

## Los mecanismos constitucionales frente a la retórica terrorista

Francisco Valiente Martínez

*Profesor colaborador asistente de Derecho Constitucional*

*Universidad Pontificia Comillas*

### **Resumen**

El terrorismo no es un acto que surja de forma espontánea, sino que exige un proceso de ideologización previo. Los actos terroristas, sea cual sea la escala en que se manifiesten, siempre se fundamentan en un discurso que pretende presentarlos como parte de una lucha en pos de altos ideales. Por ello, a la hora de definir qué respuesta deben dar las sociedades democráticas al fenómeno terrorista, es imprescindible incluir la confrontación ideológica y, por consiguiente, perseguir también esta modalidad de discurso del odio en sus distintas manifestaciones. Todo lo cual debe hacerse sin provocar restricciones excesivas a la libertad de expresión.

Palabras clave: Terrorismo, ideologización, discurso del odio, democracia, libertad de expresión.

### **Abstract**

Terrorism does not arise spontaneously, it requires a process of prior ideologization. Terrorist acts, whatever the scale on which they are manifested, are always based on a discourse that aims to present these actions as a struggle for high ideals. Therefore, the response that democratic societies give to the terrorist phenomenon have to include the ideological confrontation and, consequently, to pursue this type of hate speech in their different expressions. All of which must be done without causing excessive restrictions on freedom of speech.

Keywords: Terrorism, ideologization, hate speech, democracy, freedom of expression.

## 1. Introducción

La preocupación por el mensaje terrorista, sus vías de difusión, su repercusión en nuestra sociedad y su intención proselitista no es una preocupación novedosa. Ya a principios de siglo, desde la psicología social se advertía que “los actos de extrema violencia, especialmente cuando afectan a personas, suponen hechos de un enorme impacto psicosocial y político ya que atentan contra valores y normas básicas sobre las que se asientan la mayor parte de las sociedades. Por eso, los grupos que recurren a ella necesitan justificarla” (SABUCEDO, 2002, pág. 73).

Estas reflexiones, realizadas poco después de los atentados del 11-S contra las Torres Gemelas y el Pentágono, no sólo fueron premonitorias de lo que estaba por venir: se quedaron cortas en su alcance. El horror ante cada atentado y el desconcierto ante la imposibilidad de conseguir una seguridad total en nuestras mismas calles dejaron en segundo plano, al menos para el gran público, hasta qué punto se oculta tras cada acto terrorista un proceso de adoctrinamiento y, no en menor medida, de autoconvicción por parte de su perpetrador de la necesidad de dichas acciones.

Es un hecho, además, que el terrorismo del siglo XXI no sigue los cánones del pasado: no hay una banda con una estructura jerarquizada, no hay una planificación por parte de los líderes ni tampoco unos objetivos precisos. Los denominados “lobos solitarios” actúan de forma independiente y siguen su propio plan de acción. Pero, pese a todo ello, siempre presentan un nexo común: la radicalización, entendida como la lealtad a una causa que ha dado sentido a una forma de entender el mundo, la religión o la propia vida.

El término radicalización ya es de por sí sugerente. Procede del latín, *radix-icis*, que significa raíz. No podría, por tanto, ser más acertado: el radical ha llegado hasta el mensaje más profundo, fanático y enrarecido, hasta lo que muchos otros, a su modo de ver, no se atreven a ser. Se considera, por definición, mejor que los demás y con autoridad suficiente para darles ejemplo. No en vano, ningún terrorista se considera a sí mismo un agente de la destrucción, sino que aspiran a ser considerados por sus fieles como un guía, una fuente de inspiración, poco menos, en definitiva, que un profesor.

Este proceso de radicalización tiene dos etapas, la cognitiva y la violenta (ALONSO, 2009). La cognitiva es el proceso por el cual el terrorista ha seguido todo un proceso

intelectual para justificar la violencia; la violenta es, evidentemente, la perpetración del atentado y el deseo de ser imitado por otros.

¿Cómo se conforman estas lealtades a ideas abstractas? ¿Cómo se difunden estas ideologías? En el caso del yihadismo -el más común de los nuevos patrones terroristas- el adoctrinamiento llega a través de las nuevas tecnologías, del acceso a material y formación específicos y, en ocasiones, del refuerzo religioso directo realizado por imanes extremistas. En este sentido, Internet se ha convertido en una correa de transmisión gratuita, casi inmediata, traducible a cualquier idioma en tiempo récord y casi imposible de rastrear (TAPIA, 2016, pp. 4-6). El contraterrorismo, en cambio, no es capaz de adaptarse a una velocidad similar y, aunque pudiese hacerlo, no resulta nada fácil realizar una legislación garantista, efectiva, y no digamos global.

Ahora bien, del mismo modo que hemos ido conociendo estas causas, hemos de estudiar también cómo están actuando los poderes públicos para contener sus efectos, y si ello está repercutiendo en nuestros derechos fundamentales.

La premisa clave para estudiar la conveniencia de dicha respuesta es que ésta sea ante todo proporcional al riesgo real, pues si bien es cierto que las tragedias causadas por el terrorismo son obvias, no estamos afrontando una amenaza de carácter existencial para nuestra sociedad. Dicho de otro modo: “No estamos en guerra. Eso es precisamente lo que quieren los terroristas, que se ven a sí mismos como soldados (sin serlo) de un ejército (que no es tal) para hacer justicia (a su manera) contra cualquiera que no comulgue con sus ideas (NÚÑEZ VILLAVARDE, 2015, pág. 4).

## **2. Análisis conceptual**

El término “terrorismo” contiene más de cien definiciones elaboradas por distintos organismos oficiales, lo cual, de por sí, ya nos da una idea de la complejidad de la cuestión que aquí se aborda. No obstante, es posible identificar una serie de elementos propios del terrorismo (RIVAS NIETO, 2017, pp. 256 y ss.): se trata de actos violentos dirigidos contra blancos seleccionados por su relevancia simbólica con diversos propósitos, de entre los que destacan dar una sobredimensionada publicidad a su movimiento, crear efectos psicológicos colectivos e individuales a largo plazo y retroalimentarse del propio

miedo que se causa. Pero, además, el terrorismo de carácter religioso añade otras características singulares: es más cruel y su odio puede ser ilimitado; se fundamenta en un sistema de valores que niega la dignidad del distinto; busca la trascendencia para cumplir una presunta voluntad divina y, finalmente, aspira a tener un alcance mundial.

Como vemos, el fenómeno terrorista niega nuestros principios rectores primarios: a su modo de ver, ni todos somos iguales, ni la vida humana tiene un valor superior, ni el pensamiento discrepante merece respeto. Ello nos lleva a la gran pregunta: ¿podemos dar una respuesta eficaz a esta amenaza sin renunciar a nuestro propio sistema de valores? Antes de construir nuestra respuesta a esta cuestión, es necesario aportar algunos datos insoslayables.

Por un lado, hay que mencionar que los países que sufren más atentados no son las democracias occidentales sino, precisamente, los países islámicos; en segundo lugar, no es tampoco casualidad que los países que más están sufriendo el terrorismo han sido aquéllos que, precisamente, vivieron las mal llamadas “primaveras árabes”. Hay un tercer dato cuyo peso real es difícil de ponderar, pero no por ello debe omitirse, y es que las muertes por terrorismo, afortunadamente, están experimentando un progresivo descenso en los últimos años (ver Anexo).

Por otro lado, no todas las democracias reaccionan igual ante estas crisis. Es decir, sin menoscabo de los esfuerzos en común y las colaboraciones entre los servicios policiales y de inteligencia, las respuestas son diversas (por ejemplo, España no actúa igual que Israel, con sus acciones “preventivas” en la Franja de Gaza, ni que Estados Unidos, donde sólo pensar en Guantánamo ya aclara esta cuestión).

Además, es necesario comprender cuáles son las causas por las que, dentro de las propias democracias, surgen terroristas potenciales. En este sentido, parece casi una obviedad señalar que la privación relativa de necesidades básicas, la afectación psicológica ante la percepción de un conflicto multicultural o la competitividad por conseguir recursos son los factores que más favorecen la desconexión moral de ciertas personas que degenera en el terrorismo (MOYANO y TRUJILLO, 2015, pág. 195).

Pero la lógica es innegable: cuanto peor es la situación política, económica y cultural de un país, cuanto más inestable es su modelo social, más terrorismo hay. Por ello, las democracias occidentales sufren menos terrorismo que otros países. Lo cual no significa,

en modo alguno, que haya que bajar la guardia. Significa, eso sí, que hay que buscar las medidas más justas y proporcionales para confrontar este desafío.

Y, en este sentido, resulta preciso hacer un análisis al radicalismo que nace y crece dentro de nuestras propias sociedades. En buena parte de los actos terroristas sufridos en el llamado “primer mundo”, los causantes fueron ciudadanos que ya llevaban tiempo viviendo en nuestros países, cuando no eran directamente ciudadanos nacionales de pleno derecho. Muchos son los factores que pueden haber contribuido a ello, pero es un hecho que las personas más vulnerables a la radicalización son aquellas que se sienten marginados y en un entorno hostil o con pocas salidas para elaborar un proyecto de vida satisfactorio (HOLGUÍN, 2014, pág. 298). Situaciones, en definitiva, en que la integración ha fracasado.

### **3. El terrorismo en los sistemas democráticos: los valores en conflicto**

Los bienes jurídicos amenazados y atacados por el terrorismo son fácilmente identificables: la vida, la integridad, la seguridad, el orden público... Pero el mensaje justificador de estos actos también supone un ataque contra otros bienes que exigen la máxima protección: la dignidad humana, la pretensión general de respeto, la libertad religiosa, el derecho al honor. Resulta necesario, también, vertebrar mecanismos de defensa adecuados en este ámbito.

Podemos encontrar dos grandes líneas doctrinales que tratan de dar respuesta a esta pregunta (CARNEVALI, 2010, pp. 113 y 114): Por un lado, puede defenderse que el Derecho debe mantener sus reglas tradicionales y sus máximas garantías constitucionales y procesales, pues crear tipos especiales o reglas particulares sólo generaría restricciones excesivas a los derechos fundamentales. Por otro lado, puede interpretarse que el terrorismo es un modelo de criminalidad muy particular, que pretende socavar los cimientos mismos del sistema democrático y que, como cuenta con un poderoso mensaje proselitista, debe ser tratado de forma específica.

Esta segunda vía de acción es el denominado “derecho penal del enemigo” (JAKOBS, 1997, pp. 293 y ss.), es decir, una normativa que no está dirigida a los ciudadanos que, por u otra razón, vulneraron la ley de forma particular, sino que se diseña

para maximizar la protección de bienes jurídicos colectivos que han sido puestos en peligro de forma deliberada y que requieren un modelo de acción directa y preventiva por parte de los poderes públicos para conseguir su mejor defensa.

España ya tuvo que afrontar y resolver esta disyuntiva durante la Transición. En unos años donde el azote terrorista era particularmente cruel, con las bandas terroristas ETA y GRAPO sanguinariamente activas, las Cortes constituyentes tomaron una decisión que se materializó en el artículo 55.2 de nuestra Carta Magna: aprobar la suspensión individualizada de derechos “para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. Y, como consecuencia, vieron la luz las distintas leyes orgánicas que fueron modificando nuestro Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dar cabida a esta nueva legislación.

Si bien parte de la doctrina nacional e internacional criticó este precepto porque, a su modo de ver, condenaba a las personas no por lo que hacían sino por lo que eran y pensaban (FERRAJOLI, 1984, pp. 275 y ss.), la mayor parte de la doctrina española defendió su validez y utilidad. El fundamento para esta defensa es que el terrorismo, por definición, nunca es una actividad generalista sino minoritaria y que, por ende, las medidas destinadas a su confrontación no pueden tener un alcance absoluto, sino que deben limitarse exclusivamente a las concretas acciones de individuos determinados (FERNÁNDEZ SEGADO, 1983, pp. 134-135).

Esta garantía, en realidad, permite a los poderes públicos actuar con la máxima precisión y el menor impacto social en los casos de terrorismo, pues no se pueden suspender los derechos de una persona por su mera ideología, sino sólo cuando se encuentre realmente bajo las “investigaciones correspondientes” y pueda, por ende, acreditarse su relación con una banda armada. Es más, este carácter individual de la suspensión de derechos constituye un límite al poder represor del Estado, pues excluye la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio para afrontar el terrorismo y los reserva para situaciones absolutamente excepcionales (VÍRGALA, 1994, p. 63). La cuestión no es baladí, pues un vistazo a la hemeroteca nos permite comprobar que durante los años ochenta y noventa del siglo pasado, se planteaba desde diversos foros la aplicación del estado de excepción en el País Vasco.

Hoy en día, sin embargo, debemos reconocer que el problema del terrorismo yihadista, de corte indiscutiblemente internacional, no tiene visos de quedar reducido a una situación excepcional, sino que será una especie de sombra siempre presente. La consecuencia lógica es que las medidas diseñadas para combatirlo, pensadas para ser coyunturales, pueden empezar a considerarse estructurales.

De entre estas medidas, las dirigidas a perseguir la difusión de mensajes incitadores a la violencia requieren un particular análisis. Porque, aunque pueda plantearse que estemos afrontando una involución en el terreno de las libertades, lo que es incuestionable es la permeabilidad de muchos individuos a los mensajes de propaganda terrorista, que se manifiesta de forma regular en la red, con un formato seductor –imágenes, música, lenguaje persuasivo con llamadas al valor y al sacrificio...- y con una virulencia sin precedentes (MARTÍNEZ VÁZQUEZ, 2018, pp. 50 y 51). Y esta situación exige tomar medidas concretas, como han sido las adoptadas mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que fortaleció las herramientas procesales para la investigación tecnológica, y que se adelantó a lo que luego sería el artículo 21 de la Directiva Europea sobre Terrorismo, aprobada en 2017, que obliga a los Estados a proveer los medios para la rápida eliminación de los contenidos de incitación al terrorismo que puedan encontrarse online.

Cabe añadir, además, que nuestros constituyentes ya previeron también que podría existir la tentación de emplear estas medidas de forma abusiva. Para frenar este riesgo, añadieron un límite que perfectamente puede interpretarse como una advertencia a quienes ejerciesen este poder: “La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.” Una advertencia meridianamente clara para evitar cualquier tentación al respecto.

En definitiva, sólo hay dos alternativas reales para tipificar el discurso justificador del terrorismo: por un lado, la alternativa individual, que consiste en considerar el derecho penal como una herramienta igualitaria por la cual esta retórica se entendería como una circunstancia agravante de los demás delitos relacionados con el terrorismo; por otro, la colectiva, que pretende no sólo evitar los delitos de odio sino también la retórica que los justifica, para lo cual necesita la tipificación de estas conductas (AGUILAR, 2015, pp. 193 y ss.).

Pero esta construcción defensiva no puede entenderse únicamente desde el prisma de la norma penal. Es, indiscutiblemente, una cuestión de carácter constitucional que pondrá en tela de juicio algunos de los fundamentos últimos de nuestro sistema de libertades y las garantías que los/nos protegen. Por ello, sin ánimo de ahondar en las peculiaridades del derecho penal *ad hoc* que nace con la aspiración de proteger nuestro modelo de vida, sí resulta necesario abordar cómo está actuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante esta dicotomía.

#### **4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la interdicción del discurso terrorista**

El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos protege la libertad de expresión y, para ponderar sus límites, el TEDH ha desarrollado un patrón a través del cual estudiar las posibles restricciones que se puedan poner a este derecho. Sus requisitos son bien conocidos: las limitaciones deben estar previstas por las leyes nacionales, deben perseguir fines legítimos y deben ser necesarias para la buena salud de una sociedad democrática ya que protegen un interés general de particular relevancia.

Pero dado el amplísimo alcance que tiene la libertad de expresión, que al fin y al cabo subyace tras todo proceso comunicativo humano, debemos centrarnos en este momento en dos puntos específicos: ¿qué es exactamente el mensaje terrorista y cómo reacciona el TEDH ante los discursos filoterroristas?

Para responder a la primera cuestión debemos acudir al *Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo*, cuyo artículo 5.1 expresa lo siguiente: “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”. Idea que se refuerza con la *Decisión marco 2008/919/JAI*, cuyo artículo 3.1 entiende como provocación a un delito de terrorismo “la difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de (estos) delitos”.

A la luz de dichos textos, queda claro que toda conducta que pueda ser considerada una llamada a la imitación de atentados terroristas es incitación a la violencia y, por ende, es susceptible de ser prohibida.

Para responder a la segunda cuestión, encontramos que el propio Tribunal se ha pronunciado a través de un dictamen propio donde interpreta el texto del CEDH a la hora de afrontar las medidas que tomen los distintos países para contener el terrorismo. Las medidas preventivas merecen particular atención, pues mediante esta forma de actuar se están llevando a cabo métodos especiales de vigilancia que incluyen la intervención de comunicaciones o los registros específicos e intensivos. Pero también encontramos medidas que afectan al discurso terrorista y su difusión.

El TEDH siempre ha sido muy consciente de que, en relación con el terrorismo, no faltarán personas que celebrarán estos actos, alardearán de los mismos o promoverán nuevos atentados (ESQUIVEL, 2016, pp. 25 a 27). Por ello, ha dejado un amplio margen de apreciación nacional para que sean los Estados quienes decidan si tipifican como delito o no estas acciones apologéticas o reivindicadoras.

De esta manera, en el caso *Zana c. Turquía* (1997), el TEDH consideró conforme al convenio la condena contra el antiguo alcalde de Diyarbakir, quien se había negado a condenar los atentados cometidos por el PKK (si bien expresó su tristeza por la muerte de mujeres y niños en dichos actos), y consideró también legítimo el secuestro de la publicación que recogía la entrevista al condenado, aceptando así el criterio de los tribunales turcos, para quienes sus palabras podrían incitar a nuevos actos violentos. En la misma dirección se decantó la sentencia *Sürek c. Turquía* (1999), donde el TEDH aceptó que debía conceder un amplio margen para la apreciación nacional de los tribunales turcos, que habían condenado a una revista que publicaba artículos justificando actos violentos. Un año después, en la misma línea, la sentencia *Özgür Gündem c. Turquía* (2000) consideró conformes al CEDH las condenas que los tribunales turcos habían impuesto contra varios periodistas que habían incitado en tres artículos la lucha armada, glorificado a los guerrilleros e incitado a los jóvenes a unirse a su movimiento.

Sin embargo, en la sentencia *Arslan c. Turquía* (1999) se consideró contrario al Convenio el secuestro de un libro cuyo prólogo justificaba los actos del PKK por considerar que su impacto era mucho menor que el de los medios de comunicación de masas. Y, años después, en la sentencia *Faruk Temel c. Turquía* (2011) se consideró

contraria al Convenio la condena a un líder político que, aunque había justificado que hubiese acciones violentas dado el contexto en que vivía Turquía, nunca había hecho expresa incitación a las mismas.

Como se puede comprobar, la acción de los tribunales turcos y sus normas penales, sobre todo en relación con el conflicto del Kurdistán, han causado la mayor parte de los casos que han requerido la intervención del TEDH. Pero es también de interés la sentencia *Leroy c. Francia* (2008), donde se legitimó la condena impuesta a un dibujante que, en una revista de escasa tirada, publicó una caricatura alabando la destrucción de las Torres Gemelas. El acusado argumentó que su ideología era profundamente antiamericanista y antiimperialista, por lo que tenía derecho a celebrar dichos ataques. Sin embargo, para el TEDH fue crucial que dicha viñeta fuese publicada el 13 de septiembre de 2001, apenas dos días después del atentado, pues en esos momentos debían primar el respeto por las víctimas y hacia el país que había sufrido tal crimen.

¿Es posible extraer pautas de actuación claras en todos estos casos? A mi modo de ver, sí. El TEDH ha considerado, fuera de toda duda, que la apología del terrorismo y la incitación explícita a la violencia no están amparados por la libertad de expresión. Sin embargo, reconoce también la relevancia de otros elementos, en particular las circunstancias contextuales. Dichos elementos son de distinta índole: 1) el momento en que se produce la manifestación (no es lo mismo que sea inmediatamente después de un atentado que en un momento de calma social); 2) el alcance o difusión que pueda tener dicho mensaje (no es lo mismo un medio de comunicación masivo que una publicación de carácter minoritario); 3) el rol social que juegue el emisor del mensaje (no es lo mismo una persona privada que un cargo público); 4) el contenido específico del mensaje que, atendiendo tanto a la literalidad como a la simbología que pueda darse, permite deducir si la incitación a la violencia es tal; 5) la viabilidad real de que dicha incitación pueda acabar generando un nuevo acto terrorista, lo que exige tener en cuenta no sólo el momento, sino también el lugar de emisión de dichos mensajes.

Cabe hacer una consideración adicional. En términos generales, al analizar la libertad de expresión y el discurso del odio, el TEDH y el Tribunal Supremo de Estados Unidos siguen posturas difícilmente conciliables: la Corte europea da un valor particular a la protección de la dignidad humana, mientras que la estadounidense hace una defensa casi

a ultranza de la libertad de expresión (ALCÁCER, 2015, p. 48). Sin embargo, en materia de terrorismo es posible hallar un enfoque común.

En el caso *Holder v. Humanitarian Law Project* (2010), el Tribunal Supremo de Estados Unidos entendió que, bajo el amparo de la *USA Patriot Act*, podía prohibirse la colaboración con organizaciones que fuesen clasificadas como terroristas incluso en iniciativas que nada tuviesen que ver con la violencia, ya que ello podía constituir, de facto, una legitimación de sus otros medios, que sí son violentos. Esta sentencia entronca con uno de los pilares fundamentales de la jurisprudencia estadounidense en defensa de la libertad de expresión: el llamado “test de Brandenburg”. Efectivamente, en 1969, el Tribunal Supremo, al resolver el caso *Brandenburg v. Ohio*, sentenció que la defensa o expresión de una idea, incluso las que amparan o justifican la violencia, están protegidas por la libertad de expresión. Esta protección sólo podría anularse en el caso de que, como consecuencia de la difusión de un mensaje, pudiera producirse una *imminent lawless action*. Es decir, que los límites a la libertad de expresión deben cumplir tres condiciones para ser constitucionales a la hora de restringir la comunicación de un mensaje: la existencia de una evidente deseo de cometer un acto ilícito (intencionalidad), que dicho acto estuviese a punto de producirse (inminencia) y que dicho ilícito tuviese altas probabilidades de materializarse (viabilidad). En caso contrario, por polémico u ofensivo que pueda ser un mensaje, está constitucionalmente protegido.

Pero el caso *Holder* vino a decir que trabajar con grupos terroristas suponía una especie de legitimación de estos grupos terroristas y que, aunque debía estudiarse caso por caso, podrían darse situaciones en las que esta colaboración cumpliera el test de *Brandenburg* y pudieran, por tanto, ser prohibidas.

El reconocimiento de esta posibilidad, a mi modo de ver, refleja un modo de actuación común por parte de los sistemas democráticos frente al discurso terrorista: todo intento de justificar la violencia que pueda derivarse en una incitación a la misma, por indirecta que ésta pueda ser, está excluido de la libertad de expresión y es, por tanto, punible.

## **5. Un caso español: la STC 112/2016, de 10 de junio**

El 21 de diciembre de 2008, Tasio Erquizia Almandoz participó como orador en un acto de homenaje al conocido terrorista de ETA José Miguel Beñarán, “Argala”. Durante su intervención, se refirió al homenajeado presentándole como un mártir que se había visto obligado a tomar la opción de la lucha armada y que su propio asesinato le había convertido en un icono, un modelo a seguir. Por este discurso, Erquizia fue procesado y condenado por un delito de enaltecimiento del terrorismo, de manera que acabó recurriendo en amparo.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, realizó la siguiente valoración: la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo no sólo es acorde a la Constitución, sino también a la normativa internacional al respecto, ya que constituye una manifestación que pretende “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”.

Pero además se da una particular relevancia al contexto en que se realizó el homenaje: el lugar (la localidad natal del terrorista homenajeado), la fecha (en el aniversario de su muerte), la propia elección del orador (que no era amigo ni familiar del acusado, sino que fue elegido por su afinidad ideológica y sus dotes retóricas), la simbología acompañante al acto (se proyectaron fotos de encapuchados, supuestos miembros de ETA), son todos elementos que deben valorarse a la hora de calificar o no esta conducta como ilegal, sobre todo porque el homenaje se realizó ante una audiencia por cuya composición e ideología podría darse un riesgo real de que alguno de los asistentes se sintiese inspirado por Argala y considerase legítimo retomar su lucha.

Esta sentencia recoge el criterio ya establecido por nuestro Tribunal Supremo (STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 3 de junio de 2014), que ya había aclarado que la tipificación de estos hechos no pretende en ningún caso “prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, sino que consiste en algo tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos terroristas, realizada mediante actos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal”. Criterio que se ha visto recientemente reforzado cuando se condenó por incitación al odio y a la violencia a unas personas que, en sus perfiles en redes sociales, publicaron vídeos y fotografías exaltando crímenes cometidos por *Daesh*, con comentarios que celebraban dichos crímenes y

proponían incluso la búsqueda de nuevos medios para difundir el mensaje yihadista (STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 29 de marzo de 2017).

Estas sentencias nos permiten confirmar que, al amparo del artículo 55.2 de la Constitución y las normas derivadas del mismo, nuestros tribunales están optando por la sanción específica del terrorismo y de su retórica. Y el Tribunal Constitucional avala esta vía, pues no en vano en su Auto 4/2008, de 9 de enero, ya concluyó que “excepcionalmente, el legislador penal pueda castigar la justificación pública de estos actos, sin que ello suponga quebranto constitucional alguno, siempre y cuando pueda derivarse una incitación al menos indirecta a la comisión de nuevos atentados”.

## **6. En búsqueda del camino correcto**

La libertad de expresión siempre está en peligro, de ahí que, como dijera en su día el Juez Oliver Wendell Holmes, haya que estar “eternamente vigilantes” para protegerla. Al hilo de esta idea encontramos una de las máximas del derecho penal moderno: el pensamiento no delinque. Y si bien es cierto que el pensamiento como tal no puede delinquir, no es menos cierto que cuando las ideas se convierten en un mensaje que se comunica a los demás sí se puede causar un daño, pues las palabras casi nunca son inocentes. Debemos, por tanto, analizar si es posible conjugar ambos criterios o si, por el contrario, estamos ante una irresoluble cuadratura del círculo.

La tipificación de acciones como la apología o la incitación a la violencia, que, como se ha visto, han ido cobrando fuerza en todos los sistemas democráticos, podrían considerarse aún como una rareza, una medida excepcional para afrontar fenómenos excepcionales, en momentos en los que el terrorismo pueda ser particularmente peligroso. No obstante, aunque sea un arma eficaz para conseguir un fin legítimo, cabe el riesgo de que sea también un instrumento normativo que quede a merced de los principios de eficacia, oportunidad o aun de los vaivenes políticos (RAMOS VÁZQUEZ, 2008, p 793).

Sea como fuere, la lógica y la evolución normativa nos llevan en una dirección clara: estas restricciones han venido para quedarse, y no sólo eso, van cobrando fuerza y alcanzando ámbitos cada vez más extensos (España tenemos casos como el de César

Strawberry, el rapero Valtonyc o los titiriteros creadores de *La Bruja y Don Cristóbal*). ¿Estamos, quizás, yendo demasiado lejos en un afán sobreprotector?

Una posible respuesta la ofrece la doctrina, cuando plantea que existen al menos cuatro elementos fundamentales que nunca han de ser obviados al establecer estas limitaciones (MOLINER, 2015, pág. 8): 1) no hacer dejación de valores clave como la igualdad, la libertad y la tolerancia; 2) en caso de conflicto, respetar las libertades por encima de las creencias o sensibilidades personales; 3) no admitir la intolerancia, ni siquiera bajo la bandera del multiculturalismo; 4) actuar de forma unánime cuando ocurran atentados, incluso promoviendo una Corte Penal Internacional específica.

Las democracias tienen el deber de confrontar el odio terrorista de forma tal que no genere mayor violencia o nuevas injusticias. Y los hechos nos demuestran que la mejor defensa de un país contra el terrorismo es mejorar la legitimidad del Estado a través de derechos más democráticos, más desarrollo de los derechos humanos y más prácticas de buena gobernanza e integración a nivel local, nacional e internacional (PICCONE, 2017, pp. 2 y ss.).

Desde esta perspectiva, puede que incluso el uso de la terminología “terrorismo islámico” resulte injusta, pues supone atribuir un matiz violento a la mera existencia del Islam. Lo cual no se corresponde con la realidad, toda vez que el recurso a la violencia y la incitación a la misma no es ni inherente, ni la característica más recurrente de una religión practicada por cientos de millones de personas en el mundo (TOMÉ, 2014, p. 255).

En definitiva, en nuestras sociedades, cada vez más multiculturales, el verdadero problema lo encontramos a la hora de comprender cómo se complementan el *demasiado* y el *demasiado poco* (ZIZEK, 2008, pp. 55 y ss.). De tal manera, puede que la forma más coherente de afrontar la retórica violenta del terrorismo sea emplear el derecho restrictivo para velar por el mantenimiento de unos mínimos razonables de convivencia, y no con la inalcanzable pretensión de erradicar estos mensajes (demasiado) ni considerar que todos sus aspectos puedan estar protegidos por la libertad de expresión (demasiado poco).

Este ejercicio de equilibrismo constitucional se vuelve particularmente complejo cuando analizamos la difusión del mensaje terrorista a través de Internet. Si existe algún ámbito donde se pueda constatar que su completa eliminación es imposible, es éste, sin duda. La presencia terrorista en Internet adoctrina, justifica la violencia y, lo que es aún

peor, tiene un afán proselitista. ¿Cómo puede afrontarse esta situación dadas las características propias del mundo *online*?

Podemos encontrar al menos tres aproximaciones a la cuestión, con medidas que pueden ir desarrollando los gobiernos nacionales y los cuerpos y fuerzas de seguridad (CANO, 2016, pp. 19 y ss.): desarrollar sistemas de observación dentro de la red y, llegado el caso, infiltrarse en determinados *sites* para tener el mayor conocimiento de su alcance; reunir pruebas suficientes que permitan a los mecanismos de cooperación y vigilancia internacional actuar de forma eficaz contra los emisores y de este mensaje y quienes lo albergan; desarrollar medidas preventivas para confrontar lógicamente este discurso, a través de los procesos llamados “contranarrativas”.

Un ejemplo de estas contranarrativas y su utilidad podemos encontrarlo en la reacción del gobierno estadounidense tras el atentado de la maratón de Boston en 2013 (FRANCH, 2013, pp. 85 y 86). En los días siguientes al mismo, desde la propia administración se construyó una narrativa en *Twitter* a partir de los discursos pronunciados por el Presidente Obama tras los ataques y los difundía a nivel mundial, en diversos idiomas y replicando incluso a los usuarios de la red social que exaltaban el terrorismo, llevando, por así decirlo, el debate a sus propias casas. Esta contranarrativa siempre reflejaba el salvajismo y brutalidad del ataque y lo contraponía con las características de una sociedad democrática y libre, donde incluso el pensamiento disidente era respetado. El paradigma entre el bien y el mal, la civilización y el salvajismo, la libertad y la tiranía, el miedo y la esperanza fueron tónicas durante las semanas siguientes, generaron miles de retuits y comenzaron una ola comunicativa que llegó a absorber el mensaje violento. Fue, a mi modo de ver, un uso admirable de las posibilidades que el libre mercado de las ideas puede darnos a la hora de perseguir el discurso del odio.

Considero, a la luz de lo expuesto, que el ingente trabajo que hay que hacer para combatir la retórica justificadora e incitadora del odio y la violencia ha de desarrollarse a través de un modelo mixto. Por un lado, el derecho punitivo puede emplearse para castigar los mensajes más violentos y peligrosos, en particular cuando su fin sea proselitista. Pero considero igualmente que la libertad de expresión no puede perder su esencia, que es, no lo olvidemos, proteger el pensamiento discrepante. Y para ello resulta imprescindible adoptar las cautelas que propone el test de Brandenburg, así como ponderar siempre con cautela los elementos de la contextualización que defiende el TEDH, pues esta

metodología de trabajo parece la más eficaz a la hora de evitar casos de limitaciones abusivas.

## **7. Conclusiones**

1.- Resulta difícil encontrar un vínculo directo entre libertad de expresión y auge terrorista, toda vez que el terrorismo crece sobre todo en países con profundas desigualdades, gobiernos ineficientes, estructuras sociales débiles, instituciones corruptas y unas fuerzas de seguridad mal preparadas. Países en los que, en definitiva, hay una muy deficiente protección de los derechos fundamentales y, en buena medida, una notable carencia de libertades básicas, como la libertad de expresión.

2.- Las sociedades democráticas deben optar por dos caminos: considerar la motivación del terrorismo como una posible circunstancia agravante de otros hechos o por considerar delito propiamente dicho esta retórica violenta. En términos generales, se está optando por esta segunda opción.

3.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, como consecuencia, los tribunales nacionales, defienden que la retórica terrorista no está protegida por la libertad de expresión y que es legítimo legislar para su prohibición. No obstante, se recalca la relevancia del contexto propio de cada caso concreto a la hora de determinar si una conducta es abusiva o si puede quedar constitucionalmente protegida.

4.- A pesar de la espectacularidad y brutalidad de los actos terroristas, no debemos caer en el miedo a la hora de ponderar su impacto real, pues no afrontamos una amenaza existencial. Todas las medidas destinadas a proteger a la ciudadanía de estos atentados deben ser proporcionales al riesgo real existente, a fin de no restringir nuestros derechos fundamentales, que es como decir no restringir nuestro modelo de vida.

5.- Ante la imposibilidad manifiesta de contener el discurso violento y la retórica que lo justifica, es necesario elaborar un modelo mixto de acción: el recurso al derecho penal es válido y adecuado en los casos más graves, pero las Administraciones Públicas deben también desarrollar eficaces contranarrativas para llevar el debate ideológico al plano adecuado en los demás casos en que afrontemos una retórica violenta.

Anexos

Gráfico 1.

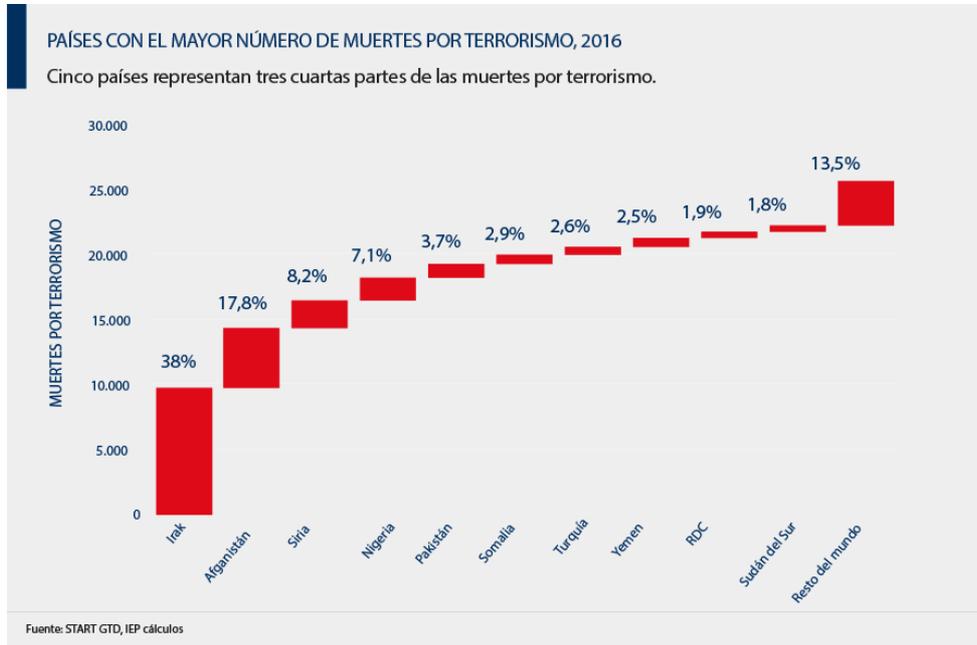


Gráfico 2.

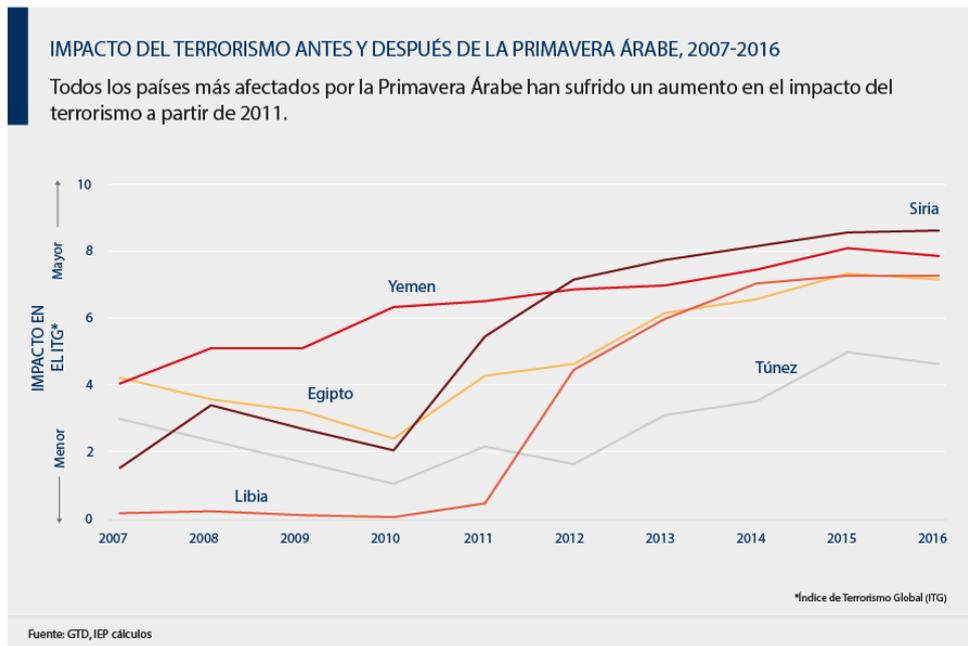
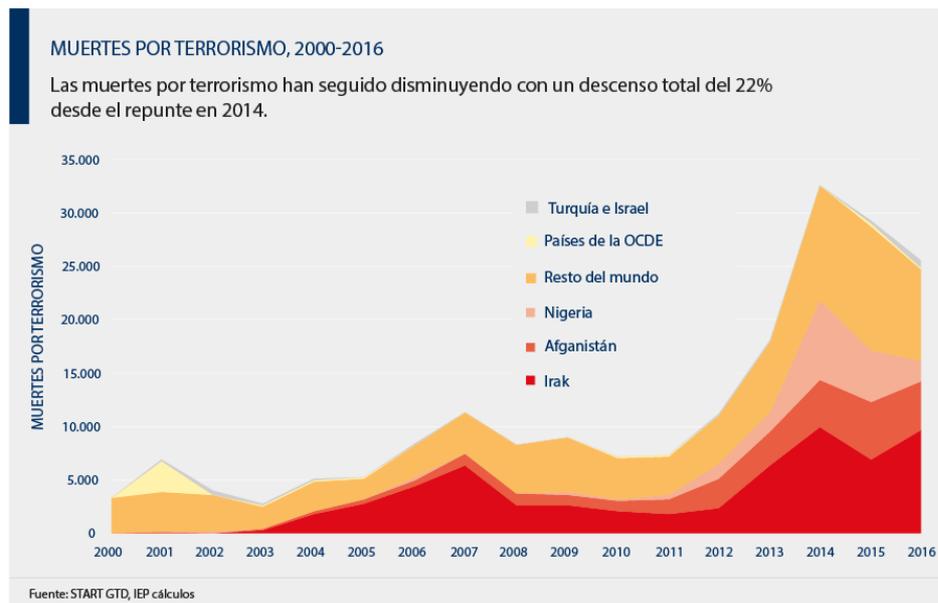


Gráfico 3.



## Referencias

AGUILAR, M. A. (coord.) (2015). *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 193-200.

ALCÁCER, R. (2015). Víctimas y disidentes: el “discurso del odio” en EE.UU. y Europa. *Revista española de derecho constitucional*, 103, 45-86.

ALONSO, R. (2009). El terrorismo yihadista: una amenaza híbrida. *Cuadernos de pensamiento político*, 45, 16-17.

CANO PAÑOS, M. A. (2016). Odio e incitación a la violencia en el contexto del terrorismo islamista. Internet como elemento ambiental. *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 4/2016, 1-37.

CARNEVALI, R. El Derecho Penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 35, 109-145.

ESQUIVEL, Y. (2016). El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales*, 35, 3-44.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1983). La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales. *Revista de estudios políticos (Nueva época)*, 35, 123-182.

FERRAJOLI, L. (1984). Emergenza penale e crisi della giurisdizione. *DDDP*, 2, 271-292.

FRANCH, P. (2013). La retórica de Obama ante el terrorismo: estudio del uso de la red social Twitter tras los atentados de Boston de abril de 2013. *adComunica*, 6, 83-101.

HOLGUÍN, J. (2014) Indicadores transversales en el proceso de radicalización de la segunda generación de inmigrantes de procedencia musulmana en España. *Revista de Derecho UNED*, 15, 293-320.

JAKOBS, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 98 y ss.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (2018). Cuarenta años de Constitución en la lucha contra el terrorismo. *Revista ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 104, 36-60.

MOLINER, J. (2015). La política de defensa de España ante la amenaza del terrorismo yihadista. *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, 1, 1-16.

MOYANO, M. y TRUJILLO, H. M., Incidentes críticos de violencia urbana vinculados al radicalismo islamista en España: simulación y análisis de un escenario. *Universitas Psychologica*, 15, 193-204.

NÚÑEZ VILLAVERDE, J. (2015). ¿Qué sacamos de París? *Página Abierta*, 241, 3-4.

PICCONE, T. (2017) Democracy and terrorism. *Democracy and Security Dialogue Policy Brief Series*, 1-5.

RAMOS VÁZQUEZ, J. (2008). Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 771-794.

RIVAS, P. El discurso del odio en el terrorismo islamista (2017), en ALONSO, L. y VÁZQUEZ, J. (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica,

SABUCEDO, J. M. y otros (2002). Construcción del discurso legitimador del terrorismo. *Psicothema*, 14, 72-77.

TAPIA, M A. (2016). Análisis de la estrategia comunicativa del terrorismo yihadista: El papel de las redes sociales. *Instituto español de estudios estratégicos*, 2, 1-15.

TOMÉ, B. (2014). Extremismo y radicalismo en la estrategia de seguridad nacional 2013: una visión fragmentada e incompleta. *UNISCI Discussion Papers*, 35, 249-264.

VÍRGALA, E. (1994). La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español. *Revista española de Derecho Constitucional*, 40, 61-132.

ZIZEK, S. (2008). *En defensa de la intolerancia*. Madrid: Sequitur, 55-63.

Informes:

Terrorismo (2016). *COURTalks disCOURs*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2-4