

LIBERTAD DE EXPRESIÓN *VERSUS* APOLOGÍA DEL TERRORISMO. ASPECTOS Y LÍMITES CONSTITUCIONALES

Macías Jara, María

Profa. Dra. Derecho Constitucional

Universidad Pontificia Comillas – ICADE, Madrid

Directora de la asignatura Derechos de la Mujer, Master de Derechos Humanos,

Universidad de Alcalá, Madrid

mmaciasjara@gmail.com/mmacias@upco.es

Palabras clave:

Libertad de expresión, límites, apología, terrorismo, internet y redes sociales.

Introducción

El presente trabajo pretende establecer algunas reflexiones en torno a los límites a la libertad de expresión en relación con contenidos conectados con el terrorismo. La fuerte proyección de la que disfruta el derecho a la información y a la libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico en garantía del pluralismo político y, en particular, del pluralismo informativo hace que sea complejo trazar una línea entre estos derechos con contenidos constitucionalmente admisibles y aquellos que no los son pero que, sin embargo, encuentran una tremenda dificultad para ser tipificados como delitos.

El art. 1.1 de la Constitución española (en adelante, CE), recoge como valor superior el pluralismo político, entendido como la defensa de la pluralidad de ideas, cualquiera que sea su origen o cariz y se concreta en un genérico derecho fundamental a la libertad de expresión y, en particular, en el derecho a comunicar información veraz de carácter noticiable que, a su vez, se conforma como una garantía para la salvaguarda del pluralismo político, cauce para la libre formación de la opinión pública.

Es importante entender que no se trata de establecer censuras ni de restringir opiniones, siquiera las contrarias a la Constitución o al orden jurídico-constitucional en general, cuestiones que encajan perfectamente en el derecho fundamental a la libertad de expresión, reconocido en el art. 20.1 a) CE. Precisamente, éste protege cualquier idea, opinión o juicio de valor mediante cualquier medio, escrito o palabra sin que haya de concurrir ningún requisito ni presunción de veracidad bajo el límite general del mantenimiento del orden público. Uno de los problemas, sin embargo, al que nos enfrentamos es delimitar este derecho y valorar cuándo los contenidos vertidos a modo de opiniones representan, no obstante, una exaltación de acciones tipificadas como delito lo que, no es, como tal, un contenido protegible por la libertad de expresión porque se traspasa la línea que ampara el derecho fundamental para subsumirse en el tipo penal.

Así, pues, se está ante un complejo entresijo de límites, pues los derechos fundamentales a ponderar no son derechos absolutos. Entran en juego límites internos, en tanto contenido esencial de los derechos o externos, en tanto interacción de unos derechos con otros que eventualmente entran en conflicto, así como los que se proyectan desde el propio ordenamiento jurídico, en concreto, el orden constitucional y penal.

Especialmente volubles son esos límites respecto de los contenidos vertidos en medios informáticos y redes sociales, pues la naturaleza volátil de estos cauces de contenidos fácilmente accesibles, manipulables y veloces hacen muy difícil la delimitación y la erradicación de conductas delictivas.

En delitos de terrorismo está prevista, en el vigente Código Penal de 1985, la apología como delito autónomo en el art. 578, castigándose el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o de difusión de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución, dando lugar a la apología como tipo penal independiente de su regulación como forma de provocación que se hace en el art. 18.1 CP. Éste lo define como "la exposición ante una concurrencia de personas por cualquier medio de difusión de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor". Según el párrafo segundo, la apología sólo será delictiva como forma de provocación o si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer este tipo de delitos, en los casos en los que la Ley lo prevea (art. 18.2 CP). Ello complica, a su vez, su consideración como delito, pues puede que exista cierta laguna legislativa, ya que esto supone que junto a la tipificación del delito al que se está incitando a su comisión, debe existir una norma que establezca que será punible la provocación a ese delito.

Estas cuestiones, que no son, en realidad novedosas, no están, sin embargo resueltas y, desafortunadamente, ante la actualidad imperante, resurgen en torno a nuevas situaciones que parecen aunar voluntades políticas dentro y fuera de nuestras fronteras para articular textos jurídicos que traten de buscar una armonización de los bienes jurídicos en juego, como sucede con la actual Proposición de Ley Orgánica contra el terrorismo, en particular, el yihadista.

Nuestro orden jurídico-constitucional ha enarbolado una libertad de expresión que ha de mantener ese estatus de protección y garantía por cuanto representa y proyecta como derecho fundamental pero no a costa de amparar conductas que atenten contra derechos como la vida, la integridad o la libertad y seguridad de los ciudadanos en un Estado democrático de Derecho.

1.- La libertad de expresión en nuestro orden constitucional

La libertad de expresión se recoge en nuestra Constitución española, en el art. 20.1 a) como un derecho fundamental a expresar cualquier opinión, idea, pensamiento o juicio

de valor mediante el escrito, la palabra o cualquier otro medio de difusión. La titularidad de este derecho se reconoce a todas las personas, al margen de que sean o no profesionales de la información⁵⁹. En este sentido lo resolvió la sentencia Engels del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de junio de 1976 cuando afirmó que “Está claro que la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce la libertad de expresión, es aplicable a todas las personas” (Apartado 100).

No ha de confundirse en este plano la libertad de información que, sin duda, resulta de una proyección concreta del derecho a la libertad de expresión pero, sin embargo, se configura como un derecho autónomo completamente diferenciado de aquél. Así lo señaló el Tribunal Constitucional en su STC 6/1988, de 21 de enero. De este modo, la libertad de expresión tiene un espectro mucho más amplio, lo es de cualquier persona, incluso personas jurídicas y con el único límite del mantenimiento del orden público y, por supuesto, de lo que queda estipulado como tipo delictivo en el Código Penal, como se verá después. Sin embargo, la libertad de información contiene, de entrada, un requisito delimitador de la garantía del derecho y de su proyección en tanto derecho fundamental que es la veracidad, no aplicable a la libertad de expresión. Y, asimismo, una exigencia basada en la necesidad de que la información se componga de hechos objetivos de interés noticiable.

En tanto el hecho objetivo que se difunde, sea realizado por un profesional y por un medio institucionalizado a tal efecto, en cuanto la información representa una proyección que puede afectar a la libre formación de la opinión pública y a la garantía y valor superior del pluralismo políticos, el Tribunal Constitucional ha dotado a la libertad de comunicación de un valor preferente sobre otros derechos fundamentales. Sin embargo, ello no significa, como se ha mal interpretado que la libertad de información no la puedan ejercer no profesionales. Ahora bien, esta extensión de la libertad de expresión e información a quien genere ideas o información de interés público en internet no empece que vaya acompañada de las exigencias de veracidad y diligencia de la información, así como del análisis de si tal información efectivamente tiene interés público y relevancia que le lleve a gozar de una especial protección. No se trata de limitar la titularidad del derecho, que no hay razón para ello, si no de delimitar la naturaleza diferente de los contenidos del derecho a la libertad de expresión, al que no le afectan estos caracteres y del derecho a la libertad de información, en particular, cuando ésta es ejercida con los requisitos constitucionales para la salvaguarda del pluralismo político. Así lo dispuso el Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en las SSTC 104/1986, FJ 5 y 107/1988, FJ 2.

⁵⁹ En lo que sigue, COTINO HUESO, Lorenzo *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011, CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto y COTINO HUESO Lorenzo (eds.) *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 446.

2.- El acceso a internet como parte del contenido de la libertad de expresión

Cada vez tiene más acogida la afirmación de un derecho fundamental de acceso a internet (*ius communicationis*). Así, a partir del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos interpretado por Naciones Unidas en la *Declaración de Ginebra* de 2003 y la *Declaración de Principios* Túnez de 2005 que afirmaron el “derecho de acceso como acceso universal”.

En 1997 el Tribunal Supremo Norteamericano asentó con claridad la premisa de que Internet es un canal de comunicación que queda protegido por la libertad de expresión e información (*ACLU vs Reno* de 1997). Este mismo punto de partida se ha reconocido sin valor jurídico normativo en diversas declaraciones internacionales. Así, por ejemplo, el principio nº 1 de la Declaración sobre la libertad de comunicación en internet, del Consejo de Europa de 28 de mayo de 2003⁶⁰, que “Los Estados miembros no han de colocar restricciones a los contenidos en Internet que vayan más allá de las aplicadas a otros medios de difusión de contenidos. De sumo interés, la Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet de 2011 acoge de forma contundente este punto de partida: “La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad”. (I, principio general a). Es, pues, capital que, con carácter general y, a priori, el punto de partida sea el reconocimiento de las libertades informativas a todo contenido veraz de interés público así como la libertad de expresión, aunque estos derechos sean transmitidos a través de internet, pues no puede ignorarse que es, en la actualidad, un cauce común junto a las redes sociales perfectamente encajable como medio transmisor de información, de expresión y de comunicación.

Cabe alertar que desde sectores políticos y jurídicos como desde los medios de comunicación clásicos se ha dado cierta reticencia a la hora de considerar la red un cauce más de información y se ha pretendido reservar sólo para los cauces clásicos las garantías específicas para la referencia de la información⁶¹. No obstante, esta situación, se ha modificado, en especial, a partir de la citada Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet de 2011, en la que destaca, en su apartado 6, la “obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet”. A partir de esta obligación general dimanar una serie de obligaciones concretas, unos mínimos de acción, como establecer mecanismos regulatorios, creación de puntos de acceso público, asegurar el acceso equitativo a Internet para personas con discapacidad y los sectores menos favorecidos

⁶⁰ Aprobada por el Comité de Ministros en el marco de la 840ª Reunión

⁶¹ Así llamó la atención inicialmente en Estados Unidos, entre otros, Sunstein, Cass R., *República. com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Madrid, 2003

así como adoptar planes de acción detallados. También en 2011 destaca el Informe del Relator Especial a la Asamblea de Naciones Unidas de 16 de mayo de 2011 sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Ahí se proclama el “derecho de todas las personas a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo por Internet. Y respecto del acceso a internet se formula la obligación de “elaborar una política eficaz y concreta en consulta con personas de todos los sectores de la sociedad, entre ellos el sector privado, y con los ministerios gubernamentales competentes, a fin de que Internet resulte ampliamente disponible, accesible y asequible para todos los sectores de la población”. En la Unión Europea el acceso a Internet se garantizó especialmente a partir del artículo 3. 1º de la Directiva 2002/22/CE que exige la garantía a un acceso de calidad y a un precio asequible, lo cual se ha ido recogiendo en las diversas normas nacionales de comunicaciones.

En España, este derecho de acceso se recogió en la histórica declaración de derechos de las Conclusiones de la Comisión Especial de Redes Informáticas del Senado de España, de 1999. Años más tarde, este derecho tuvo clara acogida en el Estatuto de la Comunidad Valenciana en su artículo 19. 2º que reza: “Queda garantizado el derecho de acceso de los valencianos a las nuevas tecnologías y a que La Generalitat desarrolle políticas activas que impulsen la formación, las infraestructuras y su utilización”. Otros estatutos vinieron a emular este derecho. Más que derechos subjetivos exigibles, éstas y otras proclamaciones pueden tener cierto valor simbólico o impulsor de políticas de fomento de internet de universalización del acceso a internet, de extensión territorial o social de servicios, etc.

El naciente derecho fundamental de acceso a internet incluye también garantías frente al corte de suministro o de acceso a la información. Así, de nuevo la varias veces citada Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet de 2011, aun sin valor jurídico en su apartado 6 dispone:

“b. La interrupción del acceso a Internet, o a parte de este, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos del público (cancelación de Internet) no puede estar justificada en ningún caso, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional. Lo mismo se aplica a las medidas de reducción de la velocidad de navegación de Internet o de partes de este.

c. La negación del derecho de acceso a Internet, a modo de sanción, constituye una medida extrema que solo podría estar justificada cuando no existan otras medidas menos restrictivas y siempre que haya sido ordenada por la justicia, teniendo en cuenta su impacto para el ejercicio de los derechos humanos.

En cualquier caso, no hace falta acudir a un nuevo derecho fundamental, puesto una medida de restricción del acceso a las TIC debe ser considerada como limitación a la libertad de expresión y de emitir y recibir información con las garantías legales y judiciales que ello comporta. En este sentido, cabe destacar la Decisión nº 2009-580 de

10 de junio de 2009 del Consejo Constitucional francés respecto de la ya mencionada Ley Hadopi I. El máximo intérprete de la Constitución gala afirmó con rotundidad que la libertad de expresión incluye el derecho de acceder a los servicios de internet, dado “su desarrollo generalizado” y “la importancia de estos servicios para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones” (nº 12). Sobre esta base, una autoridad administrativa y no judicial no puede aplicar sanciones de corte de suministro de internet, pues suponen una restricción de la libertad de expresión, que sólo compete a un juez.

Asimismo, no puede ordenarse a los prestadores que bloqueen contenidos sin discriminar entre los que son lícitos y los ilícitos y para que se adopten medidas de bloqueo es necesaria una regulación legal que dé previsibilidad, certeza y garantías suficientes en la materia. En este sentido, la STEDH de 18 de diciembre de 2012 en el asunto Ahmet Yıldırım c. Turquía ha sido la primera de este Alto tribunal que aborda la libertad de expresión en internet. Se entiende que viola la libertad de expresión la imposición —judicial— de medidas de bloqueo de acceso a contenidos en internet que no discriminaron contenidos del sitio de internet implicado en un proceso penal y los de otros sitios del servicio *Google* sites con contenidos al margen de dicho proceso. El TEDH aprovecha la ocasión para fijar algunos parámetros de la regulación del bloqueo de contenidos en internet (aps. 64 y ss.). En marzo de 2014 el presidente turco Recep Tayyip Erdogan ordenó bloquear Twitter en su país y días después Youtube, porque no filtraron unos contenidos concretos que consideraba ilegales. Esta carrera bloqueadora fue detenida judicialmente por la justifica ordinaria y por el Tribunal Constitucional turco.

Además de lo indicado, no puede imponerse a los prestadores o intermediarios que establezcan controles o filtrados técnicos de contenidos en internet sin distinguir entre contenidos lícitos o ilícitos. Las sentencias del TJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/2010, Scarlet Extended vs SABAM y Asunto C-360/10 SABAM vs Netlog de 16 de febrero de 2012 no permitieron que judicialmente se impongan controles y filtrados técnicos y preventivos a prestadores de servicios y redes sociales para evitar la comisión de ilícitos de propiedad intelectual y protección de datos. El TJUE consideró que deben prevalecer la libertad de expresión y la protección de los usuarios que serían controlados y rastreados, así como la libertad de empresa frente a la imposición de estos controles “dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito”. Sin perjuicio de lo anterior, en razón de sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2014⁶²621, sí que es posible que un juez solicite a un proveedor de acceso a Internet que bloquee el acceso de sus clientes a un sitio web que vulnera los derechos de autor. Se afirma cuanto menos que las medidas de bloqueo de acceso a los usuarios “no priven inútilmente a los usuarios de

⁶² Sentencia TJUE de 27 de marzo de 2014 asunto C 314/12 UPC Telekabel Wien GmbH / Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft

Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible” (nº 63) y que “tanto los internautas como también el proveedor de acceso a Internet deben poder hacer valer sus derechos ante el juez” (nº 54). Y, particularmente, evitarse toda clase de censura previa, contraria a la libertad de expresión e información. Asimismo, no es necesario probar que los usuarios del servicio acceden efectivamente a los contenidos ilegales. Esta cuestión sería contraria a la pretensión del gobierno actual de reforma del Código Penal de castigar la mera entrada reiterada en páginas web con contenido ilícito.

En España al menos en dos ocasiones se han adoptado medidas individualizadas judiciales para impedir el acceso a internet, en ambos casos fruto de cierto activismo judicial sin un marco legal claro. Así, la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Huelva de 17 de octubre de 2012, respecto de un condenado por delito sexual en la red impuso a los proveedores de acceso a internet de todo el país la prohibición de facilitar al condenado acceso a Internet. En otro marco, la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 470/2013 de la Secc. 15ª, de 18 de diciembre de 2013, ordenó al operador de telecomunicaciones suspender “de inmediato y de forma definitiva la prestación del servicio de acceso a Internet” a uno de sus usuarios en base a los arts. 138 y 139. 1. h) de la Ley de Propiedad Intelectual.

Respecto del bloqueo o cierre de una página web en España, la ley de internet 34/2002 parece que propone la intervención judicial al considerar en su artículo 8:

“En todos los casos en los que la Constitución y las Leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información”.

Y lo cierto es que hasta 2010 ninguna ley expresaba la garantía judicial para cerrar una web. En 2010, como medida contra la piratería informática la Ley de economía sostenible estableció un sistema para decretar por una entidad administrativa el cierre de webs que enlacen a contenidos ilícitos, en la llamada ley Sinde. Sin embargo, se le añadió una intervención judicial: “Acordada la medida por la Comisión, se solicitará del Juzgado competente la autorización para su ejecución, referida a la posible afectación a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución. (Art. 122 bis Ley 29/1998). Es interesante destacar que en el trámite de aprobación, el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial dieron por hecho que la Constitución impone la garantía judicial para impedir el acceso a una página web.

Frente a esta cuestión más polémica, ha pasado desapercibido que una Administración, la Agencia de protección de datos no tiene problema en decretar

sanciones muy relevantes por difusión ilícita de datos personales en webs, esto es, por informar sobre otras personas. Es más, en la instrucción de procedimientos relativos a una página web o los contenidos de una red social, la Agencia puede requerir la cesación de la difusión de datos personales, o inmovilizar directamente, en otras palabras, puede bloquear el acceso o cerrar una web (art. 49 LOPD). Se hace impensable que esto pudiera hacerlo una Administración respecto de los medios clásicos de comunicación. El Tribunal Constitucional español en modo alguno ha dejado claros los términos en que un control administrativo de contenidos es posible, pese a que parece que se está generalizando en la red⁶³.

3.- Libertad de expresión *versus* apología delictiva

En primer lugar, hay que referirse a los llamados delitos de opinión. El art. 578 del CP: *“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 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 periodo de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código”*.

Introducido por la Ley Orgánica 7/2000 y dirigida a sancionar a aquellos que enaltezcan o justifiquen los delitos de terrorismo mediante la exaltación de los métodos terroristas, así como también para reprimir las conductas de quienes calumnian o humillen a las víctimas del terrorismo con la finalidad de penalizar comportamientos de apología al terrorismo con mayor amplitud que la regulada en el art. 18 CP pues solo se sanciona en este precepto como forma de provocación y esto como tentativa de inducción a un delito concreto. Con este nuevo tipo penal se han podido sancionar conductas frecuentes de enaltecimiento o exaltación de la actividad terrorista y que hasta la reforma no encontraban encaje penal alguno.

El Código de 1944 sancionó la apología pública de los delitos contra la seguridad interior del Estado, considerando falta la apología del resto de los delitos. Ya vigente el régimen constitucional y bajo la amenaza y el azote del terrorismo se sucedieron una serie de reformas (LO 4/1980, LO 2/1981, de 4 de mayo, LO 9/1984, de 26 de diciembre, LO 14/1985, de 1 de diciembre) que incidieron en esa materia creando un panorama tremendamente confuso

El CP de 1995 suprimió la apología delictiva como figura autónoma. Solo sería punible cuando los hechos pudieran ser reconducidos a la provocación como forma clásica de

⁶³ STC 52/1995, de 23 febrero (FJ 4º, que sea una ley formal la que autorice al poder público y que la resolución sea motivada.). Por el contrario la STC 187/1999, de 25 octubre (caso “La máquina de la verdad”), hace dudar de cualquier control no judicial de contenidos (FJ 6º)

acto preparatorio punible (art. 18.2). La dificultad para que los supuestos de apología a su vez reuniesen las características de la provocación y la repetición de ciertos hechos que, pese a la repulsa social, no podían merecer tal consideración, movieron al legislador a replantearse esta cuestión y a introducir en la reforma del CP llevada a cabo por la LO 7/2000, de 22 de diciembre este nuevo tipo penal que quiere dar respuesta a unas conductas anejas al fenómeno terrorista que despiertan un hondo reproche popular y que traspasan lo permisible en el contenido de la libertad de expresión garantizada en un Estado democrático.

Aunque creo que la medida ha reforzado la posibilidad de dar cobijo a conductas que antes quedaban impunes y que, como se ha dicho, traspasan el ámbito de protección de la libertad de expresión, cuando estas conductas se manifiestan en particular a través de redes sociales e internet, es inevitable plantearse el conflicto y los límites entre lo que es apología y lo que es libertad de expresión.

Anticipándose a este problema, la Exposición de Motivos de la Ley reformadora explica que “Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo previsto en el art. 18 del propio Código, constituyen no solo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas. No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos”.

En la jurisprudencia constitucional es de obligada mención la STC de 12 de diciembre de 1986 que destaca el papel primordial que la libertad de expresión juega en una sociedad democrática y la necesidad de interpretar restrictivamente los tipos penales que inciden en ella. Se conocía en tal resolución del denominado caso EGIN: se anulaba la condena por la Audiencia Nacional y luego confirmada por el Tribunal Supremo contra el director de tal diario por haber publicado un comunicado laudatorio de la actividad de la organización terrorista ETA.

El TEDH, por su parte, ha declarado que determinadas restricciones a la libertad de expresión ante conductas que puedan incitar a la violencia, o que pueden provocar especial impacto dentro de un contexto terrorista, haciendo temer un incremento de los disturbios o que puedan estimular el odio o la hostilidad pueden ser legítimas y necesarias en una sociedad democrática⁶⁴

En el TS son muy escasos los pronunciamientos sobre el antiguo delito de apología.

⁶⁴ SS TEDH 15 de noviembre de 1997 -asunto ZANA-, 9 de junio de 1998 -asunto INCAL-, 10 de julio de 1998 -asunto SIDIROPOULOS- y otros, 30 de enero de 1998 -asunto Partido Comunista Unificado de Turquía- 0 23 de septiembre de 1998 -asunto LEHIDEUX e ISOMI-

Sirva de ejemplo la sentencia de 9 de mayo de 1996 en la que se condena por apología a quienes habían pintado en paredes públicas expresiones tales como “ETA, ADELANTE”.

El nuevo precepto contiene dos modalidades delictivas diferentes, el enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o sus autores y la vejación de las víctimas de delitos terroristas.

Presupuesto común de ambas formas es la referencia delitos de terrorismo comprendidos en los arts. 571 a 577. A diferencia del art. 18 que parece permitir que la apología no se refiera a hechos concretos al hablar de ensalzar el crimen, en general, la dicción del art. 578 parece más apegada a hechos concretos de terrorismo ya acaecidos, aunque no es necesario que estén enjuiciados ni sentenciados. Quizás podría admitirse que el enaltecimiento de hechos pueda ser abstracto. Sin embargo, la exaltación de autores o la vejación de víctimas exigen que existan ya perpetrados delitos de terrorismo, aunque no es necesario ni que se particularicen o individualicen ni los autores ni las víctimas: alusiones más o menos genéricas a estos colectivos son suficientes para cubrir la exigencia legal.

Cuando los hechos sean susceptibles de ser encuadrados en el art. 579 como forma de provocación, será este precepto de aplicación preferente en virtud del principio de especialidad. La infracción nunca puede ser cometida por el autor del delito enaltecido: la autoapología es impune, por ser un acto posterior que queda englobado en la punición del delito previo.

La conducta típica consiste en enaltecer o justificar. “Enaltecer” es ensalzar, alabar, elogiar, engrandecer. “Justificar” equivale hacer justa una cosa o disculparla. En ambos casos se exige una cierta publicidad. La realización de esas conductas en un ámbito privado no tendrá trascendencia penal. Así se infiere de la locución “por cualquier medio de expresión pública o difusión”. En sentencia del TC de 16 de diciembre de 1987 se habla de la apología como *“la manifestación pública en términos de elogio o exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictiva.”*

Así, pues, el límite de la libertad de expresión se sitúa justo donde ésta pierde contenido y lo que se expresa forma parte de un tipo penal.

En el caso de vejación de las víctimas de delitos terroristas, se puede cometer no solo a través de expresiones, sino por cualquier género de acto que suponga “des crédito, menosprecio o humillación”, que quedan conectados con las injurias y calumnias en relación con los derechos al honor y los derechos de la personalidad, límites constitucionales expresos a las libertades del art. 20 CE, recogidos en el art. 20.4 CE.

4.- La libertad de expresión como límite y los límites a la libertad de expresión. Algunas conclusiones.

El límite que se establece en nuestro orden constitucional en relación a la libertad de expresión resulta del genérico mantenimiento del orden público. No obstante, no puede dejar de contemplarse todo aquello que suponga o represente un ilícito y, desde, luego, un tipo delictivo, tal y como se ha dibujado.

Se ha considerado que el contexto internauta y de redes forman parte de los cauces establecido para canalizar la libertad de información y la libertad de expresión. Ahora bien, no todo es libertad de expresión ni pueden formar parte de su contenido esencial todos los elementos que supongan vejaciones, humillaciones, insultos o alteraciones del orden público. Por ello, el contenido que se protege como derecho fundamental en el contexto de la libertad de expresión no puede suponer una amenaza o una restricción de los derechos fundamentales de otras personas y de sus respectivas libertades de expresión, como se ha visto anteriormente.

Sin embargo, dicho esto, la libertad de expresión no puede revertirse por el supuesto legítimo uso de la fuerza por parte del Estado o no puede hacerse gratuitamente sin una justificación bien perfilada, pues la libertad de expresión se configura como un derecho de carácter político que despliega plena eficacia y, como derecho fundamental, vincula a los poderes públicos del Estado, incluyendo al legislador.

La libertad de expresión y la libertad genérica del art. 17 CE también figuran como límites a la imposición de la fuerza, desde luego, por el terror de cualquier naturaleza ejercido por otros particulares pero, particularmente, por el que eventualmente ejerza el Estado. En este punto, los tremendos ataques terroristas y los terrorismos de las últimas olas así como el terrorismo yihadista, han propiciado importantes limitaciones a las libertades por razones de seguridad. Pero se ha de poner la máxima atención a criterios de proporcionalidad entre los medios restrictivos de derechos y el fin constitucionalmente legítimo que se pretende perseguir porque algunas medidas pueden suponer una fuerte restricción de los derechos fundamentales y en lo que aquí nos interesa de la libertad de expresión de los individuos.

En otro plano, las amenazas a las libertades no sólo están presentes desde los que utilizan los medios y las redes para esparcir el terror, sino que también es necesario poner en conexión la legitimación de las medidas que toma el Estado en uso de la seguridad que mayoritariamente afectan a la ciudadanía y se ejercen en limitación de sus derechos y no afectan finalmente al grupo terrorista del que se pretende proteger y por cuya justificación esencial son proyectadas. Por ello es por lo que se acaban presentando como carentes de toda justificación constitucional y legitimidad democrática, tal y como sucede con varios aspectos de la reforma planteada actualmente por el PP del Código Penal.

La reforma del CP del PP en lo que nos concierne, no respeta la libertad de expresión como límite, derecho fundamental que vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos del Estado, en virtud de los arts. 9.1 y 53 CE. Y, asimismo, si las medidas para contrarrestar el ciberterrorismo y sus consecuencias, pueden tener coherencia, también necesitan tener congruencia y proporcionalidad. De entrada, no encuentro justificación jurídico-constitucional para imponer una pena de tal magnitud a una persona por visitar páginas webs sean de la índole que sean.

En la redacción que proponen los Populares de delitos que tienen que ver con terrorismo y que afectan a la Red, solicitan penas de uno a ocho años para quien entre varias veces en sitios web de divulgación de grupos terroristas. Así viene recogido en su enmienda 877. Literalmente, el texto propuesto para el artículo 573 bis, nuevo apartado ducentésimo trigésimo quinto (ter), apartado 2 b, se refiere a un castigo de hasta ocho años de cárcel para quien "consulte habitualmente uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a otros o reforzar la decisión adoptada de incorporarse a una organización o grupo terrorista". La redacción de este artículo va más allá y establece que el acceso a estos sitios web desde España quedaría penado, con independencia de que la páginas web "tengan o no su base" aquí. También se endurecen las penas por "enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos" relacionados con terrorismo, así como la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares", con penas de hasta tres años de prisión. Ahora se prevén penas de uno a dos años.

En la justificación de esta enmienda, la 881, el Grupo Popular destaca que se pide elevar las penas para este tipo de delito (enaltecimiento del terrorismo, del 578 del Código Penal) especialmente "si los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet, o mediante el uso de tecnologías de la información". Y, asimismo, "La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis CP, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año."

Al respecto, aunque la difusión es importante, como se dijo, en los términos en los que la expresión se convierte en apología, creo que hay que hilar en la redacción de lo que exactamente escapa al ámbito de la libertad de expresión sin fórmulas ambiguas, en especial, en las conductas relacionadas con el ciberterrorismo, pues una de las cuestiones más complejas es la dificultad de perseguir un delito en la red por sus características en cuanto a velocidad y contenido efímero. Creo que, por lo tanto, la difusión sin más de mensajes o consignas incitadoras pueden ser de muy dudosa consideración y lindar con el contenido de la libertad de expresión y, en su caso, de información.

En todo caso, parece que la solución está vinculada a la casuística, pues la redacción del CP no siempre ha dado una respuesta exacta a los límites a la libertad de expresión y a lo que entra en el campo de la apología. Se ha de mantener la esencia y pervivencia de la libertad de expresión como parte del Estado democrático y del pluralismo político pero siempre que lo que se expresa no traspase los contornos que se encuentran dibujados por los derechos fundamentales de otros. En este plano, el Estado ha de estar alerta para salvaguardar los intereses de la ciudadanía para protegerla frente las amenazas terroristas y manifestaciones ciberterroristas pero también para asegurar que las medidas que toman están basadas en criterios de proporcionalidad y tienen una justificación final que va a revertir en la sociedad plural sin restringir la libertad personal hasta el extremo de que las medidas sólo afectan al contenido esencial de derechos de la ciudadanía y no a aquellos de los que se pretende salvaguarda