado Sala II del T. Supremo.

Hizo un repaso exhaustivo de las últimas sentencias dictadas por el TS en la materia, con la correspondiente explicación del magistrado.

Exigencia de denuncia en delitos contra la intimidación se puede convalidar con la presencia y declaraciones de la víctima en el proceso. Asunto de La Manada STS 693/2020.

Impago de pensiones como violencia económica. STS 239/2021.

Acoso ilegítimo o Stalking, el TS fija 13 reglas para apreciar su concurrencia. STS 599/2021 (FJ 1 in fine).

Abecedario del maltrato habitual, el TS fija 27 reglas para apreciar la concurrencia del delito. STS 684/2021.

Victim impact statements, o declaración de impacto de la víctima, que puede tener importancia para el cálculo de la responsabilidad civil. STS 695/2020 (FJ 2).

Declaración progresiva de la víctima. La persistencia en la declaración de la víctima permite salvar contradicciones en sus declaraciones. STS 695/2020.

Segunda ponencia: EL CONTRATO DE INTERINIDAD EN EL ÁMBITO PÚBLICO.

Francisco Ramos Moragues, Profesor Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia.

El ponente hizo un repaso a la figura de la interinidad laboral (art. 15.1-c) TRLET y RD.2720/1998). Desde muy pronto se admitió la interinidad no sólo para sustituir a un trabajador con derecho de reserva, sino también para ocupar una vacante mientras dure el proceso de selección o provisión SSTS Contencioso administrativo rec. 140/1995 y rec. 76/1999.

También explicó la diferencia entre las sustituciones directas e indirectas, y que están, igualmente, admitidas por la jurisprudencia.

Dejando aparte el momento de nacimiento de la relación, el ponente explicó que la problemática mayor se produce respecto de la duración del contrato y los efectos de la terminación. Comenzó con un repaso de los vaivenes en materia de derecho a la indemnización, derivados de las sentencias De Diego Porrás I, STJUE de 14.09.2016 (asunto C-596/14) y De Diego Porrás II, STJUE de 21.11.2018 (asunto C-619/17).

Trató la pregunta de cuánto duran los procesos de selección o provisión en la Administración. Situación actual derivada de la STJUE IMIDRA de 3.06.21 (asunto C-726/19). Y recepción de esta por el Supremo en la STS 649/2021.

Finalmente, planteó la difícil situación de los trabajadores afectados por un rescate o por una cesión ilegal. En ambos casos hay un personal que tiene que integrarse en la Administración sin que esté claro el régimen en que deba hacerlo. Para el ponente parece claro que debe respetarse la regla de prohibición de modificar in peius la situación del personal, y dijo que está tratado en la STJUE Correira Moreira de 13.06.2019 (asunto C-317/18).

También dio cuenta de que estas cuestiones siguen planteando dudas con la cita de una cuestión prejudicial elevada desde un Juzgado de lo Social de Barcelona de la que da cuenta el prof. Ignasi Beltrán en su blog, en la que se plantea la interesante cuestión de si el indefinido

no fijo sigue siendo trabajador de duración determinada según el derecho comunitario (asunto C-464/21).

ÚLTIMA HORA: Al ritmo frenético que va el derecho hoy en día, es necesario dejar constancia de dos sentencias del Tribunal Supremo que afectan al problema de los interinos en el sector público. Una de la Sala de lo contencioso-administrativo relativa al derecho a la indemnización por cese STS de 15 de noviembre de 2021 RCA 6103/2018. Otra de la Sala de lo social en relación a la pretensión de fijeza de aprobados sin plaza STS de 16 de noviembre de 2021, número 1112/2021, CUD 3245/2019.

Tercera ponencia: LOS CANALES DE DENUNCIA A RAIZ DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA PROTECCIÓN DELAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN.

José Luis Piñar Mañas, Catedrático de Derecho Administrativo de las Universidades de Castilla-La Mancha y S. Pablo CEU (excedente).

La Directiva se concibe como un instrumento de lucha contra la corrupción (whistleblowers).

Plazo de trasposición, art. 26: 17.12.2021

Hay un borrador entregado al Ministerio que elaboró la Comisión General de codificación. El ponente no pudo dar cuenta del borrador por el deber de confidencialidad. Tres canales de alerta: interna, externa; pública. Tienen que ser efectivos, confidenciales y seguros (Cdo 3).

Interno: obligación de las AAPP de establecer el canal con los requisitos que marca la Directiva.

Externo: necesidad de una autoridad independiente.

Revelación pública: vía subsidiaria.

Algunas CCAA están adaptando su normativa a la Directiva, en la medida de sus posibilidades. Así se hizo referencia a Baleares, por ejemplo, que tiene una Ley 16/2016 de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, en la que dispone que se aprobará por parte de la Oficina un protocolo de actuación que garantice la protección y la salvaguarda de los derechos de los denunciantes; y ya lo ha hecho a través de una Resolución de 12 de febrero de 2021 por la que aprueba el protocolo de actuación para la protección y la salvaguarda de los derechos de las personas denunciantes o alertadoras. Se dio cuenta de la tramitación castellano manchega de una adaptación normativa, y recientemente se ha aprobado el Decreto 114/2021, de 16 de noviembre por el que se modifica el Decreto 77/2019, de 16-7-2019, de estructura orgánica y competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, para atribuir competencias en el llamado canal interno.

Necesidad de proteger al delator. Posibles medidas de apoyo o recompensa. Binomio: deber de confidencialidad y exención de responsabilidad.

Problemas limítrofes con derecho penal y con protección de datos (art. 24 LO 3/2018). Necesidad de respetar los derechos del denunciado.

Conceptos muy amplios de infracción y de denunciante. En el turno de preguntas el ponente entendió que la

Directiva tendría efecto directo, a pesar de la amplitud de los conceptos que utiliza.

Entrega de premios. El secretario del jurado, D. Leopoldo Gómez Zamora dio lectura al acta en la que se premiaron en categoría, general, a D^a Ana M^a Valero Heredia por su trabajo: "La libertad de expresión nociva en el caso Strawberry". Y, en categoría, Masteres, TFG y similares, a D^a Irene Montagud Grau, por su trabajo: "Las conductas colusorias de los licitadores y su control en la contratación pública".

5 de noviembre de 2021

Primera ponencia: EL URBANISMO JUDICIAL: DE LOS ENSANCHES A LA CIUDAD COMPACTA.

Rafael Fernández Valverde, Magistrado de la Sala III del Supremo.

Partió de la evolución del sistema de ensanches, al de la renovación, la regeneración y la rehabilitación de la ciudad. El TS se va pronunciando sobre este nuevo modelo en el que el urbanismo se juega en la ciudad compacta y en las actuaciones de dotación, y las reformas para mejorar ciudad.

Así, citó la STS 1550/20 en un recurso del CNMC Vs Ayto Bilbao en el que se ponía en tela de juicio la potestad municipal de incidir indirectamente en el mercado (LGUM 20/2013 y LLAAC 17/2009, junto con la Directiva 2006/123/CE). Al no considerar las viviendas de uso turístico (VUT) como un uso urbanístico residencial,

limita el libre mercado. El Supremo confirma la sentencia de instancia, y legitima la potestad de ordenación urbanística de los Ayuntamientos en garantía del derecho a la vivienda de los residentes (vecinos) y del derecho al entorno urbano. Se previenen fenómenos como la gentrificación.

En parecidos términos citó el caso de Barcelona STS 75/2021.

También explicó la STJUE Cali contra Ayto de Paris C-727/18, y la incidencia de esta regulación sobre la escasez de vivienda y el encarecimiento de la misma.

Explicó el caso de la STS 1375/2020 de la que es ponente el propio Fernández Valverde. Se trata del asunto del Wanda Metropolitano, la sentencia trata del ius variandi en la ordenación urbanística, de la adaptación del modelo en ensanche al de renovación de la ciudad, de las actuaciones de dotación y la diferencia entre "hacer ciudad y mejorar ciudad" y del suelo urbano consolidado. También se refirió a la exigencia de reserva de viviendas de protección oficial en la ordenación de las ciudades, con cita de las SSTS 205 y 206/2021. En estas sentencias se impone la reserva prevista en la LRSU como un mínimo de obligado respeto en la ordenación urbanística, con independencia del tipo de suelo o del tipo de planeamiento que son materias propias de la legislación autonómica, pero que deben respetar las previsiones de la Ley estatal.

Finalmente, hizo una referencia a la denostada sanción de nulidad de los PGOU por vicios en el procedimiento de aprobación. Se refirió a la cuestión de su naturaleza reglamentaria, al movimiento doctrinal que propugna un cambio en el régimen de nulidad, a las matizaciones y ponderaciones que va introduciendo el Supremo, dentro de los corsés legales de obligado cumplimiento.

Así, citó las recientes STS 569/20 y la 1084/21 PGOU Chiclana, para terminar reconociendo la dificultad práctica que generan estas sentencias, y los intentos de la curia por limitar los efectos anulatorios, cuando es posible, por la vía de su estimación parcial, o por medio de sentencias abiertas (aquellas que posponen los efectos anulatorios del fallo, condicionándolo a un plazo o al dictado de una nueva regulación, se pueden traer como ejemplos las STS de 22.04.14, y la STJUE asunto Borealis C-191/14 y acumulados).

Segunda ponencia: LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.

Carmen González Carrasco, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

La ponente hizo referencia al origen de la reforma en la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España en abril de 2008. Con especial atención a lo dispuesto en el artículo 12 que atribuye a las personas con discapacidad la misma capacidad jurídica que a las personas "capaces" (en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida).

Ese reconocimiento afecta a la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La Ley suprime las tutelas, salvo para los menores no sometidos a patria potestad, y diseña un sistema de apoyos en el que

prestar especial atención a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

La Ley 8/2021 objeto de estudio modifica el código civil, pero también la Ley del notariado, la Ley hipotecaria, la Ley de enjuiciamiento civil, la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley del Registro civil, la Ley de Jurisdicción voluntaria, y el código de comercio.

Insistió mucho en la paradoja de Lampedusa, de que todo cambie para que todo siga igual, sobre la base de la STS 589/2021 de 8 de septiembre de 2021, en un supuesto de una persona con el síndrome de Diógenes al que se imponen unas medidas de apoyo en su beneficio, y en contra de su voluntad.

ÚLTIMA HORA: Aunque de fecha anterior, no se conocía el día de la jornada la STS 706/2021 (19.10.21) en un procedimiento de fijación judicial de apoyos a personas con discapacidad. En esta sentencia se da total preferencia a la voluntad expresada por la persona con discapacidad sin que existan motivos para desvincularse de esta elección (vgr. FJ 4).

Tercera ponencia: LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.

D.Javier Sánchez Caro, Abogado, profesor honorario de la Escuela Nacional de Sanidad y Académico correspondiente de la Academia Nacional de Medicina.

Hizo un repaso a consideraciones ético-filosóficas, expuso los modelos horizontal y vertical, en uno el paciente decide, en otro obedece lo que "manda" el médico. Explicó que la LORE trata de evitar el turismo de eutanasia con los requisitos que impone.

Dijo que ya hay un documento de consenso del CISNS sobre el ejercicio del nuevo derecho, en el que se trata de resolver todos los problemas prácticos.

Planteó que los derechos fundamentales no son absolutos; ni siquiera el derecho a la vida, si se convierte en un deber de estar vivo.

Ejemplificó la situación de encarnizamiento terapéutico, de furor técnico, relacionados con supuestos de alargamiento de la vida con soportes vitales.

Expuso las posiciones de derecho comparado, con particular atención a la situación creada en Alemania con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVG) de 26.02.2020 2BvR 2347/15 que declara inconstitucional penalizar la asistencia al suicidio, por contradecir el derecho de autodeterminación autónoma.

Y en Italia con la Sentencia de la Corte Constitucional número 242/2019 del caso Fabiano Antoniani (DJ Fabo). De la que criticó la "paradoja de la máquina", ejemplificando con el caso de Ramón Sampederro, ya que la solución italiana hace depender el derecho de la interposición de máquinas que alarguen la vida, pero descarta casos similares si no media una máquina.

Trató brevemente del problema de la objeción de conciencia, y las diferencias con el caso del aborto, y de la negación de asistencia médica. Dijo que la configuración de este derecho sigue pendiente en España, que el Tribunal Constitucional ha tenido una doctrina errática y poco clara, pero que la aplicación de la LORE no está planteando problemas de objeción.

Ignacio Serrano Blanco
Letrado de la Comunidad de La Rioja

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NOCIVA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO STRAWBERRY

FREEDOM OF EXPRESSION HARMFUL AFTER THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE STRAWBERRY CASE

D^a. Ana María Valero Heredia¹

Profesora de Derecho Constitucional de la UCLM

Resumen: La Red ha transformado la difusión del pensamiento en algo cuantitativamente ilimitado, global y perdurable. Ante la profusión en su seno de mensajes odiosos, consecuencia del posible carácter anónimo o de la identidad falsa de sus usuarios, los ordenamientos jurídicos occidentales han comenzado a introducir nuevos tipos penales o a reforzar los ya existentes en

¹ Ganadora de la II edición de los Premios Gabilex 2021 en la Categoría General.

orden a atajarla. Tal es el caso del *hate speech* o de los tipos relativos a la propagación o exaltación de las ideas y actos terroristas, como modalidades de éste. Los distintos "delitos de opinión y de peligro abstracto", contemplados por los códigos penales de la mayor parte de las democracias occidentales, se caracterizan por punir la mera acción comunicativa, lo que plantea enormes dudas desde un punto de vista constitucional. El presente estudio pretende analizar, desde una perspectiva jurídico-constitucional comparada, los criterios empleados por las principales Cortes constitucionales y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para delimitar la libertad de expresión, por un lado, e identificar los límites que le son aplicables, por otro, atendiendo concretamente a la glorificación de la violencia terrorista en cualquiera de sus vertientes.

Palabras clave: Enaltecimiento del terrorismo; Libertad de expresión; Material Support; Incitación a la violencia.

Abstract: The Web has transformed the diffusion of thought into something quantitatively unlimited, global and enduring. Faced with the profusion of hateful messages within it, as a consequence of the possible anonymous nature or false identity of its users, the western legal systems have initiated the introduction of new types of penalties or reinforce existing ones in order to stop it. Such is the case of hate speech or of the types related to the spread or exaltation of terrorist ideas and acts, as modalities of this. The different "crimes of opinion and abstract danger" contemplated by the penal codes of most western democracies, are characterized by punishing mere communicative action, which raises

questions from a constitutional point of view. The present study tries to analyze, from a comparative legal-constitutional perspective, the criteria used by the main constitutional courts and by the European Court of Human Rights to define freedom of expression, on the one hand, and identify their limits, on the other, specifically addressing the glorification of terrorist violence in any of its aspects.

Keywords: Exaltation of terrorism; freedom of expression; Material Support; incitement to violence

SUMARIO

I.INTRODUCCIÓN. II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: UN DERECHO FUNDAMENTAL INCÓMODO. III. LA NOCIDIDAD DE LAS IDEAS: ENTRE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y LA CENSURA. IV. LA EXALTACIÓN DE LAS IDEAS NOCIDAS: LA CENSURA COMO REGLA GENERAL. 4.1. EL *MATERIAL SUPPORT* EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA NORTEAMERICANA. 4.2. LA INCITACIÓN A LA VIOLENCIA TERRORISTA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 5. CRITERIOS CUYA NECESARIA CONCURRENCIA JUSTIFICA LA LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NOCIVA. 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

A las dificultades que de por sí genera indagar en los límites de la libertad de expresión, esto es, en el punto de equilibrio necesario entre la protección de la libre manifestación de ideas y opiniones y la tutela de otros

bienes constitucionalmente protegidos, se suma, a día de hoy, que los principales conflictos entre una y otros se producen mayoritariamente en el ámbito inmaterial de Internet. Y ello porque la Red ha transformado la difusión del pensamiento en algo cuantitativamente ilimitado, global y perdurable.

Ante la profusión en su seno de mensajes odiosos, consecuencia del posible carácter anónimo o de la identidad falsa de sus usuarios, los ordenamientos jurídicos occidentales han comenzado a introducir nuevos tipos penales o a reforzar los ya existentes en orden a atajarla. Tal es el caso del *hate speech* o de los tipos relativos a la propagación o exaltación de las ideas y actos terroristas, como modalidades de éste.

Mientras el *hate speech* debe entenderse destinado a la tutela de las minorías históricamente discriminadas en nombre de la dignidad humana, los distintos "delitos de opinión y de peligro abstracto" contemplados por los códigos penales de la mayor parte de las democracias occidentales, se caracterizan por punir la mera acción comunicativa, lo que plantea enormes dudas desde un punto de vista constitucional.

En España, el Tribunal Constitucional acaba de dictar su Sentencia 35/2020, de 25 de febrero, en lo que ya podríamos llamar el Caso *Strawberry*. La importancia de ésta no es menor si tenemos en cuenta la jurisprudencia reciente de los tribunales ordinarios españoles en materia de libertad de expresión. Pues, como indica precisamente el demandante al justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, éstos han venido incumpliendo reiteradamente la propia

jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la libertad de expresión.

Titiriteros, raperos, tuiteros, actores, activistas sociales, periodistas o artistas en general, han sido acusados y en ocasiones condenados en los últimos años por quemar la foto de los monarcas, criticar la labor de la policía, realizar comentarios jocosos, ejercer la sátira, provocar a través de obras teatrales o blasfemar en aplicación de delitos como la "ofensa contra los sentimientos religiosos", "las injurias contra la Corona" o el delito de "enaltecimiento del terrorismo". Y la mayor parte de estos casos traen causa de actividades comunicativas desarrolladas en la Red.

En un contexto como el descrito, en el que la libertad de expresión y una de sus manifestaciones más importantes, la libertad artística, se han visto estranguladas a través de interpretaciones expansivas y constitucionalmente inadmisibles del llamado *hate speech*, resulta especialmente intranquilizador el uso desmedido del tipo penal de "enaltecimiento del terrorismo" del artículo 578 del Código Penal², precepto se introdujo por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo³. Llama la atención a este

² Sentencia del TS 706/2017, de 27 de octubre.

³ Artículo 578 CP: 1. "El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de

respecto que, en 2011, año del cese definitivo de la actividad armada de la banda terrorista ETA, hubo un condenado por este delito, desde entonces los casos se han quintuplicado.

La reciente Sentencia 35/2020, resuelve precisamente el recurso de amparo interpuesto por el rapero César Strawberry contra la condena del Tribunal Supremo a un año de prisión por la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo tipificado en el artículo 578 del Código Penal, por la publicación y retwiteo de imágenes y comentarios a través de Twitter.

El presente estudio pretende analizar, desde una perspectiva jurídico-constitucional comparada, los criterios empleados por las principales Cortes constitucionales y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para delimitar la libertad de expresión, por un lado, e identificar los límites que le son aplicables, por otro, atendiendo principalmente a la glorificación de la violencia terrorista en cualquiera de sus vertientes.

actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código”.

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.

2. La libertad de expresión: un derecho fundamental incómodo

Al menos desde una perspectiva teórica, las democracias occidentales actuales entienden que la virtualidad de un derecho como la libertad de expresión radica principalmente en la protección que otorga a las informaciones o ideas que *chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población*. Si esta libertad se limitara a proteger solo aquellas ideas u opiniones favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, estaríamos ante un derecho estrictamente formal⁴.

En tanto que “precondición del funcionamiento de la democracia”⁵ y “fundamento esencial de las

⁴ Ésta es la doctrina que, desde el caso *Handyside*, ha mantenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En su Sentencia 20/1990, el Tribunal Constitucional español señala que “la libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político (...), y base ontológica de la libertad de expresión, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquélla y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran” -FJ 5º-. Por lo que se hace evidente que la libertad de expresión ampara, en palabras del Tribunal Constitucional, la crítica, incluso “la crítica molesta, acerba o hiriente”.

⁵ Sentencia del TEDH de 6 de mayo de 2003, caso *Appleby y otros c. Reino Unido*. En el mismo sentido véase la Sentencia

sociedades democráticas⁶”, la libertad de expresión goza de un valor preferente y su objeto de protección solo puede ser restringido cuando exista una “necesidad social imperiosa que lo justifique”⁷ y exista proporcionalidad entre el límite impuesto y el fin que éste persigue. Y ello porque la libertad de expresión es imprescindible para que se pueda hablar, en puridad, de la existencia de una opinión pública libre. Pues sin la libre circulación de la pluralidad de ideas, opiniones o juicios de valor que existen en la sociedad no ha lugar el libre desarrollo del proceso racional que antecede a la libertad ideológica y de conciencia, libre de apriorismos y prejuicios. En este sentido, en Estados Unidos, el juez Holmes acuñó en el año 1919 el concepto de “libre mercado de las ideas”⁸, conforme el cual, la mejor

del TC español 6/1981, de 16 de marzo, caso *Diarios La Voz de España y Unidad*, FJ 3º.

⁶ Sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside c. Reino Unido*.

⁷ Sentencias del TEDH de 25 de agosto de 1998, en el caso *Hertel c. Suiza*; de 16 de junio de 2015, caso *Delfi AS c. Estonia*; de 2 de febrero de 2016, caso *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete y Index.Hu ZRT c. Hungría*.

⁸ Voto particular del Juez Holmes al que se adhirió el Juez Brandeis, a la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano que resuelve el caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919): “El Congreso no puede prohibir cualquier intento de cambiar la mentalidad de la nación (...) Cuando el hombre se ha percatado de que el tiempo ha alterado muchas creencias enfrentadas (...); de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre mercado de las ideas; de que la mejor prueba de la verdad es la capacidad del

manera de alcanzar la verdad es a través de la libre contraposición de ideas en un mercado en el que todas puedan concurrir libremente. Siendo una sociedad libremente formada e informada la que distinguirá y, por ende, discriminará las ideas y los discursos valiosos de los que no lo son.

Por ello, la libertad de expresión no se limita a ser un derecho de libertad individual que protege una esfera del individuo ajena a las intromisiones provenientes de terceros o de los poderes públicos⁹ sino que, además, es la “garantía institucional de una opinión pública libre”

pensamiento para hacerse aceptar en un mercado en el que entre en competencia con ideas contrarias; y de que la verdad es el único fundamento sobre el que sus aspiraciones se pueden alcanzar de forma segura. Esta es, en todo caso, la teoría de nuestra Constitución”. La Sentencia completa original, con el voto particular, está disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=250&invol=616>

⁹ Desde una dimensión subjetiva, “la libertad de expresión se concreta en la facultad de los individuos de expresar cualquier pensamiento, idea, creencia, juicio de valor u opinión, es decir, cualquier concepción subjetiva de la persona, sea más o menos aceptable y aceptada socialmente, y difundirla a través de cualquier medio, ya sea natural -la palabra, los gestos- ya sea cualquier medio técnico de reproducción -por escrito, a través de las ondas...”: Sentencia del Tribunal Constitucional español 12/1982, caso *Antena 3* S. A., F J 3^a.

inevitablemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático”¹⁰.

Desde mucho antes de su reconocimiento por las declaraciones de derechos y textos constitucionales, la historia de la libertad de expresión es una historia de represión y censura. La manifestación libre de ideas, pensamientos y creencias siempre ha casado mal con el *status quo* y los poderes establecidos de carácter político o religioso. Silenciar el pluralismo, la disidencia o la crítica ha sido una constante por parte de regímenes absolutistas, despóticos o totalitarios. Sin embargo, también los regímenes democráticos occidentales actúan con recelo frente a cualquier forma de expresión que no encaja con el convencionalismo o lo “políticamente correcto”. Tanto es así que nuestros sistemas jurídicos se están viendo forzados de manera preocupante tanto por el legislador como por los jueces con el objetivo de sancionar, incluso penalmente, mensajes comunicativos de muy diversa índole pero con el denominador común de resultar molestos a sectores poblacionales más o menos amplios.

La libertad de expresión está en la base del surgimiento y consolidación del constitucionalismo liberal del siglo XVIII, como consecuencia del tortuoso camino recorrido por este derecho desde la aparición de la imprenta. La libre prensa o la literatura se convirtieron en instrumentos imprescindibles para la libre transmisión

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español 19/1996, caso *Diario El Día 16 de Baleares*, FJ 2º.

de pensamientos y opiniones, lo que condujo, como reacción, a la instauración de la censura previa en la Inglaterra del siglo XVII. Varios son los autores que se revelaron contra ello, siendo el poeta John Milton uno de los primeros en hacerlo a través de su importante alegato contra la censura recogido en su obra *Aeropagítica* (1999). En ella pueden reconocerse muchos de los rasgos que después serían considerados por los jueces norteamericanos como los propios y definitorios de la libertad de expresión. Así Milton afirma que el libre intercambio de ideas y opiniones es un requisito imprescindible para el progreso del conocimiento y el alcance de la verdad, lo que requiere que dichas ideas puedan fluir libremente y sin rémoras, anticipando con ello el mencionado concepto de “libre mercado de las ideas” del Juez Holmes. Por su parte, Stuart Mill ahonda en esta concepción de la libertad de expresión cuando insiste en la falibilidad de las ideas y en el derecho de la opinión pública a conocer las opiniones del otro, por inciertas o desacertadas que sean, en orden a contrastar las propias. Vemos como estos autores anticipan conceptos tan importantes para el sistema democrático como el de “libertad de conciencia y pensamiento”, “pluralismo” u “opinión pública libre”.

Tras las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII -la estadounidense y la francesa- las primeras declaraciones de derechos reconocieron la libertad de expresión en sus textos. Así, el artículo 11 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dispone que “la libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre. Todo ciudadano puede, por tanto,

hablar, escribir, imprimir libremente, salvando la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley". Por su parte, la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, establece que: "el Congreso no podrá hacer ninguna ley [...] que limite la libertad de expresión; ni de prensa".

Textos que se hallan en la génesis de la inclusión de la libertad de expresión de manera generalizada en las Constituciones contemporáneas y en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, como en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual señala que "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas".

3. La nocividad de las ideas: entre la libre circulación y la censura

Tradicionalmente se han venido clasificando los sistemas jurídicos en virtud del tipo de reacción que adoptan frente a discursos revisionistas de la historia, negacionistas o de desprecio o incitación al odio frente a determinados grupos humanos. Mientras que Estados Unidos se ha caracterizado por priorizar la protección otorgada por la Primera Enmienda constitucional a la libertad de expresión, los sistemas jurídicos de tradición europea se han mostrado menos permisivos frente a este tipo de expresiones atentatorias de la dignidad y de la igualdad del ser humano.

Así, el modelo europeo, por motivos históricos vinculados principalmente al horror del Holocausto y por los rasgos definitorios de su concepción de la democracia -entendida como una *democracia militante*-, tiende a ser mucho menos tolerante con los discursos *intolerantes*. En el modelo diseñado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, late una cierta desconfianza hacia la idea de que la democracia pueda llegar a resistir el envite de determinados discursos frontalmente opuestos a la idea dignidad y de igualdad en derechos de todos los seres humanos, de tal modo que, en su marco jurídico, la libertad de expresión no ampara determinadas formas de propaganda.

De este modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha excluido, de manera reiterada y a diferencia de lo que ha venido haciendo el Tribunal Supremo de Estados Unidos, del ámbito de protección del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos -en adelante CEDH- las expresiones que pretenden justificar el nazismo¹¹, el revisionismo de verdades históricas sólidamente demostradas como el Holocausto¹² o, por ser atentatorias de los valores del Convenio e incurrir, por ello, en una forma de abuso de derecho proscrita por el artículo 17 CEDH.

Frente a él se halla el modelo estadounidense que, en palabras de Rawls, bien podría definirse a través de la

¹¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 1998, caso *Lehideux e Isorni c. Francia*.

¹² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2003, caso *Garaudy c. Francia*.

siguiente frase: «[...] suprimir la libertad de expresión, incluida la expresión subversiva, implica siempre una supresión parcial de la democracia» (1996: 103). Anclado en la tradición política, cultural y económica del liberalismo, el sistema jurídico norteamericano opta por el *laissez faire* y la estricta abstención y neutralidad del Estado frente a los discursos presentes en la sociedad, siendo el debate público de las ideas y opiniones más extremistas y odiosas una garantía de la buena salud democrática. En palabras del Tribunal Supremo estadounidense: “(...) si hay un principio fundamental que subyace en la Primera Enmienda, es que el Gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad considera que la idea en sí misma es ofensiva o desagradable¹³”.

Como es sabido, fue el juez Holmes quien, en el año 1925, a través de su famoso *dissenting* a la Sentencia de la Corte Suprema en el Caso *Abrams v. United States* de 1919¹⁴, estableció las bases de la doctrina del *clear and present danger*, vinculando la limitación de las ideas u opiniones expresadas no a una mera hipótesis sino a la probabilidad concreta de realización del evento dañoso. Siendo el análisis del contexto en que aquéllas se manifiestan lo que permite determinar si existe un nexo, empíricamente verificable, con el hecho delictivo. Por lo que corresponde al juez -y

¹³ *Virginia vs. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

¹⁴ 250 U.S. 616 (1919).

no ya al legislador- valorar dicha causalidad en el caso concreto.

Más tarde, sería la importante sentencia *Brandenburg v. Ohio*, de 1969¹⁵, la que estableció la ilegitimidad de todas las intervenciones legislativas que limitasen la libertad de expresión a excepción de aquéllas que representen un peligro “claro e inminente” para otro bien constitucionalmente protegido, en aplicación de las exigencias de la Primera Enmienda constitucional (Carmi, 2008, 70).

Es cierto que, además de la regla general del daño claro e inminente, el Juez de la constitucionalidad estadounidense ha ido configurando una serie de categorías que quedan de por sí exentas de la protección de la Primera enmienda. Tal es el caso de la “*obscenity*”¹⁶, las “*fighting words*”¹⁷ y los llamados “*true threats*”¹⁸.

¹⁵ 395 U.S. 444 (1969).

¹⁶ A este respecto véanse asimismo las sentencias *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973) y *Hamling v. United States*, 418 U.S. 87 (1974).

¹⁷ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

¹⁸ *United States v. Watts*, 394 U.S. 705 (1969), en la que la Corte sugiere el análisis de cuatro factores para determinar si la expresión puede ser considerada como *true threats*: 1) que se trate o no de una hipérbole política; 2) el contexto en el que el discurso se ha pronunciado; 3) la reacción de los oyentes;

Llama la atención que la primera de estas categorías, la obscenidad, todavía, a día de hoy, podría considerarse como el único límite efectivo a la libertad de expresión, hasta el punto de ser considerado un verdadero *non speech*. Algo que solo puede explicarse por las raíces puritanas de la cultura y la sociedad estadounidense. El Tribunal Supremo norteamericano acuñó en el año 42, en el caso *Chaplinski vs. New Hampshire*¹⁹, la doctrina según la cual la obra obscena no se halla protegida por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana por carecer de valor social. Y ello porque las obras obscenas “suelen excitar pensamientos lujuriosos que no pueden tener al mismo tiempo ningún tipo de valor digno de ser protegido por aquélla”²⁰. De modo que su escaso valor social y comunicativo, al trasladar un mensaje no racional a sus destinatarios, se ve claramente superado por el *compelling interest* de proteger el orden y la moralidad. Pero es en el Caso *Miller vs. California*²¹, de 1973, cuando la Corte establece la doctrina todavía vigente en materia de obscenidad, acuñando lo que se conoce como el *Miller Test*, según el cual, la creación humana es obscena: “a) si una persona promedio, aplicando los estándares comunitarios contemporáneos, puede considerar que la obra en su conjunto atrae el interés lascivo; b) si la obra representa o describe, de manera patentemente ofensiva, una conducta explícitamente sexual; y, c) si la obra en su conjunto

4) si la declaración está condicionada al realizarse por un acontecimiento que habría podido probablemente suceder.

¹⁹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

²⁰ *Roth v. Estados Unidos*, 354 U.S. 476 (1957).

²¹ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

carece de un valor literario, artístico, político o científico serio”.

Las *fighting words* fueron definidas por primera vez por el Tribunal Supremo en el mismo caso *Chaplinsky vs. New Hampshire* como palabras que “por su propia expresión, infligen daño o tienden a incitar una violación inmediata de la paz social”. Se considera que tales expresiones no son parte esencial de ninguna exposición de ideas y tienen un valor social muy leve, en consecuencia, son una categoría de discurso que no está protegida por la Primera Enmienda. Se trata de un criterio que, sin embargo, el Tribunal Supremo ha ido matizando para aplicarlo de forma cada vez más restrictiva²². Y la tercera de las mencionadas categorías, las llamadas *true threats*, son aquellas en que “el autor del mensaje dirige una amenaza a una persona o grupo de personas con la intención de poner a la víctima bajo un temor de daño corporal o muerte”²³.

A diferencia del modelo europeo, en el estadounidense no se excluyen del ámbito de protección de la libertad de expresión los discursos racistas, aunque sean destinados a la instigación de la violencia y el odio, cuando no produzcan un peligro de inmediata ejecución. Dicha concepción amplia de la protección de la Primera

²² Véanse las Sentencias pronunciadas en *Cohen v. California*, 403 U.S. (1971) y *Lewis v. New Orleans*, 415 U.S. (1974). También pueden verse *Gregory v. Chicago*, 394 U.S. (1969); *Garner v. Louisiana*, 368 U.S. (1961); y *Terminello v. Chicago*, 337 U.S. (1949).

²³ *Virginia v. Black et al.*, 538 U.S. (2003). Previamente puede verse *Watts v. United States*, 394 U.S. (1969), 750.

Enmienda constitucional se ha hecho extensiva incluso al ámbito de los menores cuya tradicional tutela reforzada se ha visto relativizada en la sentencia *Brown vs. Entertainment Merchants Association*, del año 2011²⁴. El caso cuestionaba la constitucionalidad de una ley de California que prohibía la venta y el alquiler de videojuegos violentos a menores de dieciocho años a excepción de aquellos videos en los que, a pesar de las imágenes agresivas, se podía reconocer un cierto valor literario, artístico, político o científico. La ley californiana fue declarada inconstitucional porque el límite que imponía a la libertad de expresión no se hallaba justificado ni siquiera en el *compelling interest* del Estado de proteger a los menores de las ideas violentas, ya que las imágenes e historias de brutalidad siempre han estado presentes en la literatura infantil y en obras literarias de fama mundial.

En el caso concreto de España, se tardó en tener algo parecido a una declaración de derechos y en gran parte del siglo XIX las Constituciones sólo se refirieron a la libertad de imprenta. Sucede en la Constitución de Bayona de 1808, en la de 1837 y en la de 1845. En la de Cádiz de 1812 se habla de "libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas". Sólo en 1869 ya se pasa a hablar del "derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones", locución que se mantiene en las dos constituciones que le siguieron (Urías, 2200, 48). Y es el artículo 20.1.a) de la Constitución española actual el que establece el derecho de "expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones".

²⁴ 564 U.S. 786 (2011).

Sin embargo, España no se adhiere al modelo establecido en las primeras Constituciones de postguerra, como la alemana o la francesa que son prototípicas del modelo europeo anteriormente descrito. La Constitución española del 78 opta por un modelo de democracia no militante al **no exigir la adhesión ideológica a sus principios fundamentales. En este sentido**, como ha reiterado el Tribunal Constitucional español, **el deber de lealtad constitucional sólo puede ser entendido desde una perspectiva procedimental**, esto es, en el deber de acatamiento de los procedimientos previstos por la Constitución para defender cualesquiera ideas, opiniones o fines políticos, incluso aquellos que contradigan el propio modelo constitucional democrático, siempre que se haga respetando los procedimientos previstos para ello y sin emplear la violencia (Revenga Sánchez, 2015, 27).

A pesar de ello España no ha quedado exenta de un fenómeno de creciente expansión que, como se indicaba *supra*, ha dejado fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión conductas expresivas de mera provocación a las instituciones del Estado o a una parte de la sociedad; la exteriorización de alegría por los males ajenos o la descalificación de personas o colectivos, entre otras, produciendo lo que Presno Linera tan bien ha descrito como la “conversión del *odio —hostilidad/aversión— como discurso en odio como delito*” (2020, 378). Algo que queda perfectamente ilustrado en la Sentencia del Tribunal Constitucional español 177/2015, que avaló la condena a dos manifestantes que quemaron la foto de los monarcas, considerando que además de un delito de injurias a la Corona, dicha conducta era constitutiva del discurso del odio.

Sentencia que fue motivo de una condena a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia en el caso *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*, de 13 de marzo de 2018, en la que quedó meridianamente claro que la quema de una foto es un acto expresivo de rechazo y protesta contra las estructuras constitucionales del Estado, concretamente contra la institución monárquica²⁵.

Parece, sin embargo, que la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional con la que se iniciaba este estudio, la 35/2020, de 25 de febrero, en el caso *Strawberry* representa un cambio de doctrina necesario y esperanzador, tal y como se verá en las próximas páginas.

4. La exaltación de las ideas nocivas: la censura como regla general

César Augusto Montaña, conocido por su nombre artístico como *Strawberry*, fue condenado por el Tribunal Supremo como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del Código Penal español. Los hechos constitutivos del delito son una serie de tuits en los que se contenían frases como: "El fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre me hace añorar hasta a los GRAPO"; "Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... si no le das lo de Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre a su lado"; "cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco". En

²⁵ Véase en el mismo sentido la Sentencia del TEDH de 6 de noviembre de 2018, en el caso *Otegi Mondragón c. España*, párrafo 56.

respuesta a una pregunta sobre qué le regalaría al Rey decía que “un roscón bomba”; “A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora” y “Street Fighter edición post-ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina”; o “¿Se puede llevar una camiseta con un estampado de Miguel Ángel Blanco? Lo pregunto desde el respeto y el verano”.

La sentencia ordinaria condenatoria se articuló sobre la premisa que la intención del autor de estos mensajes -que no era la de elogiar los actos terroristas o a sus autores o despreciar u ofender a sus víctimas- no era relevante a efectos de considerar la concurrencia del tipo. Pues aun cuando éstos habían sido expresados con sátira, tales afirmaciones “alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano”.

Es indiscutible que la seguridad nacional o global es un bien jurídico ponderable con la libertad de expresión, cuya protección puede limitar legítimamente el ejercicio de ésta²⁶. El problema surge, sin embargo, cuando las respuestas jurídicas, principalmente penales, adoptadas para dicho fin consideran a la libertad de

²⁶ Ya el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 20, establecía que la propaganda en favor de la guerra y la “apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por ley”.

expresión y, por ende, a la libertad ideológica, como un instrumento más de la propia actividad terrorista.

4.1. El *material support* en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana

Si volvemos a Estados Unidos recordaremos que, a diferencia del modelo europeo, la protección preferente del discurso político, también el “odioso”, encuentra su fundamento en la aportación que puede hacer al *marketplace of ideas*, es decir, a la arena pública donde todos los ciudadanos pueden, a través del *public discourse*, expresión de la *self governance*, plasmar la imagen de la sociedad y del Estado (Post, 1990, 601). Sin embargo, en este país, después de los atentados terroristas del 11 de septiembre, la “lucha contra el terror” ha creado nuevas presiones sobre la Primera Enmienda que, quizás, ni el propio “test de Brandenburg” parece ser capaz de soportar, inclinando la balanza hacia el lado de la seguridad.

Especialmente importante es a este respecto la sentencia *Holder v. Humanitarian Law Project*, del año 2010²⁷, en la que la Corte Suprema ha evaluado por primera vez la compatibilidad con la Primera Enmienda

²⁷ 561 U.S. 1 (2010). En él se enjuiciaba la actuación de una asociación que había aportado consejos jurídicos a dos grupos considerados legalmente como terroristas –el Partido de los Trabajadores de Kurdistán y los Tigres Tamiles-. Se trataba de un tipo de asesoramiento que tenía como fin la búsqueda de una salida pacífica a los conflictos kurdo y tamul, y llevar las causas de ambos pueblos ante las Naciones Unidas.

constitucional del U.S. Code 23339A-23339B, que sanciona el apoyo material *-material support-* a determinadas organizaciones en condiciones de amenazar la seguridad de los Estados Unidos, incluidas en una lista elaborada por el Departamento de Estado, esto es, el poder ejecutivo estadounidense. La citada normativa prevé la integración del delito de *material support* en la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* de 1996, modificada en múltiples ocasiones en estos años.

La primera disposición, la 23339A, es de carácter más general, y sanciona a cualquiera que "otorgue apoyo material o medios u oculte o disfrace la naturaleza, la ubicación, la fuente o la propiedad del soporte material o los recursos, sabiendo que van a ser empleados en la preparación de o para llevar a cabo actos terroristas". Así, define el soporte material como "cualquier propiedad, tangible o intangible, o servicio, incluyendo dinero en metálico, instrumentos monetarios o valores financieros, servicios financieros, alojamiento, capacitación, asesoramiento o asistencia de expertos, casas de seguridad, documentación o identificación falsa, equipo de comunicaciones, instalaciones, armas, sustancias letales, explosivos, personal (una o más personas) y transporte, a excepción de medicinas o materiales religiosos".

A los fines de la comisión del delito el término "capacitación" *-training-* se entiende como "compartir o enseñar específicas habilidades", mientras que la expresión "asesoramiento o asistencia de expertos" *-expert advice or assistance-* significa "dar consejos o

asistencia a través del uso de la técnica, de la ciencia u otros conocimientos especializados”.

La segunda disposición -23339B-, incorporada tras los ataques del 11 de septiembre de 2001, castiga a “quien con conocimiento otorgue apoyo material o recursos para una organización terrorista extranjera, o intente o conspire para hacerlo”.

La validez de la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* se justifica por la Corte para dar tutela a la seguridad nacional como bien constitucionalmente protegido, considerando que algunas formas de *material support* pueden realizarse incluso con el uso de un discurso pacífico -por hipotético o indirecto que sea- en la medida en que puede alimentar e implementar el programa terrorista.

Otra muestra de este cambio lo encontramos en el caso *Tarek Mehanna*. El 6 de octubre de 2014, la Corte Suprema norteamericana denegó el *writ of certiorari* a Tarek Mehanna, ciudadano americano condenado en base a lo dispuesto en el U.S. Code 23339A-23339B, por haber proporcionado *political advocacy* al movimiento terrorista *Al-Qaeda*. En el caso concreto, el señor Mehanna estaba acusado de traducir al inglés material propagandístico de Al-Qaeda, incitador a participar en la yihad, y de el envío de aquél a la web at-Tibyan. Y aunque no había quedado probada la existencia de un vínculo real entre la web a la que el demandante envió sus traducciones y la organización terrorista, la Corte Suprema consideró sustancial el elemento subjetivo tanto en el conocimiento de la naturaleza terrorista de Al Qaeda como en el contacto, si bien no directo pero

mediato, entre el autor de la difusión del contenido en Internet y la organización terrorista.

Se observa cómo el delito del *material support*, y su aplicación por la Corte Suprema, se aleja de la tradición norteamericana acuñada por la Sentencia *Brandenburg v. Ohio*, que garantizaba la difusión de todos los *political speech*, entre los que, sin duda, debería incluirse el *advocacy* a favor de una organización terrorista, con el sólo límite del "peligro concreto". Además, la imprecisión del tipo punitivo deja unos márgenes de interpretación tan laxos a los jueces que se corre el riesgo que se produzca la punibilidad de la crítica no deseada y la introducción de formas veladas de control al disenso político.

4.2. La incitación a la violencia terrorista en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el ámbito europeo la respuesta adoptada tanto a nivel normativo como jurisprudencial, prescinde de que los discursos nocivos contengan o no un llamamiento directo a la realización de actos terroristas o de que exista un riesgo real de que estos se produzcan, para sancionarlos penalmente. Tanto es así que, en el ámbito del Consejo de Europa, se ha incluido la "incitación indirecta" a la comisión de actos terroristas como causa de restricción de la libertad de expresión. Así, el "Convenio número 196 del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo", de 2005, en su artículo 5, bajo el título "*provocación pública para cometer delitos terroristas*", establece:

“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”.

Además, el artículo 8 del mismo Convenio dispone que no es necesario que el acto terrorista llegue a cometerse para que el discurso enjuiciado pueda ser considerado delictivo.

Una definición similar se encuentra en la legislación de la Unión Europea desde que en 2008 se aprobó la “Decisión Marco del Consejo de la Unión, que modificaba la de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo”²⁸. Así, su artículo 1.1, relativo al “*delito de provocación pública para cometer un delito de terrorismo*”, señalaba:

“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

²⁸ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-81127>

de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos”.

Pues bien, este carácter abierto y poco acotado se mantiene en la recientemente aprobada “Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo” en los mismos términos.

De dicha normativa, que define lo que podría considerarse el modelo europeo en la materia, se derivan dos aspectos problemáticos en relación con la libertad de expresión. Por un lado, la cuestión de la “incitación indirecta” y, por otro, el alcance del término “peligro” de comisión de delitos de terrorismo, pues ambos son conceptos imprecisos y no aparecen expresamente descritos en ninguna de las dos normas vigentes.

De conformidad con esta normativa, el Tribunal de Estrasburgo admite que puede haber incitación al terrorismo en casos en que los discursos, expresiones o mensajes divulgados no contengan una apelación directa a la perpetración de actos terroristas, a la resistencia armada o a la insurrección. Y atiende a una serie de criterios para determinar si existe tal incitación, tales como: el contexto político/social en que se produzca la difusión del mensaje; el medio empleado para su difusión; el impacto social del mensaje; la intención del emisor y su estatus; o la idoneidad de la expresión para incitar a la violencia. Veamos diversos casos que lo ejemplifican.

El primero de ellos es el caso *Zana c. Turquía*, de 25 de noviembre de 1997, en el que el Tribunal Europeo

estimó conforme al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la detención de un antiguo alcalde que, en el transcurso de una entrevista, manifestó su adhesión al movimiento de liberación nacional del PKK y a sus actuaciones, a pesar de reconocer que éste había cometido matanzas de mujeres y niños por error.

El TEDH realizó la correspondiente ponderación a través del llamado "*test de Estrasburgo*" atendiendo al contexto de extrema tensión existente en el sudeste de Turquía en ese momento; al hecho de que se tratase de un cargo político de la mayor ciudad en esa zona; y a que la entrevista había sido publicada en un diario de gran difusión, para llegar a la conclusión de que se trataba de un mensaje lo suficientemente peligroso como para exacerbar el clima ya explosivo de la región, en la que existía una realidad de violencia terrorista. En palabras del Tribunal:

"La declaración no puede, (...), considerarse aisladamente. Dadas *las circunstancias del caso* tuvieron una gran repercusión que el demandante no podía ignorar. (...) La entrevista coincidió con atentados mortales perpetrados por el PKK contra civiles en el sudeste de Turquía, lugar donde reinaba, en el momento de los hechos, una *tensión extrema*. En estas circunstancias, el apoyo al PKK, calificado de "movimiento de liberación nacional", por parte del *antiguo alcalde de Diyarbakir, la ciudad más importante del sudeste de Turquía*, en una entrevista publicada en un *gran periódico nacional*, podría agravar una situación ya de por sí explosiva en esa región".

En el caso *Sürek c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, se abordaba la compatibilidad con el artículo 10 del Convenio de la condena penal impuesta al director de una revista por publicar dos cartas al director en las que se criticaban duramente las operaciones militares turcas en el sudeste del país. Las cartas acusaban a Turquía de conspirar para la detención, la tortura y el asesinato de los luchadores por la liberación del pueblo kurdo, y afirmaban que cabía tomar por la fuerza los derechos que les son propios. Pues bien, la Corte de Estrasburgo consideró que:

Por un lado, existía una clara intención de estigmatizar a la otra parte en el conflicto por el uso de términos tales como “ejército fascista turco”, “la banda de los asesinos turcos” y “asesinos a sueldo de imperialismo”; y, por otro, que las cartas equivalían a una llamada a una venganza sangrienta porque despertaban instintos primarios y reforzaban prejuicios ya arraigados que se habían ido expresando a través de la violencia mortal.

Además, atendió al contexto político-social de la zona, el estado de emergencia, para llegar a la conclusión de que: “(...) el lector tiene la impresión de que *el uso de la violencia es una medida necesaria y justificada de autodefensa contra el agresor*”.

En el caso *Arslan c. Turquía*, de 8 de julio 1999, se dirimía el secuestro de un libro en aplicación de la legislación antiterrorista que, bajo el género de narrativa histórica literaria, presentaba a los turcos como invasores crueles. Y afirmaba que el pueblo kurdo, a través de su resistencia, había anunciado *la feliz noticia del día en que destruirán la fortaleza de violencia del chovinismo turco*”.

En relación con el contexto social y político de la región, el Tribunal señaló nuevamente la sensible la situación de inseguridad en el sudeste de Turquía. Por lo que atañe a la intención del autor, afirmó que estaba claro que la contenida en el libro no era una descripción "neutral" de hechos históricos ya que, a través de su libro, el autor pretendía criticar la acción de las autoridades turcas en el sureste del país y alentar a la población interesada a oponerse.

Sin embargo, el Tribunal mantuvo que el demandante era un mero particular que difundió sus tesis por medio de una obra literaria y no a través de los medios de comunicación, por lo que su impacto potencial en la "seguridad nacional", el orden" o "integridad territorial" del Estado turco era limitado. Y llegó a la conclusión que, si bien había en el libro algunos pasajes especialmente duros, que describían un retrato negativo de la población de origen turco, estos no alentaban el uso de violencia, la resistencia armada o el levantamiento.

En el caso *Karatas c. Turquía*, de 8 de julio 1999, se dirimía la condena del autor de un libro de poemas que, en palabras de la Corte, contenía pasajes muy agresivos con respecto al poder turco. Sin embargo, estimó que la incidencia de una expresión poética -que se dirige, por definición, a un grupo reducido de personas- en la seguridad nacional, en el orden público y en la integridad territorial del Estado era muy limitada. Y es precisamente el argumento de la escasa divulgación y la naturaliza artística del texto lo que determinó, para el Tribunal, su carácter no apologético.

El problema kurdo está también presente en el origen del caso *Erdogdu contra Turquía*, de 19 de junio de 2000, en el que se dirimía la compatibilidad con el

artículo 10 del Convenio de la condena al redactor jefe de un periódico que publicó un artículo escrito por uno de los lectores en el que llamaba a los turcos “fascistas” y “fundamentalistas”.

La Corte afirmó que la publicación cuestionada se produjo en el contexto de la situación en el sudeste de Anatolia y del problema kurdo que había sido objeto de considerable controversia durante años. Por lo tanto, admitió que el artículo no era un mero estudio “neutral” de este problema y afirmó que, a través de él, el autor, aunque fuera indirectamente, estigmatizó tanto la ideología política dominante del Estado como la conducta de las autoridades turcas en esta área.

Sin embargo, la Corte consideró que, si bien algunos términos empleados conferían una cierta virulencia a la crítica política del autor, el artículo en sí no podía ser considerado como “una llamada a la venganza sangrienta” ni podía llevar al lector a pensar que el uso de la violencia es una medida necesaria y justificada de autodefensa contra el Estado turco.

El caso *Ceylan contra Turquía*, de 11 de octubre de 2005, es similar al anterior pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos trataba de la condena de un sindicalista que publicó un artículo en el que acusaba al Estado turco de adoptar medidas represoras contra la clase trabajadora en su conjunto. Y ello en el marco de la legislación antiterrorista prevista para dar respuesta al asunto kurdo, llamado a la movilización de todos los demócratas contra el estado opresor.

El Tribunal de Estrasburgo tuvo en cuenta las circunstancias que rodeaban el caso y, en particular, las dificultades ligadas a la lucha contra el terrorismo, sin embargo, llegó a la conclusión de que, si bien que determinados pasajes del artículo litigioso ofrecían una

imagen muy negativa del Estado turco y le otorgaban un carácter hostil, sin embargo, no exhortaban al uso de la violencia, ni a la resistencia armada, ni a la sublevación.

Un caso especialmente relevante, por no versar sobre la cuestión kurdo-turca y por mostrar muy claramente la doctrina de la Corte de Estrasburgo, es *Leroy c. Francia*, de 6 de abril de 2009. En él se conocía de la condena impuesta por apología del terrorismo al dibujante del semanario vasco-francés "Ekaitza" que publicó, dos días después del ataque a las Torres Gemelas de Nueva York en 2001, un dibujo que representaba dicho ataque acompañado de un texto imitativo del slogan publicitario de la marca Sony: "Todos lo soñábamos... Hamas lo hizo", con la intención, en sus palabras, de representar la destrucción del imperio estadounidense el día del ataque en Nueva York.

En la correspondiente ponderación, la Corte de Estrasburgo prestó especial atención a los términos utilizados para ilustrar el dibujo: que se trataba de una caricatura que puede ser una forma de expresión artística por definición provocativa, por un lado, y que ésta se publicó en un contexto político de lucha contra el terrorismo, por otro. Sin embargo, señaló que concurrían unas circunstancias particulares que el autor no debía haber ignorado: el hecho de que la caricatura y el texto que la acompañaba se hubieran publicado el 13 de septiembre, solo dos días después de los atentados, momento en que todo el mundo se hallaba conmocionado por los hechos, sin tomar ninguna precaución lingüísticas por su parte. Según el Tribunal, esta dimensión temporal era de tal entidad que aumentaba la responsabilidad del dibujante, por lo que su caricatura debía interpretarse como de apoyo a un hecho trágico, tanto desde un punto de vista artístico

como periodístico. Además, continuaba la Corte señalando que el impacto de tal mensaje en una región políticamente sensible como la vasca, no debía haberse descuidado.

Por otro lado, y en relación con el criterio de la audiencia, señaló que la solidaridad mostrada por los trabajadores de la revista con su compañero y los emails y cartas de los lectores en su apoyo –publicados en el número siguiente de la Revista-, evidenciaban que la caricatura generó reacciones que podían incitar a la violencia, a pesar de la escasa difusión del medio. En consecuencia, el Tribunal de Estrasburgo estimó que la obra no criticaba al imperialismo estadounidense, como defendía su autor, sino que apoyaba y glorificaba su destrucción mediante la violencia.

En la misma línea, en el caso *Yavuz y Yaylali c. Turquía*, de 17 de diciembre de 2013, la Corte de Estrasburgo fue muy explícita al incluir en la incitación a la violencia discursos que no constituyen una apelación directa a la misma. El caso trataba de unos manifestantes condenados por hacer propaganda a favor de una organización terrorista –el llamado Ejército Popular de Liberación-. Estos habían participado en una manifestación en protesta por la muerte de diecisiete personas en un enfrentamiento con las autoridades turcas. En el evento se leyó un comunicado de prensa en el que los manifestantes acusaron a los funcionarios involucrados en el enfrentamiento de matar a estas personas en violación de la ley y de la mutilación de los cadáveres. Afirmando que el Estado no respetaba el Estado de Derecho y que estaba lejos de ser un estado democrático. Asimismo, se corearon consignas como: "*Estado asesino tendrá que rendir cuentas*", "*los mártires*

de la revolución son inmortales”, “Viva la solidaridad revolucionaria en vivo” o “nosotros hemos pagado el precio, nosotros lo vamos a hacer pagar”.

La doctrina de la Corte en este caso es especialmente importante, porque afirmó expresamente que ciertas formas de identificación con una organización terrorista y especialmente su glorificación, podían considerarse en sí mismas como un apoyo al terrorismo y la incitación a la violencia y al odio. Y sostuvo que la difusión de mensajes de elogio hacia el autor de un atentado, la denigración de las víctimas, o la llamada a financiar organizaciones terroristas podían constituir actos de incitación a violencia terrorista.

Pero, en relación con el presente caso, el Tribunal afirmó que la reacción de las demandantes a las muertes mencionadas supuso una crítica de los actos cometidos por las autoridades oficiales, pero no incitó al uso de la violencia, a la resistencia armada o al levantamiento. A la luz del contenido de las consignas críticas enjuiciadas, la Corte llegó a la conclusión de que no constituían propaganda a favor de una organización terrorista, afirmando que las autoridades de un Estado democrático deben tolerar las críticas verdaderas sobre los actos cometidos por sus autoridades.

No podemos cerrar este estudio jurisprudencial sin hacer referencia a **una recientísima e importantísima sentencia de 28 de agosto de 2018, en el caso Savva Terentyev contra Rusia**. Importante porque, por primera vez, la Corte de Estrasburgo empleó expresamente el criterio del riesgo “real e inminente” de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana.

El demandante, un joven bloguero, fue condenado a un año de cárcel por haber incitado al odio a través de comentarios insultantes sobre la actuación de agentes de policía durante un proceso electoral en la provincia de Komi (Rusia), que fueron publicados en un blog. Entre sus comentarios era especialmente hostil el que afirmaba que: “Sería genial si en el centro de cada ciudad rusa, en la plaza principal ... *hubiera un horno, como en Auschwitz, en el que ceremonialmente todos los días, y mejor aún, dos veces al día policías infieles fueran quemados*. La gente los estaría quemando. Este sería el primer paso para limpiar a la sociedad de esta inmundicia policial”.

En relación con el contexto, es especialmente relevante el siguiente párrafo de la Sentencia en el que, por primera vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apeló al criterio del riesgo real e inminente de que se produzca un acto constitutivo de delito o de violencia que, como se ha señalado, es la piedra angular la doctrina de la Corte Suprema norteamericana sobre la libertad de expresión desde el año 69, el llamado “estándar Brandenburg”:

“En el presente caso no hay ninguna indicación en las decisiones de los tribunales nacionales o en las presentaciones del Gobierno de que el comentario del solicitante se haya publicado en un contexto social o político delicado, o que la situación general de seguridad en esa región sea tensa, o que hubo enfrentamientos, disturbios o disturbios contra la policía, o que existía una atmósfera de hostilidad y odio hacia la policía, o cualquier otra circunstancia particular en la que las declaraciones impugnadas podían dar lugar a *acciones ilegales inminentes* con respecto a la

policía y exponerlos a una *amenaza real* de violencia física”.

En relación con las circunstancias concretas del presente caso, la Corte señaló que el pasaje que hablaba sobre la “incineración” de “policías infieles” en hornos como los de Auschwitz era particularmente agresivo y hostil en su tono. Sin embargo, no consideró que pudiera interpretarse en realidad como una llamada para que la gente común “extermine físicamente a los agentes de policía”, sino que más bien fue utilizado como una metáfora provocativa, por lo que no podía considerarse una incitación a cualquier acción ilegal, incluida la violencia.

Y sostuvo que, aunque la redacción de las declaraciones impugnadas era, de hecho, ofensiva, insultante y virulenta, no podían verse como elementos que despertasen emociones de base o prejuicios incrustados en un intento de incitar al odio o la violencia contra los oficiales de policía rusos; sino que se trataba más bien la reacción emocional del demandante a lo que vio como una conducta abusiva del personal de la policía.

La Corte afirmó que solo en los casos en los que existiese un contexto muy sensible de tensión, conflicto armado y lucha contra el terrorismo o disturbios letales cabría estimar que las declaraciones relevantes podían alentar a una violencia capaz de poner a los miembros de las fuerzas de seguridad en riesgo, y que sólo en tales casos cabía aceptar la interferencia en la libertad de expresión, algo que no se daba en el presente caso.

Otro elemento importante para la Corte de Estrasburgo es el impacto potencial que tiene el mensaje controvertido en la sociedad. Y en relación con el caso concreto señaló que, en el momento de los hechos, el solicitante no era un blogger conocido o un usuario

popular de las redes sociales y mucho menos una figura pública o influyente. En tales circunstancias, el Tribunal consideró que el potencial del comentario del solicitante para llegar al público y así influir en su opinión era muy limitado.

5. Criterios cuya necesaria concurrencia justifica la limitación de la libertad de expresión nociva

En la Sentencia 35/2020, de 25 de febrero, en el Caso *Strawberry*, el Tribunal Constitucional sostiene que se hace necesario atender a los criterios de “contenido”, “emisión” y “efectos” de los mensajes para determinar si los tuits publicados por el recurrente forman parte del ámbito de protección de su libertad de expresión, antes de analizar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo previsto por el artículo 578 CP. Con esta afirmación el Juez de la constitucionalidad español no hace sino aplicar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual ha establecido, como se ha indicado *supra*, que para la limitación de un derecho fundamental tan imprescindible para el sistema democrático es necesario atender a: el contexto político/social en que se produzca la difusión del mensaje; el medio empleado para su difusión; el impacto social del mensaje; la intención del emisor y su estatus; y la idoneidad de la expresión para incitar a la violencia. Algo que, sin duda, y en palabras del Tribunal Constitucional, no hace la resolución impugnada en amparo, pues “rechaza expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación”.

En relación con el “contexto” en que es emitido el mensaje, el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado en los casos que ha resuelto, que en su mayoría versan sobre el problema kurdo, la importancia de tener en cuenta el clima de tensión en que se encuentra el sudeste de Turquía y la lucha contra el terrorismo (Casos *Zana*, *Süre*, *Arslan* y *Ceylan*). Criterio, el de la lucha contra el terrorismo, que también aparece en el caso *Leroy* dado que, como se ha expuesto *supra*, la publicación se llevó a cabo en un diario vasco-francés con la violencia terrorista de ETA de fondo. A este respecto, es importante destacar, asimismo, que a pesar de que el criterio del contexto es importante, el Tribunal no aprecia incitación a la violencia terrorista si no concurre, además, algún otro de los criterios que se exponen a continuación (Casos *Ergogdu* y *Ceylan*).

Otro de los criterios empleados por la Corte europea para dirimir si ha habido o no incitación es el relativo al “impacto del mensaje” en la ciudadanía u opinión pública, para lo cual tiene en cuenta el formato o medio a través del que se le da difusión. A este respecto el Tribunal de Estrasburgo distingue entre formatos periodísticos -artículos, cartas del lector o entrevistas- (Casos *Zana*, *Züre* o *Leroy*) de gran difusión; y obras literarias que, a su entender, se dirigen a un público más reducido, estimando que en estos casos el impacto del mensaje es mucho menor (Casos *Arslan* y *Karatas*).

Sin embargo, el criterio del impacto del mensaje no siempre es empleado con coherencia. Por ejemplo, en el caso *Leroy*, el Tribunal estima suficientes los emails recibidos por los lectores de la Revista en que se publicó el mensaje, para determinar *la capacidad de influencia* y

la idoneidad de la caricatura publicada para incitar a la violencia, a pesar de reconocer expresamente que se trata de un medio de escasa difusión.

Ligado al anterior se encuentra el criterio del “status” del autor del mensaje. A este respecto, por regla general, la Corte de Estrasburgo estima una mayor capacidad de influencia del mensaje cuando éste es emitido por una personalidad política reconocida (Caso *Zana*).

Otro de los criterios relevantes para la Corte es el de la “intención del autor” del discurso o mensaje, el cual aparece normalmente ligado a otro de los criterios empleados. Así, en el caso *Arslan*, Estrasburgo liga dicha intención al contexto político-social del lugar en que es emitido el mensaje para determinar que no es neutral. Y, en el caso *Leroy*, es la dimensión temporal –esto es, el momento en que es publicado el discurso– lo que determina la responsabilidad del autor, entendida por la Corte como de indudable apoyo a la actuación terrorista.

En los casos *Zürek* y *Ergogdu*, la Corte atiende al criterio de la estigmatización de “la otra parte en el conflicto” o de la “conducta de las autoridades estatales”. Sin embargo, llama la atención que le atribuya relevancia aunque dicha estigmatización se produzca indirectamente y no a través del tenor literal de los términos empleados en el mensaje o discurso. Pues, sostiene Estrasburgo, que la intención de estigmatizar puede llevar a considerar que hay incitación a la violencia aunque se trate de comentarios sobre hechos históricos, sociales o políticos.

El último y quizás decisivo criterio empleado por la Corte, es la valoración de si el discurso o mensaje es “idóneo para incitar a la violencia”, esto es, si éste traslada a la opinión pública que el recurso a la violencia

es una medida necesaria y justificada. Y a este respecto, es importante tener presente que, según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, basta con que el mensaje "glorifique la violencia" para que esto se produzca pues con ello se "suscitan emociones primarias y/o refuerzan prejuicios ya arraigados que se han manifestado en violencia letal" (Casos *Leroy y Yavuz y Yaylali*).

Sin embargo, el recientísimo caso *Savva*, muestra un claro y auspicioso cambio doctrinal en la Corte de Estrasburgo, pues apela por primera vez a la necesaria existencia de un riesgo "real e inminente" de violencia consecuencia del mensaje difundido para considerar que existe incitación, acercando claramente el modelo europeo al norteamericano.

En ausencia del examen de todos estos criterios por parte de la jurisdicción ordinaria, la Sentencia 35/2020 del Tribunal Constitucional español se pronuncia, sin embargo, sobre el criterio de la "intención del autor" de los tuits, por tratarse de "uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión" -FJ5º-. Y afirma que, a pesar de "los aspectos reprobables de los tuits formulados por el recurrente en relación con la referencia al terrorismo como forma de acción política, el imperativo constitucional de respeto a la libertad de expresión impide categóricamente extraer conclusiones penales de estos elementos sin ponderar también el hecho de que los expresados tuits son susceptibles de ser

interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social a personas que ostentaban la condición de personajes públicos en el momento en que los actos comunicativos tuvieron lugar; y que, en uno de los casos, había tomado posición en favor de un determinado partido político”.

De este modo, rechaza abiertamente la afirmación de la sentencia ordinaria recurrida según la cual resultaba irrelevante ponderar cuál era la intención – irónica, provocadora o sarcástica– del recurrente al emitir sus mensajes, en relación con su trayectoria profesional como artista y personaje influyente, con el contexto en que se emitían los mensajes y con el mantenimiento de una línea de coherencia personal de condena de la violencia como medio de solución de conflictos.

Pero quizás la afirmación más importante del Tribunal Constitucional en esta Sentencia es aquella en la que sostiene que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de los actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una “situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades” como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática” -FJ 4º-

Con ello, y a pesar de estar desacertado al calificar la apología o glorificación del terrorismo como discurso

del odio -algo que reitera el Voto Particular²⁹-, pues éste sólo lo es cuando se dirige contra colectivos minoritarios tradicionalmente discriminados, el Tribunal Constitucional parece estar dando en la línea de flotación del propio delito de enaltecimiento del terrorismo que, tal y como está redactado, permite su aplicación aun cuando la intención del autor de los mensajes no sea la de glorificar, exaltar o enaltecer el terrorismo o a sus autores o menospreciar o humillar a sus víctimas. Pues el Tribunal parece referir que sólo incitarán a la violencia terrorista, aquellos mensajes de exaltación o justificación que provoquen un riesgo real **para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.**

A la vista de los últimos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español, cabe concluir que la libertad de expresión no protege aquellos discursos, mensajes o expresiones que, atendiendo a los criterios descritos *supra*, generen una alta y pronta probabilidad (que no mera posibilidad) de riesgo de incitación a la violencia terrorista. Un delito como el establecido por artículo 578 del Código Penal español no cumple tales requisitos y, en consecuencia, las conductas que tipifica son manifestaciones de la libertad de expresión "nociva" de sus autores, protegidas por el artículo 20 de la Norma Fundamental. Se trata, por tanto, de un delito ideológico o de opinión de difícil encaje constitucional.

No procede cerrar el presente estudio sin hacer referencia al Voto Particular del magistrado don Alfredo

²⁹ Apartado 2 (iii)

Montoya Melgar que, por un lado, aboga por una utilización preventiva del Derecho penal para restringir la libertad de expresión³⁰; y, por otro, considera que las opiniones o los mensajes que humillen a las víctimas del terrorismo deben ser excluidos del ámbito de protección de la libertad de expresión por no contribuir a la formación de una opinión pública libre³¹. Sirva todo lo expuesto para evidenciar nuestro claro desacuerdo con su contenido.

6. Conclusiones

La aparición y consolidación de Internet como canal de comunicación global, junto con el afianzamiento del terrorismo islamista durante la última década, han sido los dos factores detonantes de una actuación cada vez más represiva por parte de las democracias occidentales hacia determinados discursos o mensajes nocivos. La capacidad de emitir y recibir opiniones, ideas e informaciones, más o menos veraces en el caso de estas últimas, más o menos adecuadas en el caso de las dos primeras, se ha convertido en un hecho al alcance de todos, siendo la posibilidad de su expansión y divulgación prácticamente incontrolable a nivel práctico. Sin embargo, las democracias de corte liberal republicano como la nuestra están tratando de poner vallas al campo con medidas no siempre respetuosas con la libertad de expresión e información, dos de los

³⁰ Apartado 3 (iii)

³¹ Apartado 2 (v)

derechos tradicionalmente definitorios de su propia identidad.

Así, a la reactivación de delitos en desuso o de escasa aplicación práctica, como el de ofensas a los sentimientos religiosos, y a la aparición de nuevos, como los delitos de enaltecimiento y de odio, se le adiciona una mayor represión cuando se llevan a cabo en el marco de Internet. El riesgo de que la divulgación de determinadas ideas "socialmente peligrosas" se potencie masivamente a través de espacios como las redes sociales (principalmente Facebook y Twitter) ha conducido a una inercia represiva en la que no sólo se encuentran los países europeos, sino también Estados Unidos, país que tradicionalmente ha abanderado la libertad de expresión como uno de los derechos de excepcional limitación, aun cuando aquella resulte nociva para la sociedad.

De tal modo que, la mera expresión de un deseo genérico y abstracto de que alguien, algunos o muchos padezcan atentados o acciones terroristas, expresado a través de una cuenta de twitter, ha conllevado en España el procesamiento y, en ocasiones, la condena penal de los autores de mensajes que, no por ofensivos, dejan de ser irónicos o satíricos. Y ello como consecuencia, tanto de la existencia de lo que podríamos considerar "delitos de opinión" en nuestro Código Penal; como de una aplicación judicial de estos que obvia la concurrencia o no de los factores que tradicionalmente han determinado la existencia de un riesgo real de materialización de determinadas conductas delictivas.

El llamado "derecho penal del enemigo" parece, pues, el término más adecuado para calificar las distintas técnicas jurídicas adoptadas a uno y otro lado del Atlántico para perseguir determinados discursos como

constitutivos de la propia actividad terrorista (Vives Antón, 2001).

Como ha tratado de exponerse en el presente estudio, la nocividad de una idea y su expresión no la desapodera de su condición de mensaje constitucionalmente protegido, pues es solo la concurrencia de una serie de factores como el contexto político/social en que se produzca la difusión del mensaje; el medio empleado para su difusión; el impacto social del mensaje; la intención del emisor y su estatus; y la idoneidad de la expresión para incitar a la violencia, lo que puede justificar su represión.

Perseguir en abstracto ideas que resultan incómodas, nocivas, peligrosas o incluso dañinas para la sociedad, identificándolas con la propia actividad terrorista a través del Código Penal no parece, pues, asumible por ordenamientos jurídicos que otorgan al valor pluralista un carácter primordial. Atrevernos a barrer del debate público lo disidente, en su acepción más amplia, implica asumir un riesgo demasiado grande y real: la desaparición de una opinión pública libre imprescindible para toda sociedad democrática.

Bibliografía

Carmi, G. E. (2008). *Dignity Versus Liberty: The Two Western Culture of Free Speech*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1246700>

Carrillo, M. (2011). *Estudio Preliminar a Areopagítica (edición bilingüe) de John Milton*. Madrid: Clásicos del pensamiento. Tecnos.

Dworkin, R. (1986). *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press.

Gascón Cuenca, A. (2013). La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América y la protección del discurso racista. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 163-182.

Mill, J. S. (2013). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.

Milton, J. (1999). *Aeropagítica*. Madrid: Torre de Goyanes.

Presno Linera, M. (2019). La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español. *Cuadernos digitales de formación del Consejo General del Poder Judicial –Delitos de expresión en una sociedad democrática-*, 1-26. Disponible en: <https://presnolinera.files.wordpress.com/2019/12/la-libertad-de-expresic3b3n-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-y-del-tribunal-constitucional-segunda-parte.pdf>

Post, R.C. (1990). The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*, *Harvard Law Review*, 103, 601-686.

Rawls, J. (1996). *Sobre las libertades*. Barcelona: Paidós.

Revenga Sánchez, M. (2015). Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante? En M. Revenga (dir.). *Libertad de expresión y discursos del odio* (pp. 15-32). Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.

Teruel Lozano, G. (2014). Libertad de expresión y censura en Internet. *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*. 62, 2. 41-72.

Urías, J. (2020). De qué diantres hablamos cuando hablamos de libertad de expresión". En I. Spingo, J.A. Estrada Marún y W. Balderas Cardona (coords.). *Los derechos fundamentales en el siglo XXI, Vol. XIV: La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas* (pp. 47-66). Colombia: Academia Interamericana de Derechos Humanos.

Vives Antón, T. S. (2001). Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión. En López Guerra (coord.). *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo* (pp. 279-294). Valencia: Tirant lo Blanch.

Waldron, J. (2012). *The harm of hate speech*.
Massachusetts: Harvard University Press. Disponible en:
<https://doi.org/10.4159/harvard.978067406508>.

