

Trabajo Fin de Grado

Análisis de los actuales límites a la libertad de
expresión

Autor/es

Adrián Jiménez Pérez

Director/es

Francisco Palacios Romeo

Facultad de Derecho
2018

I. ÍNDICE

I. ÍNDICE	1
II. LISTADO DE ABREVIATURAS	2
III. INTRODUCCIÓN	3
1. OBJETO	3
2. MÉTODO	4
IV. DESARROLLO	5
1. IMPORTANCIA	5
2. NORMATIVA	8
2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos:.....	8
2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966:	8
2.3. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH):.....	9
2.4. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea:	9
2.5. Constitución Española:.....	10
3. CONFLICTO DE DERECHOS.....	11
3.1. Los derechos de la personalidad.....	12
3.2. Garantías específicas	15
4. LIMITES	16
4.1. ¿Está la libertad de expresión demasiado limitada en España?	16
5. CULTURA.....	29
6. INTERNET	35
V. CONCLUSIÓN	38
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	40

II. LISTADO DE ABREVIATURAS

CE - Constitución Española

CEDH - Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP - Código Penal

ETA - Euskadi Ta Askatasuna

IFEMA - Institución Ferial de Madrid

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrím – Ley de Enjuiciamiento Criminal

ONU – Organización de las Naciones Unidas

PP – Partido Popular

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional

STS - Sentencia del Tribunal Supremo

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS – Tribunal Supremo

III. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO

En los últimos tiempos se están produciendo en España acontecimientos relacionados con la libertad de expresión que no están dejando indiferente a nadie, hechos que la mayoría de la sociedad considera injustos, como el encarcelamiento de personas por las letras de sus canciones, leyes que impiden protestar, condenas por hacer humor en la red, o censura injustificada de obras de arte, libros u obras de teatro. Estas situaciones están situando a España como un país donde se cuestiona la existencia de libertad de expresión, de este fenómeno se han hecho eco entidades de la talla de *The New York Times*, el cual publicó recientemente un artículo donde critica con dureza la falta de libertades en España, «un país donde los riesgos de la libre expresión han aumentado silenciosamente en los últimos años».¹

A esta situación se ha llegado principalmente por la irrupción de nuevas normas que si bien no legislan directamente sobre la libertad de expresión, la limitan de una manera más que cuestionable; es el caso de la Ley de Seguridad Ciudadana o *Ley Mordaza*, surgida para controlar las numerosas protestas de la ciudadanía durante los años más duros de la crisis económica que azotaba Europa y en particular y con más fuerza, España, y de las reformas del Código Penal y su banalización del terrorismo, donde las condenas por enaltecimiento se han multiplicado en los últimos años.

Esto es una muy mala noticia, pues demuestra que nuestra sociedad no se considera a sí misma lo suficientemente fuerte como para ignorar jurídicamente estos ataques y tener que acudir a la vía penal. Con el inconveniente añadido de que, al reaccionar de esta manera no hace más que agravar su debilidad, pues, por un lado, proporciona a los infractores un altavoz y, por otro, envía a los ciudadanos un mensaje de sospecha en el ejercicio de su libertad de expresión que en una democracia liberal solo puede traer inconvenientes. Ya que, en una democracia, la controversia, el conflicto, la lucha verbal, no solo son inevitables, sino muy recomendables. Debería permitirse que fuese la propia sociedad a través de los mecanismos de control informal la que ejerciese su primera censura, la más poderosa, el silencio, y solo acudir a la vía punitiva cuando el exceso llegue a suponer un peligro real e inminente para la paz social.

¹Artículo publicado en New York Times, por Raphael Minder, 21 de febrero de 2018. Consultado en 23 de abril de 2018 en <https://www.nytimes.com/2018/02/21/world/europe/spain-art-censorship-catalonia.html>

Por todo ello, al ser un tema controvertido y de actualidad, en este trabajo trataremos de analizar en profundidad los límites de este derecho fundamental que es la libertad de expresión, ya que consideramos que es un pilar de la democracia y no debería acotarse tan a la ligera porque para el correcto funcionamiento de una sociedad democrática debe existir un debate libre.

2. MÉTODO

Este análisis se realizará observando la normativa nacional e internacional sobre este aspecto, el conflicto que estas generan con otros derechos fundamentales y el modo de tratar con cada uno de ellos, destacando la importancia de la libertad de expresión en cualquier democracia, así como realizando un análisis más pormenorizado de las polémicas leyes antes mencionadas comprobando si limitan demasiado la libertad de expresión, comentando por último como se aplican estos límites en los ámbitos de la cultura e internet y enumerando algunos de los casos que más controversia han creado en los últimos tiempos.

Para ello, nos apoyaremos en diferentes libros y revistas especializados en Derecho, en particular en la libertad de expresión y en los derechos fundamentales, publicados por juristas de renombre. Así como también comentaremos y suscribiremos Sentencias sobre el tema del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunal Constitucional, en España, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Europa. Además, se utilizará legislación tanto española como europea, fundamentalmente la Constitución Española como norma superior de nuestro ordenamiento.

Por otro lado, también utilizaremos artículos publicados en prensa escrita nacional e internacional para recoger la repercusión que han obtenido las controversias con el derecho que nos ocupa tanto en España como fuera de nuestras fronteras.

IV. DESARROLLO

1. IMPORTANCIA

La libertad de expresión, recogida en el artículo 20 de la Constitución Española, es considerada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional un derecho fundamental, ya que este resolvió que «fundamentales» son los derechos reconocidos en título I, capítulo segundo, sección 1ª, de la CE., además del artículo 30, referido a la objeción de conciencia; por lo tanto, el artículo 20 se circunscribe en este marco caracterizado por la nota de la fundamentalidad.

«Esta importancia se manifiesta en el reconocimiento constitucional de este derecho en los países de nuestra cultura jurídica, influidos por las declaraciones internacionales, y en las jurisprudencias nacionales e internacionales, principalmente la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».²

De esta manera, se configura la libertad de expresión como un auténtico derecho fundamental, siendo todos ellos interdependientes y complementarios, contribuyendo de manera necesaria al respeto de la libertad y la dignidad de la persona en un orden social justo.

La libertad de expresión es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta la democracia tal y como la conocemos, ya que hay que destacar la importancia de la igualdad de la participación ciudadana, dado que en una democracia justa y legítimamente justificable debe reconocerse que cada ciudadano cuente con un voto, pero también la posibilidad de expresar su voz. Por ello, la mayoría no debe obstaculizar la expresión del individuo; debido a que en caso contrario se anularía el debate democrático y se invalida la única justificación de la mayoría para imponer normas, especialmente aquellas menos deseadas por las minorías.

«La libertad de expresión se encuentra en una relación tan simbiótica con la democracia constitucional que cualquier debate sobre su contenido o sobre la razón de ser de sus limitaciones a la libertad de expresarse acaba por convertirse en una discusión sobre los fundamentos y la justificación de la democracia misma».³

² SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., «Tomo II, Artículos 10 a 23», ALZAGA VILLAMIL, O. (coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, p.511.

³ REVEGA SANCHEZ, M., *Libertad de expresión y discursos de odio*, Universidad de Alcalá y Defensor del pueblo, Madrid, 2015, p.15.

En ese sentido, el debate democrático tiene la misma importancia para la finalidad de la democracia que el propio voto personal, debido a que, sin opinar libremente, sin el poder de convicción que la palabra tiene sobre las personas, expresada desde todas las perspectivas posibles y no solo desde la que solo unos pocos puedan expresar, no se puede formar un pensamiento con libertad. Esta libertad nos la otorga la libertad de expresión, sobre todo la que no concuerda con la mayoría, sino, de poco valdría expresar algo que todo el mundo piensa, el verdadero valor de la libertad de expresión está en la crítica, en opinar a contracorriente con total libertad sin miedo a ser reprimido por expresar tus propias ideas y pensamientos.

«Si intervenimos de antemano en el proceso a través del cual se forman las opiniones colectivas, entonces estaremos erosionando la única justificación democrática que nos permite fundamentar el deber de obedecer las leyes, incluso frente a quienes se sienten agredidos por ellas o las detestan».⁴ Defendiendo así el libre flujo de ideas y expresiones que puedan resultar molestas u odiosas para un sector de la población o para la mayoría. «La decisión de la mayoría no es justa a menos que cada uno haya tenido la oportunidad de expresar sus opiniones, gustos, presunciones, prejuicios o ideales, no solamente esperando influenciar a los demás, también para confirmar su posición de agente interesado, en lugar de víctima pasiva, de la acción colectiva. La mayoría no puede imponer su voluntad a quien ha prohibido el derecho de expresar su opinión, ya sea que este haya elegido protestar, objetar o argumentar frente a la decisión mayoritaria, antes que una decisión sea tomada».⁵

Un valor intrínseco de la libertad de expresión corresponde a que mientras más ideas se expresan, los individuos cuentan con mayor capacidad racional para participar en debates futuros, pues conforme más información diferente almacenamos sobre un tema, mayor capacidad para la reflexión y para formar tu propia opción adquirieres.

La literatura jurídica ha teorizado ampliamente las razones por las cuales la libertad de expresión es un derecho fundamental: a nivel individual, constituye una condición necesaria para la autonomía y, a nivel público, promueve la fiscalización de las autoridades y el descubrimiento de la verdad a través del flujo de información en el «mercado de ideas».

⁴DWORKIN, R., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford Univ. Press, Nueva York, 2009, p.123

⁵ DWORKIN, R., *Extreme Speech...cit.*, p.124.

«Existe una estrecha relación entre la libertad de opinión, la libertad de asociación, y en definitiva, la libertad de partidos. Habiendo optado nuestra Constitución por reconocer tanto el pluralismo social como el político, debía consagrar un régimen de libre opinión».⁶

La libertad de expresión también juega un papel importante, en tándem con la libertad de información, para mantener a los electores informados sobre las actuaciones de los gobernantes, buenas o malas, quieran o no estos que se sepan. Más importante todavía, para expresar opiniones y que sean oídas por los gobernantes para intentar condicionar las actuaciones de estos, acompañado este del también importantísimo derecho a manifestarse, muy ligado con el derecho que nos ocupa.

Siguiendo con esta línea argumental, Kelsen opinaba que:

«La voluntad de la comunidad, en una democracia, siempre se produce a través de una discusión de mayoría y minoría, de la libre consideración de argumentos a favor y en contra de una regulación. Esa discusión no solamente tiene lugar en el parlamento, sino también, y ante todo, en reuniones políticas, en los periódicos, libros y otros medios de opinión pública. Una democracia sin opinión pública no es más que una contradicción semántica».⁷

A raíz de la participación ciudadana en la política gracias a la garantía que supone una libertad de expresión sana, «la base de la evidencia empírica, que la participación en el debate y la toma de decisiones fomenta el compromiso y la obediencia de los ciudadanos frente al derecho»⁸, ya que así el pueblo está más cerca de identificar las decisiones como suyas ayudando así a su cumplimiento de una manera más férrea.

La libertad de expresión tiene su fundamento y es manifestación externa de otro derecho fundamental: la libertad ideológica. Así lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en STC 120/1990 de 27 de junio de 1990, que considera «que la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones, sino que comprende además una dimensión externa de *agere*

⁶ ALZAGA, O., *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p.215.

⁷ KELSEN, H. *General Theory of Law and State*, Russell & Russell, Nueva York, 1961, pp. 287-288.

⁸ TYLER, T. R., *Multiculturalism and the Willingness of Citizens to Defer to Law and to Legal Authorities*. Law and Social Inquiry, 2000, pp.983-1019.

licere con arreglo a las propias ideas, y que entre las manifestaciones externas de dicha libertad figura muy principalmente la de expresar libremente lo que se piensa».

Por lo tanto, apoyando estas palabras del Tribunal Constitucional, si la libertad de expresión es la forma básica de legitimar la libertad ideológica, es que esta es de igual forma básica para desarrollar una democracia de garantías.

En conclusión, se alude a la libertad de expresión como condición necesaria para el desarrollo de la autonomía de cada individuo, segundo, como fuente fundamental del «mercado de ideas», de donde la población se nutre para desarrollar sus propios pensamientos y, por último, para poder llevar un control de las autoridades políticas y públicas y para participar de forma activa en las decisiones que rigen un país. De lo contrario, se destruye, junto con las libertades individuales, la legitimidad política de la democracia en un Estado.

2. NORMATIVA

2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 19:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966:

Artículo 19:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas

2.3. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH):

Artículo 10.- Libertad de expresión.

1. 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, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

2.4. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

Artículo 11.- Libertad de expresión y de información:

1. 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 sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2.5. Constitución Española:

Artículo 20:

1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Además, la libertad de expresión es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos (desde la primera sentencia, STC 6/1981), sin ningún tipo de distinción, y cuya titularidad también corresponde a los extranjeros, de acuerdo con los convenios y tratados internacionales firmados por nuestro país.

3.CONFLICTO DE DERECHOS

La libertad de expresión se encuentra con sus límites cuando choca con otros derechos recogidos en la CE, enumerados en el art.20.4, donde se refleja el conflicto de derechos que surge con la utilización de este derecho tan importante:

«Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

La libertad de expresión, desde el principio de los tiempos ha mantenido una disputa con estos otros derechos, ya que este está y ha estado siempre limitado por los demás, por las razones que a continuación explicaremos.

«Ya los filósofos griegos comprendieron desde su ordenada visión del cosmos que no era posible un derecho que no respetase los derechos y libertades de los restantes ciudadanos. Y es que, según la conocida frase de Lasky, “ningún hombre debe estar situado en la sociedad de tal forma que su ventaja pueda disminuir la capacidad ciudadana de su vecino”. De aquí que el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones a través de cualquier medio tenga, entre otros límites, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (referencia que se formula en cuanto a los últimos apartados que acabamos de enunciar, a la formación moral que aquellas personas que por su edad no han podido consolidar aun decisivamente una escala de valores morales)».⁹

Aunque con matices, el Tribunal Constitucional ha declarado la posición preferente, prioritaria o preponderante de dichas libertades sobre los derechos de la personalidad del art. 18.1 de la Constitución, en los casos de colisión de aquéllas con éstos (SSTC 104/1986; 159/1986; 171/1990; 172/1990; 19/1996, entre otras).

Sin embargo, y al mismo tiempo, la jurisprudencia constitucional relativiza, en numerosas sentencias, el valor preferente de las libertades de la comunicación, al negarles una posición jerárquica superior a la de otros derechos fundamentales.

«Tal valor preferente no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre

⁹ ALZAGA, O., *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p.221.

asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución le concede su protección preferente». STC 171/1990 de 12 de noviembre de 1990.

De acuerdo con esta línea de interpretación, la prevalencia de estas libertades frente a los derechos de la personalidad se debe condicionar (mediante una ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto) a que aquéllas verdaderamente ejerzan de garantía de la opinión pública.

Los derechos de la personalidad no son obviamente los únicos derechos y bienes que justifican una limitación de la libertad de expresión, ni una limitación “especial”, pero sí los que más frecuentemente colisionan con ella. Otros derechos fundamentales que han colisionado con la libertad de expresión son, por ejemplo, el derecho a la igualdad, en los supuestos de expresiones racistas, sexistas o xenófobas; o el derecho al secreto de las comunicaciones. Otros bienes que pueden justificar una limitación de la libertad de expresión son, entre otros, la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la protección de la moral, de la reputación y de los derechos ajenos, tal y como se recoge en Tratados y Convenios Internacionales firmados por España (art. 19.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Aunque no son los únicos, sí son los que más frecuentemente colisionan con la libertad de expresión, así que nuestro análisis principal se centrará en los derechos de la personalidad.

3.1. Los derechos de la personalidad

Los derechos de la personalidad están encuadrados dentro de los derechos fundamentales reconocidos por la CE., no son solamente límites a la libertad de expresión. Por lo tanto, cuando ejercitamos la libertad de expresión y alguno de estos derechos resulta afectado se produce un conflicto de derechos.

Este conflicto da lugar a una necesaria ponderación entre un derecho y otro, de manera que no necesariamente un derecho debe prevalecer siempre por encima del otro, sino que en cada caso hay que realizar la citada ponderación de derechos. No obstante, el Tribunal Constitucional ha expresado en su Sentencia 99/2002 de 6 de mayo que, con carácter general la libertad de expresión se impone a los derechos de la personalidad, al tratarse de formulación de pensamientos, ideas y opiniones, protege un amplio hábito de actividad del que solo cabría excluir las manifestaciones o expresiones que carezcan de relación

con las ideas que se exponen y que se entiendan innecesarias para la exposición de las mismas, y las expresiones injuriosas o despectivas.

A) El derecho al honor

El derecho al honor es el principal límite a la libertad de expresión, ya que actúa excluyendo del ámbito protegido por esta las manifestaciones que se realicen empleando expresiones vejatorias. Cabe señalar, que la protección del honor se ha desarrollado tanto en la legislación civil como en la legislación penal: civilmente, a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del honor, intimidad y propia imagen; y, penalmente, mediante los delitos de injurias (acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación) y calumnias (imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad) tipificados en los arts. 205 a 216 del Código Penal.

El Tribunal Constitucional ha reiterado que la CE no ampara el derecho al insulto, entendiendo este como «la opinión que incluye expresiones vejatorias innecesarias para la emisión del mensaje», STC 105/1990 de 6 de junio. Así mismo, la libertad de expresión sí ampara la crítica, incluso la que puede llegar a ser molesta o hiriente, si los términos objetivamente insultantes son considerados necesarios, por lo tanto, protegidos por la Constitución. Así pues, no se puede condenar a alguien aplicando únicamente el Código Penal, sin tener en cuenta la libertad de expresión en la ecuación.

Considerando lo anterior, será necesario llevar a cabo un juicio de ponderación entre las dos perspectivas existentes, valorándose las distintas circunstancias que concurran en el caso concreto, incluyendo: «el contenido de la información, la mayor o menor intensidad de las frases, su tono humorístico, mordaz o sarcástico, el hecho de afectar a una persona titular de un cargo público, y si la lesión ha afectado al carácter de autoridad del lesionado, la finalidad de crítica política, la existencia o inexistencia de animus injuriandi, y el grado de intensidad de la lesión en el honor, entre otras», STC 85/1992 de 8 de junio.

B) El derecho a la intimidad

Siguiendo la distinción que hace el Tribunal Constitucional entre hechos y opiniones, de la que deriva la distinción entre la libertad de información y la libertad de expresión, es aquella la que encuentra su límite en la intimidad, entendida como el «ámbito propio y

reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana», podrá ser lesionada por la divulgación de hechos, pero no tanto por la divulgación de opiniones, cuyo límite natural es el honor de las personas y no su intimidad. Por consiguiente, sí sería un límite al art. 20 CE, pero más relacionado con la libertad de información.

C) El derecho a la propia imagen

El derecho a la propia imagen, un poco más impreciso, pero recogido en el artículo 20 de la CE, protege los datos de las personas por los que éstas se identifican públicamente (voz, imagen, logotipo, eslogan comercial, sintonía musical,...) contra el uso de estos datos sin el consentimiento del titular, sobre todo cuando dicho uso trae consigo un beneficio económico para el que utiliza esos datos. La difusión de alguno de los datos anteriormente citados solamente será admisible cuando el titular del derecho a la propia imagen lo permita o cuando exista un interés público que se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona. En estos casos deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección jurídica, como se expresa en la STC 156/2001, de 2 de julio.

D) La protección de la juventud y de la infancia

Este último límite a la libertad de expresión que se recoge en la Constitución no es tanto un límite como tal, el Tribunal Constitucional lo ha interpretado como una concreción de la moral en STC 62/1982, de 15 de octubre, sino que se trata principalmente de impedir el acceso de los menores (en la mayoría de los casos menores de 18 años, pero pudiendo marcar el límite en diferentes edades según el contenido) a mensajes con contenido altamente violento, con contenido sexual explícito o contrarios a la moral y las buenas costumbres para proteger el libre desarrollo de la personalidad de estos. Esta es así ya que las personas que se encuentran en su juventud o en su niñez son seres en desarrollo cuya personalidad moral no está desarrollada del todo, lo que justifica una pedagogía para la libertad.

3.2. Garantías específicas

A) Prohibición de la censura previa

«Por censura previa puede entenderse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido, y siendo ello así parece prudente estimar que la Constitución, precisamente por lo terminante de su expresión, dispone eliminar todos los tipos imaginables de censura previa, aún los más débiles y sutiles que tengan por efecto, no ya el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos del art. 20.1», STC 52/1983 de 17 de junio.

«Debe incluirse bajo el concepto de censura, por una parte, no solo la censura en sentido propio, sino también la imposición *a priori* de cualquier tipo de formalidad administrativa que, resultando de alguna manera gravosa, no sea necesaria para garantizar el lícito ejercicio del derecho».¹⁰

De acuerdo con la definición de censura que el TC nos ofrece, parece evidente que la prohibición de esta va de la mano de la libertad de expresión, ya que un régimen preventivo es la negación de la libertad, previniendo su uso y haciendo imposible la libre transmisión de ideas y pensamientos.

En consonancia con la prohibición de censura previa establecida en la Constitución, el art.538 del Código Penal tipifica el delito cometido por el funcionario público que estableciese la censura previa fuera de los casos permitidos por la Constitución o las leyes, recogiese ediciones de libros y periódicos o suspendiese su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva. Esta disposición penal va en consonancia con el siguiente apartado.

B) Prohibición del secuestro administrativo

El art. 20.5 de la Constitución establece que «sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial».

El secuestro es una medida consistente en la retención por parte de los poderes públicos de cualquier obra impresa, sonora o audiovisual, producto del ejercicio de la libertad de expresión. El secuestro se refiere, por tanto, a una publicación u obra ya realizada y va

¹⁰ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., «Tomo II, Artículos 10 a 23», ALZAGA VILLAMIL, O. (coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, p.538.

dirigida contra «publicaciones, grabaciones y otros medios de información», es decir, contra el soporte del mensaje. La justificación del secuestro se encuentra en la eficacia de las medidas represivas, cuando se transgreden los límites constitucionales, para evitar los daños que dicha transgresión pueda producir. Pero, el secuestro es una medida represiva de extrema dureza respecto a la libertad de expresión, por tanto, la garantía constitucional consiste precisamente en que el secuestro de publicaciones sólo se admite cuando es adoptado por una autoridad judicial, pues se considera que sólo este tipo de secuestro reúne las suficientes garantías. La resolución judicial que decreta un secuestro de publicaciones deberá respetar todos los requisitos exigidos en nuestro ordenamiento para que la restricción no resulte injustificada.

El secuestro de publicaciones es una medida que, procesalmente, se toma con carácter cautelar antes de resolver sobre el fondo de la cuestión objeto del proceso, así se establece en el art.727 de la LEC y en el art.816 de la LECrim.

4. LIMITES

4.1. ¿Está la libertad de expresión demasiado limitada en España?

«Empezaremos explicando por qué las leyes que desarrollan los derechos fundamentales han de respetar su contenido esencial. Si bien la Constitución autoriza al desarrollo mediante Ley Orgánica del contenido de los derechos fundamentales —en ningún caso para que la interpretación sirva para ampliar las excepciones a los mismos— el artículo 53.1 de la Constitución precisa que dichas leyes han de respetar su contenido esencial.

El Tribunal Constitucional, en forma temprana, en Sentencia de 8 de abril de 1981, precisó que por contenido esencial había de entenderse:

“aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga...”

y añadió en la Sentencia 11/1981, de 16 de marzo, que

“De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

Necesariamente, por tanto, cualquier regulación legislativa que directa o indirectamente afecte a los derechos fundamentales, ha de respetar el contenido esencial establecido en éstos. No son admisibles, por tanto, interpretaciones extensivas o desnaturalizadoras que perturben el normal ejercicio de estos derechos abriendo cauces a la arbitrariedad y a desconocer su existencia».¹¹

En este sentido señala HABERLE,

«Corresponde por principio a la esencia de la libertad jurídico-fundamental en el Estado constitucional, que sólo puede ser limitada en función de otros temas constitucionales de superior o semejante valor; el mandato de prohibición es tan esencial que viene a ser inmanente al derecho fundamental; en otras palabras, comporta una parte integrante del derecho fundamental como principio constitucional».¹²

Apoyándonos en estas reflexiones vamos reflexionar jurídicamente sobre si las medidas contenidas en las dos leyes que a continuación vamos a tratar van en contra de ese núcleo básico indisponible por el legislador.

A) Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana.

Conocida popularmente como la *Ley Mordaza* esta ley orgánica atenta contra varias garantías constitucionales, de las cuales una amplia mayoría está relacionada con la libertad de expresión y sus evidentes limitaciones en varios aspectos, los cuales estudiaremos a continuación e intentaremos explicar si este extendido apodo le hace verdadera justicia. Desde luego, todos los partidos políticos de la oposición están de acuerdo con este sobrenombre, ya que han solicitado su derogación desde su entrada en vigor en el año 2015, gracias a la mayoría absoluta del partido del Gobierno, el Partido Popular. Los partidos de la oposición han recogido el descontento general de la mayoría de la sociedad española, la cual ha reflejado su absoluta oposición a esta nueva norma con multitud de protestas, tanto en manifestaciones, recogidas de firmas, como en masivas campañas por las redes sociales o en encuestas donde el 82% de los españoles pide cambiar o retirar la Ley de Seguridad Ciudadana (Metroscofia).

¹¹ CASTILLO BLANCO F.A. «La ley de Seguridad Ciudadana: Reflexiones sobre algunos puntos controvertidos», en *Revista de Administración Pública*, nº130, 1993, p.436.

¹² HABERLE, P., *El legislador de los derechos fundamentales*, en CASTILLO BLANCO F.A., «La ley de Seguridad Ciudadana: Reflexiones sobre algunos puntos controvertidos», en *Revista de Administración Pública*, nº130, 1993, p.437.

En el punto II del Preámbulo de la citada ley, uno de los argumentos que el legislador ofrece para la promulgación de este texto legal es:

«Libertad y seguridad constituyen un binomio clave para el buen funcionamiento de una sociedad democrática avanzada, siendo la seguridad un instrumento al servicio de la garantía de derechos y libertades y no un fin en sí mismo. Por tanto cualquier incidencia o limitación en el ejercicio de las libertades ciudadanas por razones de seguridad debe ampararse en el principio de legalidad y en el de proporcionalidad en una triple dimensión: un juicio de idoneidad de la limitación (para la consecución del objetivo propuesto), un juicio de necesidad de la misma (entendido como inexistencia de otra medida menos intensa para la consecución del mismo fin) y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto de dicha limitación (por derivarse de ella un beneficio para el interés público que justifica un cierto sacrificio del ejercicio del derecho)».¹³

Partiendo de esta premisa, podemos observar como desde el mismo Estado se está justificando la limitación de las libertades a cambio de más seguridad para el ciudadano, como si una cosa no pudiese aumentar sin la disminución de la otra. Por lo tanto, se está reconociendo desde un principio que dicha limitación de las libertades existe, actuando contra derechos fundamentales recogidos en la Constitución los cuales son indisponibles para el legislador.

Es interesante destacar cómo organismos internacionales han advertido de las vulneraciones de derechos y libertades que supone la aplicación de la Ley. Así, el último informe elaborado por el International Press Institute (IPI), se refiere al artículo 36.23 de la ley como una «medida privatoria de libertad que supone un especial peligro para la libertad de expresión y prensa». Otras instituciones, como La Plataforma en Defensa de la Libertad de Información (PDLI), también se han referido a la ley como una amenaza al derecho a la información.

En relación con esta ley, un grupo de expertos en derechos humanos de las Naciones Unidas exhortaron a España a rechazar el proyecto de ley en 2015 por «amenazar con violar derechos y libertades fundamentales de los individuos». Declarando advertencias como:

«La llamada ‘ley mordaza’ vulnera la propia esencia del derecho de manifestación pacífica pues penaliza una amplia gama de actos y conductas esenciales para el ejercicio de este derecho fundamental, limitando marcadamente el ejercicio del mismo».

¹³ Preámbulo de Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana.

«Dicho proyecto de ley restringe de manera innecesaria y desproporcionada libertades básicas como es el ejercicio colectivo del derecho a la libertad de opinión y expresión en España».

«Nos preocupa que las propuestas de reforma puedan ser una respuesta del Gobierno y del poder legislativo a las numerosas manifestaciones que en los últimos años se han llevado a cabo en España».¹⁴

Bien, hecha esta introducción sobre la Ley de Seguridad Ciudadana, pasaremos a el estudio pormenorizado de sus artículos más discutidos y polémicos en relación con la libertad de expresión y a su repercusión en el panorama legal.

En primer lugar, empezaremos por uno de los artículos más polémicos, el artículo 37.4, por el cual, «desde julio de 2015 a agosto de 2017 de tramitaron 46.148 multas por “faltas de respeto o consideración cuyo destinatario sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad, cuando estas conductas no sean constitutivas de infracción penal”».¹⁵

Más allá de lo que pueda ser entendido como «una falta de respeto o consideración», lo cierto es que este precepto otorga una gran discrecionalidad al agente del orden, ya que la interpretación queda bajo su consideración. De esta manera se vulnera el principio de contradicción, una de las partes del conflicto se convierte así en el juzgador y en el ejecutor de la sanción, provocando una grave indefensión para el sancionado. Además, se convierte lo que debería ser un delito penal en una sanción administrativa, consiguiendo omitir la tutela judicial efectiva y aumentando desproporcionadamente las sanciones de este tipo. Todo esto se traduce en el aumento del miedo por parte de la población a opinar sobre cualquier actuación que la Policía o Cuerpos de Seguridad pueda llevar a cabo, o a intentar dialogar sobre cualquier situación injusta con un agente, o simplemente a ejercer el derecho a manifestarse libremente, del cual hablaremos a continuación, limitando de esta manera la libertad de expresión de cualquier ciudadano. Solo en 2016, las faltas de respeto a la autoridad han permitido establecer sanciones con un importe que supera los 3 millones de euros.

¹⁴ Exhorto de relatores del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en Ginebra, en Ginebra, 23 de febrero de 2015. Consultado en 21 de marzo de 2018 en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15597&LangID=S>

¹⁵ VIADA, G., «La libertad de expresión en peligro», *El Notario del siglo XXI*, nº78, Marzo-Abril 2018, p.9.

En segundo lugar, trataremos el artículo 23, referente al mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones.

Aunque, en principio, parece que se prevé la protección de la celebración de reuniones y manifestaciones, en realidad, su contenido se dirige a regular la disolución de las mismas y no la protección de su celebración ya que todas las medidas que contempla están orientadas, no a proteger, sino a limitar el ejercicio del derecho de reunión y manifestación, limitando así de forma indirecta pero clara, la libertad de expresión.

Esto es porque el derecho a manifestarse está estrechamente ligado con la libertad de expresión, ya que permite a un grupo de gente expresar unas ideas, de protesta generalmente, hacia algo o contra algo. De esta manera, todas limitaciones a este derecho estarían mermando la libertad de expresión del pueblo.

Esta ley elimina la necesidad de disolver manifestaciones «en la forma que menos perjudique», que se preveía en la Ley Orgánica 9/1983. Dejando una preocupante «manga ancha» a los agentes para tratar a los manifestantes.

Como novedad, se prevé que antes de adoptar las medidas precisas para la disolución de reuniones y manifestaciones, los agentes deberán avisar a las personas afectadas, lo que nos remitiría a la necesidad de entregar resolución motivada. Sin embargo, este deber impuesto a los agentes desaparece en la práctica cuando se incluye que el aviso se podrá hacer de manera verbal si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible, sin ningún control de su cumplimiento, pues basta con que los agentes manifiesten que lo han hecho para darle veracidad, aunque no se haya producido. Podemos observar como de nuevo se introducen conceptos indeterminados que se dejan a la libre interpretación de los agentes. Finalizando con este artículo, se observa que introduce otra novedad que atenta gravemente contra los derechos de reunión y manifestación pues permite a los agentes disolver éstas cuando se produzca «una alteración de la seguridad ciudadana, con armas, artefactos explosivos, u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos», es decir, con cualquier objeto, lo que permite a los agentes disolver una reunión o manifestación aún en caso de que la alteración del orden público sea llevada a cabo por un grupo muy reducido de personas o incluso una sola.

Por último, nos centraremos en uno de los artículos recogidos en la apodada como Ley Mordaza que afectan directamente a los profesionales de la comunicación. Se trata del artículo 36.23 de la ley, en el que se establecen multas de 600 a 30.000 euros por «el uso

no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que puedan poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto fundamental al derecho a la información». Es decir, considera una falta grave el hecho de difundir imágenes o datos personales o profesionales de los agentes de Policía.

Este artículo choca de lleno con el derecho constitucional de la libertad de información, tal ligada a la de opinión y expresión, y deja en una situación de indefensión a periodistas de todo el país, que se han visto detenidos mientras hacían su trabajo cubriendo manifestaciones, protestas y otro tipo de actos. No pudiendo dar así visibilidad a el sentir de la gente que está ejerciendo sus derechos de libertad de reunión, manifestación y como no, expresión.

B) Código Penal

En este apartado estudiaremos varios preceptos del Código Penal recientemente modificados, o que actualmente están generando debate sobre si deberían o no existir, por limitar demasiado la libertad de expresión de los españoles. Estos son los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona y de odio. Los organismos internacionales, como veremos, tienen una postura contraria a la existencia de estos delitos, por ejemplo, esta es la opinión de los expertos independientes de la ONU con respecto a la reforma del 2015 del CP:

«El texto del proyecto de ley incluye definiciones amplias o ambiguas que abren el campo a una aplicación desproporcionada o discrecional de la ley por parte de las autoridades».¹⁶

Un exletrado del Tribunal Constitucional también se ha pronunciado recientemente al respecto, diciendo que «los delitos de enaltecimiento del terrorismo e injurias a la Corona no deberían existir, ya que dejan demasiado espacio para la persecución ideológica del disidente».¹⁷

¹⁶ Exhorto de relatores del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en Ginebra, en Ginebra, 23 de febrero de 2015. Consultado en 21 de marzo de 2018 en

<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15597&LangID=S>

¹⁷ Entrevista a Joaquín Urias Diario Publico 20 de febrero de 2018. Consultado el 20 de abril en <http://www.publico.es/sociedad/joaquin-urias-delitos-enaltecimiento-del.html>.

a) Enaltecimiento del terrorismo (Artículo 578 CP)

El delito de enaltecimiento del terrorismo está de «moda» en nuestro país últimamente por las mediáticas condenas que se han producido por este delito, por el cual, gente podría ir a la cárcel por hacer música, obras de teatro, escritos, simples chistes o comentarios sarcásticos.

A continuación, analizaremos que ha cambiado en el Código Penal para que esto pueda suceder.

Este delito ha aumentado en un año su límite máximo de pena de prisión pasando de 2 años en el CP del 2010 a 3 años con la reforma del 2015.

El CP de 1995 establecía que «la apología solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito». Pero la reforma de 2015 introduce como nuevo delito el enaltecimiento, la incitación o promoción «directa o indirectamente» de la discriminación, el odio o la dignidad de grupos o de personas.

En esta modificación se apoyan los tribunales a la hora de dictar sentencias condenatorias a actos que anteriormente podrían considerarse puramente de opinión y para los cuales muchos juristas reconocidos ven excesivas las penas de cárcel. Así que se podría decir que las sucesivas reformas agravando las penas e incluyendo más conductas delictivas han sido, sin dudas, un factor determinante en el creciente número de casos investigados por este delito.

En contra de esto, El Tribunal Europeo de Derecho Humanos viene considerando que la pena de prisión por una infracción cometida en el ámbito de un discurso político no es compatible con la libertad de expresión garantizada en el artículo 10 del Convenio Europeo.

La reforma del CP ha provocado que haya más condenas por enaltecimiento del terrorismo ahora que ETA ha dejado la actividad armada y ha anunciado su disolución, que cuando existía una intensa actividad terrorista. Entre 2005 y 2011, el año en que la banda anunció el cese de sus acciones violentas, la Audiencia Nacional dictó 13 sentencias condenatorias por enaltecimiento; De 2015 a 2017 dictó 54, de cuales 49 eran referidas directamente a ETA. Lo cual es, cuanto menos, llamativo.

La reciente jurisprudencia, como a continuación se va a ejemplificar, se ha inclinado porque la sanción penal de las conductas de exaltación de actos terroristas «requiere, una

manifestación del discurso de odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades», STC 112/2016, de 20 de junio. Por lo tanto, condenar a alguien por un delito de enaltecimiento del terrorismo cuando las expresiones no supongan directa o indirectamente una situación de riesgo real de que puedan provocar actos violentos, podría llegar a constituir una intromisión en el ámbito de la libertad de expresión.

«Recuerda que en su doctrina sobre tipos penales semejantes ya adelantó respecto a los referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio que es constitucional la sanción penal si aquella negación y justificación opera como incitación, aunque indirecta, a su comisión (STC 235/2007). Esa salvación constitucional interpretativa del tipo penal se auspicia en la medida que el tipo acude a juicios de valor y por ello cabe reclamar lo que denomina “elemento tendencial”, aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal. A esa exigencia, referida a la intención del sujeto activo, se une otra exigencia que, aunque debe ser abarcada por el dolo del autor, debe constatarse objetivamente: una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. En todo caso se exige que sea cometida ilegal e intencionadamente y que genere riesgo de la comisión de una infracción terrorista.», STS 560/2017, de 13 de julio.

Así pues, únicamente cuando existe una incitación directa a la violencia debe existir sanción penal, no olvidando el principio de intervención mínima del derecho penal, el cual parece que se está olvidando.

«Como expresan nuestras resoluciones anteriores, una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto “siente”, es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos a “rienda suelta” y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, incite a otros a cometer delitos de terrorismo», STS 52/2018 de 31 de enero.

En esta línea, se han absuelto a varias personas los últimos años, analizando la existencia de un riesgo cierto y concreto de atentado. Por ejemplo, una persona fue absuelta por el Tribunal Supremo en junio de 2017 por escribir mensajes en la red como «llámeme terrorista si digo Viva los Grapo». La sentencia señaló entonces que no se podía condenar al acusado por un delito de enaltecimiento debido a la «inexistencia de un contexto de

violencia terrorista relacionado con los Grapo» ya que la «organización desapareció hace años».

Sin embargo, también el Tribunal Supremo, este mismo año, ha seguido en algunos casos otra doctrina distinta, que coarta por completo la libertad de expresión de los individuos al considerar que hay que analizar los mensajes en su literalidad sin entrar a contextualizar quién los emite y con qué finalidad. Esto ha ocurrido en las sentencias contra los raperos de La Insurgencia por enaltecer el terrorismo de los Grapo o la sentencia de dos años de cárcel para el rapero Pablo Hasel por reivindicar el legado de individuos que habían pertenecido a los Grapo, contradiciéndose el Tribunal al adoptar estas resoluciones.

Es decir, las dos doctrinas están conviviendo en el tiempo y esto crea una inseguridad jurídica en los ciudadanos que ni siquiera tienen claro qué es y qué no es delito, por lo que la mayoría optará por no expresar su opinión por miedo a las consecuencias que puedan producirse, esto atenta gravísimamente contra la libertad de expresión en nuestro país, donde no se puede permitir que los ciudadanos expresen una opinión temiendo las consecuencias.

En este sentido, dada la ambigüedad de la redacción del artículo 578 del Código Penal, en la exposición de motivos que acompañó a la Ley que lo introdujo en el citado Código en el año 2000, el legislador habla del clima de terrorismo que se vive en el año 2000 y del dolor de la sociedad, expresando así su voluntad. Por ello, no se puede juzgar de la misma manera ya que el contexto no es el mismo en el año 2018, donde ya no existe una amenaza terrorista clara en España. Por estos motivos nos preguntamos si este artículo limita demasiado la libertad de expresión.

Para finalizar, los expertos de la ONU señalaron que «la definición de los delitos de terrorismo y las disposiciones relativas a la criminalización de los actos de ‘incitación y enaltecimiento’ o ‘justificación’ del terrorismo’ son excesivamente amplias e imprecisas. “Tal como está redactado, la ley anti-terrorista podría criminalizar conductas que no constituirían terrorismo y podría resultar entre otros en restricciones desproporcionadas al ejercicio de la libertad de expresión” ».¹⁸

¹⁸ Exhorto de relatores del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en Ginebra, en Ginebra, 23 de febrero de 2015. Consultado en 21 de marzo de 2018 en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15597&LangID=S>

b) Injurias a la corona (Artículos 490.3 y 491 CP)

«En relación con la emisión y difusión de opiniones, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de expresión protege no sólo la expresión de opiniones “inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquéllas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática” (STC 62/1982; también STC 85/1992). En reiterada jurisprudencia el Tribunal ha interpretado que la libertad de expresión ampara la crítica, por ejemplo, respecto de quien ostenta un cargo público, incluso la crítica molesta, acerba o hiriente, pero advirtiendo que la crítica de la conducta de una persona no permite utilizar expresiones formalmente injuriosas o innecesarias, que quedan fuera del ámbito protegido por la libertad (por todas, STC 336/1993)».¹⁹

Se extrae de la citada jurisprudencia que, evidentemente la crítica a instituciones como la Corona debería ser completamente legal, incluso la más mordaz, por lo que quizá los Tribunales españoles están aplicando este artículo demasiado a la ligera, o que simplemente, como se está debatiendo en los últimos tiempos, este precepto no debería existir.

«El Código no valora lo suficiente el interés público protegido en el derecho a la libertad de expresión e información y no es difícil imaginarse supuestos en los que la relevancia pública de una persona, por ejemplo, un líder político, justifica la divulgación de hechos verdaderos y demostrables que pueden menoscabar la estimación pública por su carácter deshonroso».²⁰

A continuación, estudiaremos dos ejemplos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España por vulnerar la libertad de expresión de los ciudadanos con la aplicación de este artículo.

En primer lugar, trataremos el caso en el que dos personas quemaron en público las fotos de los reyes de España, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, de 22 de julio, se expresó que tal actuación comportaba un «riesgo evidente de que el público

¹⁹SALVADOR MARTINEZ, M. «El derecho a la libertad de expresión». Consultado en 24 de marzo de 2018 en documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/.../Itemid,3.

²⁰SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., «Tomo II, Artículos 10 a 23», ALZAGA VILLAMIL, O. (coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, p.511.

presente percibiera la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y al odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan».

Sin embargo, más adelante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) condenó a los tribunales españoles por vulnerar la libertad de expresión de estas dos personas que fueron condenadas por injurias a la Corona.

Estrasburgo encuentra «violación de la libertad de expresión de dos personas acusadas en 2007 de quemar una fotografía de los reyes de España». Considera que aquellos actos «formaron parte de una crítica política, más que personal, contra la institución monárquica en general, y en particular contra la monarquía española como nación» y que sólo incurrió en el «uso de un cierto grado de provocación para transmitir un mensaje crítico en el marco de la libertad de expresión».

Además, la corte considera que «el acto no constituía incitación al odio o la violencia», y señala que la sentencia de cárcel contra los imputados no fue «ni proporcional» ni «necesaria en una sociedad democrática», Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos «Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain», de 13 de marzo de 2018.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo, ratificado por el Tribunal Constitucional condenó a un año de cárcel a Arnaldo Otegui por las siguientes palabras:

«¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?»

Nuevamente, más tarde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia «Asunto Otegui Mondragón C. España» 15 de marzo de 2011, condenó a España por restringir la libertad de expresión con la aplicación de este artículo, pronunciándose así: «El Tribunal observa que si algunos términos del discurso del demandante describen un cuadro muy negativo del Rey como institución y dan así al relato una connotación hostil, no incitan sin embargo a la violencia, y no se trata de un discurso de odio, lo que a los ojos del Tribunal es el elemento esencial que debe tenerse en cuenta.

Nada en las circunstancias del presente caso, donde las afirmaciones controvertidas se hicieron en el contexto de un debate sobre una cuestión que presentaba un interés público legítimo, podía justificar la imposición de una pena de prisión. Las declaraciones del

demandante se inscribían pues en el marco de un debate sobre cuestiones de interés público».

Pero lo más importante de la citada Sentencia es el alegato que el TEDH ofrece en contra de la existencia del delito de injurias a la Corona en el Código Penal español, expresándose en los siguientes términos:

«El Tribunal constata a continuación que, para condenar al demandante, los órganos jurisdiccionales internos se basaron en el artículo 490§3 del Código Penal, disposición que concede al Jefe del Estado un nivel de protección más elevado que a otras personas (protegidas por el régimen común de la injuria) o Instituciones (como el Gobierno y el Parlamento) respecto a la difusión de información u opiniones que les conciernen, y que prevé sanciones más graves para los autores de declaraciones injuriosas. A este respecto, el Tribunal ya declaró que una mayor protección otorgada por una ley especial respecto de las ofensas no se ajusta, en principio, al espíritu del Convenio. En su sentencia *Colombani y otros*, examinó el artículo 36 de la ley francesa del 29 de julio de 1881, derogada después, referente a los delitos contra los Jefes de Estado y agentes diplomáticos extranjeros. Consideró que la aplicación del artículo 36 de la ley de 1881 confería a los Jefes de Estado extranjeros un privilegio exorbitante, sustrayéndolos de la crítica en función únicamente de su función o estatuto, lo que no es compatible con la práctica y las concepciones políticas de hoy en día.

En la Sentencia «Asunto Otegui Mondragón C. España» de 15 de marzo de 2011, el TEDH expresó que «es precisamente cuando se presentan ideas que ofenden, chocan o perturban el orden establecido cuando la libertad de expresión es más preciosa (*Women on Waves y otros c. Portugal*, nº31276/05, §42, CEDDH 2009 -...). Además, considera que el hecho de que el Rey “no esté sujeto a responsabilidad” en virtud de la Constitución española, en particular, a nivel penal, no podría suponer un obstáculo en sí al libre debate sobre su posible responsabilidad institucional, o incluso simbólica, a la cabeza del Estado, dentro de los límites del respeto a su reputación como a la de cualquiera.»

A pesar de este fallo del TEDH, de momento, se ha hecho caso omiso y no se ha llevado a cabo de momento ninguna actuación política ni judicial decidida a la eliminación o variación del artículo en cuestión. Esperemos que a la mayor brevedad los Tribunales españoles tomen buena nota de los fallos de Estrasburgo porque de lo contrario se seguirá limitando de manera abusiva la libertad de expresión (sobre todo política) en nuestro país.

Ya que el derecho penal no existe para castigar actuaciones que puedan expresar odio o herir la sensibilidad, pero que en nada afectan al desarrollo vital de quien las presencia o las sufre, en particular cuando los ofendidos directos son ciudadanos que, por decisión propia, ocupan puestos relevantes en instituciones públicas y han decidido quedar libremente expuestos a la crítica.

Por lo tanto, las injurias contra la Corona, por imperativo del TEDH, deberían de desaparecer o equipararse a las injurias contra cualquier otra persona, ya que la Corona y sus integrantes tienen ciertamente derecho a ver protegida su reputación, incluso fuera del marco de su vida privada, pero los imperativos de esta protección deben ponderarse con los intereses del libre debate de las cuestiones políticas, las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación restrictiva.

c) Discurso de odio (artículo 510 CP)

El llamado de delito de incitación al odio, tras la reforma del 2015 del CP, está penado con pena de prisión de uno a cuatro años, aumentando el límite máximo en un año con respecto al Código del 2010, cuya pena era de uno a tres años. Por otra parte, el abanico de conductas incardinables en este delito es extraordinariamente amplio y ambiguo:

«Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten, directa o indirectamente, al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, contra una persona determinada por motivos racistas, antisemitas, ideología, religión, pertenencia a una etnia, raza, sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

El problema fundamental de este precepto es distinguir entre el llamado discurso del odio (no protegido, generalmente, por la libertad de expresión) y el discurso ofensivo o impopular (protegido por la libertad de expresión).

Los Tribunales no han establecido claramente la línea divisoria entre un tipo y otro de discurso. La diferenciación es por lo general casuística, de modo que en el discurso del odio se incluyen la apología del terrorismo y del genocidio, el negacionismo (tipificado como delito en muchos Estados europeos, no así en España), el discurso discriminatorio de ciertos colectivos, particularmente, el discurso xenófobo. En el caso del discurso impopular u ofensivo la jurisprudencia suele incluir la crítica a los cargos públicos, las ideologías políticas que cuestionan el régimen constitucional establecido o ciertas instituciones del Estado. Hasta el punto de que la STC. 235/2007 (Caso Librería de

Europa) afirma que la libertad de expresión protege cualquier idea «por equivocada o peligrosa, incluso las que ataquen al propio sistema democrático», pues la Constitución amparara también «a quienes la niegan».

No obstante, la represión penal del discurso del odio plantea algunos problemas que la doctrina ha identificado claramente: «la represión de las expresiones de odio, por muy buenas razones que puedan justificarla, entraña siempre el riesgo de acallar las opiniones que no son políticamente correctas y, por tanto, privar de espacio a los heterodoxos y disidentes».²¹

Sin embargo, aunque las penas de este delito han sido agravadas y su redacción es algo ambigua, nadie cuestiona su existencia como se hace con los dos anteriores artículos. Ya que las expresiones de odio tendrían asimismo un efecto silenciador, esta clase de mensajes suelen generar una situación de intimidación o amenaza en la víctima, el efecto siguiente sería el silencio de la propia víctima. O, dicho con otras palabras, el discurso del odio acaba coartando la propia libertad de expresión de la víctima a la que se dirige, de ahí que algunos autores se pregunten acertadamente cuál es la libertad de expresión de alguien que no puede hacerse escuchar.

5. CULTURA

«El arte y la libertad son dos elementos inseparables. Así como no es lógico pretender gozar de los beneficios de la libertad sin estar dispuestos a soportar los costos de esa libertad; no es posible disfrutar del arte sin aceptar la inquietud que el arte nos provoca. El arte nos interpela, nos desafía».²²

La libertad de creación artística se recoge en los textos garantes de derechos más importantes, así pues, como ya hemos visto, la Constitución Española dice en su art. 20.1 que «se reconocen y protegen los derechos a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica»; el art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a la creación artística como forma de expresión, por lo que se haya protegida expresamente por este artículo; y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

²¹ DÍEZ PICAZO, L. «Sobre la Constitucionalidad de la Ley de Partidos», en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional. Núm. 3, 2002.

²² PORTO, R., «¿Es razonable que el derecho limite al arte?», *Ratio Iuris*, nº145, 2017, p.2.

Europea del año 2000, en su artículo 13: «Las artes y la investigación científica son libres», también se garantiza dicha libertad.

En primer lugar, es importante hacer una distinción entre arte como elemento emancipador o como obra innecesariamente ofensiva, aunque esta distinción se debe hacer con prudencia pues «si se echa un vistazo a la historia se comprueba como aquello que un momento se considera sancionable con el tiempo se transforma en emancipador».²³

En el ámbito jurídico, se podría definir el arte como «la expresión de la personalidad individual del artista y no solo un mero “hacer partícipe”. Engloba por igual el “ámbito de la creación” y el “ámbito de influencia o difusión”. Es la libre estructuración de la creatividad, que se produce intuitivamente en las impresiones, experiencias y vivencias del artista, mediante el empleo de una determinada forma de lenguaje. En las creaciones artísticas actúan conjuntamente la intuición, la fantasía y los conocimientos artísticos».²⁴ «La creación artística puede justificarse como cualquier otro discurso no artístico en el avance del conocimiento y la búsqueda de la verdad; en el proceso de auto-realización; en el control de la autoridad pública; y en constituirse como válvula de escape».²⁵

Por lo tanto, el arte adquiere una importancia en nuestra sociedad que no puede limitarse a la ligera, ya que existen «tres razones básicas que muestran que el arte dispone de unas dimensiones específicas. La primera, participar en el proceso central y único de la existencia humana. La segunda, proveer de un camino a dimensiones de la vida menos accesibles a través de los procesos racionales ordinarios o cognitivos, ofreciendo una concepción más completa del ser humano. La tercera, funciona como una esfera privada de libertad no sujeta a los cánones habituales de la sociedad, de manera que puede contemplar y reflexionar sobre elementos de la condición humana libre de las presiones de las fuerzas convenciones»²⁶, o así debería ser.

Siguiendo esta línea, «la libertad de la creación artística merece protección constitucional por su singular capacidad para ofrecer la experiencia de un nuevo mundo y, por lo tanto,

²³ VAZQUEZ ALONSO, V., *Libertad de expresión y religión en la cultura liberal. De la modalidad cristiana al miedo postsecular*, Universidad de Alcalá y Defensor del pueblo, Madrid, 2015, p.116.

²⁴ DIEZ BUESO, L., *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.66-67

²⁵ EBERLE, E., *Art as speech*, University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change, 2008, nº11. p.23

²⁶ EBERLE, E., *Art as spe...*cit. p.6

nuevas perspectivas del *estatus quo*. Su experiencia refuerza el entendimiento, la resistencia, y la capacidad para el disenso, por lo que juega un papel fundamental en el ámbito de la libertad». ²⁷

De este modo, la protección de la libertad de creación artística cuenta con una doble justificación: la que comparte con la libertad de expresión, concretamente con la de los discursos más protegidos, y otra propia y diferenciada. En consecuencia, estas peculiaridades deben ser tomadas en consideración al abordar conflictos entre esta y otros derechos o bienes jurídicos. Esto implica introducir parámetros de valoración más específicos que los que se aplican con la libertad de expresión simple, de lo contrario se aplicaría una jurisprudencia reduccionista incapaz de distinguir una creación artística de un discurso o mensaje al uso. Es necesaria la concepción y toma de conciencia de esta diferencia ya que «resulta imprescindible conceder un amplio margen al creador, incluso cuando las obras puedan ser consideradas discutibles, de mal gusto o rechazables, pues el arte es provocador por principio» ²⁸.

Bien, esta argumentación es en la que me basaré para comentar varios ejemplos de creaciones artísticas tanto musicales, literarias, escénicas, cuadros o comedia, por los que últimamente se están sancionando a los autores de forma muy severa o se están secuestrando sus obras de una manera impropia en una democracia de garantías.

Quizá el ejemplo más representativo de este fenómeno judicial anacrónico son las varias condenas que han sufrido algunos artistas musicales debido a las letras de sus canciones, nos referimos a los famosos casos de los raperos Valtoryc (condenado por el Tribunal Supremo a 3 años y medio de prisión), Pablo Hasel (condenado a 2 años y un día de prisión por la Audiencia Nacional), La Insurgencia, formado por 18 cantantes (condenados por la Audiencia Nacional a 2 años y un día de prisión), y el cantante de Def Con Dos, César Strawberry (condenado a un año de prisión por el Tribunal Supremo, después de haber sido absuelto por la Audiencia Nacional), todos ellos, por enaltecimiento del terrorismo e injurias y calumnias contra la Corona, dos delitos que como anteriormente hemos estudiado, están en tela de juicio por la sociedad y por la

²⁷ HAMILTON, M.A., «Art Speech», *Vanderbilt Law Review*, nº49, 1996, p.121.

²⁸ SOLAR CAYÓN, J.I., «Cautelas y excesos en el tratamiento del factor religioso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derechos y libertades: revista de filosofía del Derecho y derechos humanos*, 2009, nº20, p.149.

judicatura en general, ya que deben juzgarse por el contexto en el que se encuentran y por la verdadera peligrosidad que provoquen, la cual, en una canción es evidentemente nula. Como hemos visto con anterioridad, una canción es una creación artística, y no debe juzgarse con los mismos parámetros que un mensaje estándar, ya que es una obra artística que evidentemente no pretende amenazar a nadie expresamente ni injuriar a nadie, solo expresar un pensamiento político mediante las rimas de una canción, lo cual debe disponer de especial protección.

Por otro lado, la sociedad ha querido mostrar su rechazo hacia estas condenas y su apoyo a los artistas juzgados mediante multitudinarias protestas en la calle, pero sobre todo en las redes sociales, donde el *hashtag* «#BorbonesSonLadrones» fue lo más twitteado el 9 de abril de 2018, parafraseando uno de los versos por los que el rapero Valtonyc fue condenado, a la cual se sumaron varios políticos. En relación con este fenómeno, más de 40 artistas de toda España, la mayoría del mundo del rap, lanzaron una canción titulada «Los Borbones son unos ladrones» en apoyo a sus compañeros juzgados y condenados y por la libertad de expresión, en una actitud crítica y desafiante, grabada en la antigua cárcel de «La Modelo», poniendo así en un brete a la Fiscalía. La canción tuvo una enorme repercusión con un millón de reproducciones, solo en la red social *Youtube*, en las primeras 24 horas desde su estreno.

Otro polémico ejemplo que ha llenado portadas es el secuestro cautelar que una Juez de Collado Villalba (Madrid) acordó sobre el libro del periodista Nacho Carretero, *Fariña*, en el cual se relata la historia del narcotráfico gallego y se nombra al exalcalde de O Grove (Pontevedra), el cual ha sido el que demandó el secuestro del libro por supuesta vulneración del derecho al honor. Por contra, la juez ha desestimado su pretensión de frenar la emisión de la serie de televisión producida sobre esta obra. En este caso, sostiene que la fecha de emisión de la serie es incierta, así como el guión de la misma, por lo que sería desproporcionado paralizar su emisión.

El exalcalde aparece mencionado en dos ocasiones en la obra por sus supuestos vínculos con el narcotráfico, unos hechos que fueron confirmados por la Audiencia Nacional, si bien el Tribunal Supremo revocó esa sentencia por un defecto de forma. Otra vez, la sociedad reaccionó ante este secuestro y el libro multiplicó sus ventas exponencialmente.

En febrero del 2018, por primera vez en su historia, una obra de arte fue descolgada por motivos políticos por orden de IFEMA, entidad organizadora, de la Feria Internacional

de Arte Contemporáneo (ARCO): se ejerció censura a todas luces ilegal en un marco, el de la creación artística, que ha de ser, por definición, el de la libertad. La obra que se retiró fue ‘Presos políticos en la España contemporánea’, del reconocido artista Santiago Sierra, donde aparecían pixeladas, imágenes de Oriol Junqueras o los jóvenes detenidos por agresión a dos guardias civiles en Alsasua (Navarra), entre otros polémicos casos de personas encarceladas por, según el artista, sus ideales políticos.

Estos hechos ocurridos en España coinciden con una ola que recorre el mundo, donde lo políticamente correcto se lleva al absurdo cuando interfiere en el mundo del arte. Así pues, *Facebook* tuvo que disculparse por censurar la foto de la Venus de Willendorf, una escultura paleolítica datada entre el año 25.000 y el 28.000 antes de Cristo; en enero del 2018 el museo de Manchester retiró el cuadro *Hilas y las ninfas* de John William Waterhouse, pintado en 1896, porque en él aparecen adolescentes desnudas tentando a un joven; e incluso *Lolita* de Nabokov ha vuelto a ser debate público más de sesenta años después de su publicación. Estos ejemplos indican cómo algunos agentes privados también están interpretando a su manera dónde están los límites de la libertad de expresión artística, según su moralidad, intereses, pensamientos o simplemente su mirada.

Mención aparte merece el mundo de la comedia, por la que cada vez más casos surrealistas se están produciendo en España. La sátira es entendida como una forma de expresión artística y comentario social que, exagerando y distorsionando la realidad pretende provocar y agitar. Bien, pues últimamente se están juzgando a personas tomando sus mensajes humorísticos al pie de letra, sin tomar conciencia del verdadero significado de la sátira.

«Existe cierta conciencia en la doctrina jurídica en considerar que los humoristas y los caricaturistas disponen de mayor espacio para atacar las ideas predominantes pues estos pueden hacer y decir cosas que un ciudadano responsable, o incluso un periodista responsable, no pueden hacer ni decir».²⁹ E incluso debería existir un mayor margen de libertad si la sátira es política, ya que mezcla más de un derecho, además el tono irónico crea un contexto que justifica el uso de expresiones alejadas de los habituales parámetros de corrección, que han de enjuiciarse con mayor grado de tolerancia.

²⁹ KEANE, D., «Cartoon violence and freedom of expresión», *Human Rights Quarterly*, 2008, nº30, p.847.

Esta postura sí fue entendida y aplicada por el Tribunal Supremo al absolver a la tuitera Cassandra Vera por sus chistes sobre Carrero Blanco, después de que la Audiencia Nacional la condenara a un año de prisión, al entender que no resultaba proporcionada una sanción penal para un comentario de mofa o sarcasmo tan trillado, y que por supuesto no incitaba a la violencia. «Lástima que el Tribunal no haya podido dejar de añadir que la conducta de la tuitera resultaba “reprobable y reprochable tanto desde un prisma social como incluso moral, al hacer mofa de una gravísima tragedia humana”. En una sociedad donde rige el pluralismo ideológico no corresponde a los tribunales penales la misión de educar a los ciudadanos sobre lo que es adecuado moral y socialmente: moralizar nunca puede ser la función de un juez penal». ³⁰

Dos noticias con un mayor grado de surrealismo se produjeron en el año 2018 en España, una jueza de Bilbao amenazaba a los autores de El Mundo Today vía correo electrónico por una noticia satírica que decía: «El 90% de las ovejas en España se cría para fines sexuales». La jueza amenaza a la web de humor con acciones legales si no retiran esa broma que puede suponer un delito de injurias hacia el colectivo de pastores, a los que la noticia, según esta jueza, estaría acusando del delito de bestialismo.

El mismo delito de injurias se utilizó, meses atrás, para imputar al director de la revista El Jueves tras la publicación de otra noticia satírica: «La continua presencia de antidisturbios acaba con la reserva de cocaína en Catalunya». Desde El Mundo Today y El Jueves (conocidas plataformas satíricas), explican públicamente que no se puede obviar el contexto de esas publicaciones denunciadas: son medios satíricos, lo que publican no es real, ¡es humor!

Para finalizar el tema de la comedia, el humorista Facu Díaz se las vio ante un tribunal por un sketch en el que, encapuchado e imitando los tradicionales vídeos de comunicados de ETA, pedía «el acercamiento de los presos del PP a cárceles cercanas a la calle Génova o algún sitio donde se coma bien». Se archivó la causa en la primera vista ya que el *sketch* no integraba el tipo objetivo y subjetivo del artículo 578 del Código Penal.

Para último, la libertad de expresión se ha topado con otro escollo, el sentimiento religioso, el cual debe ser respetado pero quizá la vía penal no es la más adecuada para

³⁰ RAGUÉS, R., «Breves consideraciones sobre Derecho penal y libertad de expresión», *El Notario del siglo XXI*, nº78, Marzo-Abril 2018, p.14.

castigar conductas tan cotidianas como «Insultar a Dios y a la Virgen María», hecho por el cual el actor Willy Toledo ha sido llamado a declarar por un delito contra los sentimientos religiosos, o el caso de Daniel, al cual se le declaraba culpable de un delito de escarnio a los sentimientos religiosos después de que su abogada llegara a un acuerdo con la fiscalía. El delito cometido fue colgar un fotomontaje de la imagen del Cristo de la Amargura en el que colocó su cara con un pie de foto que decía «Estoy hecho un Cristo», en el sentido de estar dolorido o exhausto. Esta acción le costaba a este joven una multa penal de 480 euros.

Vistos todos estos casos donde la libertad de expresión se limita de forma extraordinaria, aunque en algunas ocasiones los artistas han sido absueltos, se puede deducir que el mundo del arte está siendo limitado, ya que se ha extendido un miedo por todo el país a expresarse libremente tras todos estos procesos judiciales.

6. INTERNET

En este apartado solamente haremos unas breves consideraciones sobre la libertad de expresión en internet y las redes sociales; debido a que se han convertido en la actualidad en el método revolucionario que ha cambiado el modelo de información pública y privada por completo, siendo ahora imprescindible para el desarrollo de la vida de cualquier persona, y siendo el principal medio de información y comunicación de la mayoría de la gente en nuestro país.

Este exponencial crecimiento, supone conflictos inéditos para la justicia, la cual tiene que hacer frente a situaciones novedosas, por lo que debe producirse un desplazamiento de los límites convencionales de la libertad de expresión para poder hacer frente con garantías a estos nuevos conflictos.

El uso generalizado de las redes sociales amplifica el impacto de los mensajes, comentarios y contenidos de las canciones o videos. En un Estado de Derecho solo debería ser intolerable lo que amenaza la libertad, la paz o la supervivencia de la propia sociedad. Pero tal amenaza debe ser real y no debe presumirse sin más en toda conducta que resulte ofensiva para determinadas sensibilidades, aun cuando éstas sean ampliamente mayoritarias.

Es una evidencia que en las redes sociales abundan los insultos, las amenazas y la violencia, pero este problema exige otra solución que no sea condenar a prisión a miles

de personas. Únicamente si hay incitación a la violencia es cuando debe haber sanción penal, no olvidando el principio de intervención mínima, ya que para muchos de estos casos debería acudir a la vía civil, que, mediante la Ley de protección civil del derecho al honor, la propia imagen y la intimidad tiene previstos los cauces adecuados para hacer frente a los insultos o descalificaciones que supongan un descrédito de personas tanto físicas como jurídicas.

«Las redes sociales permiten ahora a cualquier ciudadano opinar en condiciones de mucha mayor igualdad respecto de aquellos pocos privilegiados que hasta no hace tanto tenían el monopolio de acceso a las opiniones publicadas. Este importante cambio exigirá desarrollar una nueva cultura de la tolerancia, entre otras razones por la imposibilidad fáctica de ejercer un control mínimamente efectivo sobre un número de opiniones tan sumamente elevado».³¹

Hay que preguntarse ahora como regular y hacer frente desde la perspectiva legal a este fenómeno. En primer lugar, un primer paso debería ser discriminar el carácter público de comentarios o declaraciones hechas en el contexto de un debate, de aquellas que no lo fueran y que, por su orientación, fueran dirigidas a destinatarios concretos con intención y finalidad discriminatoria y vejatoria.

Aunque no es el mensaje el único elemento de garantía constitucional, sino que también lo son otros elementos propios del modelo de transmisión y recepción del mismo.

Existen dos corrientes sobre la regulación en la red: «los llamados excepcionalistas, aquellos que mantienen que internet es una especie de universo paralelo que no se somete a los parámetros propios de la soberanía estatal y del Derecho como tal, mientras que, por otra parte, otros especialistas argumentan contra tal reivindicación».³²

Evidentemente, debido a que internet es el principal medio de comunicación social en la actualidad y cada vez aumentará más su influencia, si debería regularse, pero la cuestión es si debería tener un tratamiento neutral y someterse a las normas comunes de otros medios de comunicación o tener su propio sistema legal.

Las alternativas para la traducción a internet de los parámetros constitucionales del discurso de odio son, por una parte, la posibilidad de alcanzar un acuerdo global sobre los

³¹ RAGUÉS, R., «Breves consideraciones sobre Derecho penal y libertad de expresión», *El Notario del siglo XXI*, n°78, Marzo-Abril 2018, p.14.

³² REVENGA SANCHEZ, M., *Libertad de expresión y discurso de odio*, Universidad de Alcalá, Cuadernos de la cátedra de democracia y derechos humanos, Madrid, 2015, p.175.

criterios de restricción o permisividad del discurso de odio en internet, con el posible efecto de que los límites en otros medios tuvieran también que desplazarse, y por otra parte la efectiva imposición a internet de las políticas constitucionales propias de cada estado, con el correlativo efecto de reajuste en la consideración de ciertos litigios transnacionales que habría que repensar, ya que por ejemplo, no tiene el mismo tratamiento y calado social un comentario despectivo hacia la comunidad judía en España que en Alemania por razones obvias.

Existen plataformas privadas que ya utilizan su propia censura personalizada no permitiendo desde palabras mal sonantes, en juegos para niños, por ejemplo, o desnudos integrales como sucede por ejemplo en *Instagram*. Esto sucede ya que estas plataformas no se consideran foros de comunicación pública, por lo que no tienen la misma regulación como la que tendría un espacio incondicionalmente abierto a la libertad de expresión.

«No hay objeción alguna a que los individuos utilicen filtros frente al discurso de odio, pero es difícil sostener, incluso en los países en los que se imponen sanciones penales por esta causa, que el uso de los mismos pueda imponerse desde instancias gubernamentales en determinados puntos de acceso a internet. En primer lugar, porque esto significaría avalar gubernamentalmente la censura privada. Y en segundo lugar porque inevitablemente se acabarían restringiendo contenidos no clasificables como discurso de odio».³³ Por lo que se debe seguir trabajando en una solución más acorde con el siglo en que nos encontramos y que la justicia se adapte a las nuevas formas de comunicación y expresión que las nuevas tecnologías nos ofrecen. Ya que, por ejemplo, son llamativos la opinión y el dato que ofrece el informe de Amnistía Internacional respecto a la libertad de expresión en Internet en España: «Alzar la voz se ha vuelto cada vez más peligroso en las redes. Están siendo criminalizadas letras de canciones y bromas bajo categorías vagas; siendo llamativa la cantidad de condenas durante los últimos años: durante el año 2011, cuando ETA aún mataba, hubo una condena por enaltecimiento del terrorismo mientras que, desde 2011 hasta 2017 ha habido 76 sentencias condenatorias».³⁴

³³ REVENGA SANCHEZ, M., *Libertad de expresión y discurso de odio*, Universidad de Alcalá, Cuadernos de la cátedra de democracia y derechos humanos, Madrid, 2015, p.175.

³⁴ Informe de Amnistía Internacional sobre la libertad de expresión en España de marzo de 2018, consultado en 26 de marzo de 2018, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/espana/libertad-de-expresion/>

V. CONCLUSIÓN

La libertad de expresión está sufriendo en los últimos años un retroceso que no es permisible en una democracia de garantías, ya que tomando en consideración la doctrina del Tribunal Supremo de Estados Unidos; «La libertad de expresión es una garantía para que las demás libertades puedan respirar». Gracias a la libertad para expresar nuestra opinión las sociedades crecen, se crea un debate donde todos pueden expresar su ideología sin miedo a ser reprimidos, el cual siempre será más sano para una democracia que la censura de las ideas que se expresen en contra del régimen establecido, ya que sino no debería ni siquiera llamarse debate. Al hilo, el Tribunal Constitucional no dudó en afirmar en STC 176/1995, de 11 de diciembre que «al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución protege también a quienes la niegan».

Es cierto que debe limitarse en su justa medida, en dos situaciones, cuando choca con otros derechos fundamentales, donde debe hacerse un juicio de valor y cuando la expresión de un mensaje produce un riesgo real para la sociedad, aplicando un criterio de proporcionalidad en el sentido de que en los delitos de opinión no deberían caber las penas de prisión, excepto cuando dejan de ser opinión y se convierten en incitación a la violencia que implica un riesgo real de que esta se materialice. Lo que no puede permitirse es que se limite en situaciones que no producen un riesgo para nadie; o cuando se trata de creaciones artísticas, como la pintura, la música o la sátira, donde los límites deben ampliarse, ya que debe incluirse el contexto artístico para juzgar la peligrosidad del mensaje.

Ante esta situación, ciudadanía e importantes juristas han expresado su desacuerdo, así como el TEDH, tumbando sentencias que limitaban este derecho de forma desproporcionada e instando a España a eliminar delitos como el anacrónico «Injurias a la Corona».

El derecho penal debería utilizarse para situaciones que realmente fueran peligrosas para los individuos o la propia sociedad, no olvidando el principio de intervención mínima que lo antecede, ya que la interpretación de preceptos de manera restrictiva y la creación de leyes que ahogan las protestas, en mi opinión produce un doble error: Limita el debate

público, lo que obstaculiza una democracia sana, y ofrece un altavoz a personas que quizá no lo merecen como ha sucedido con los últimos casos mediáticos.

Habrá que hacer un esfuerzo de toda la sociedad, legisladores, jueces, ciudadanos y colectivos hipersensibilizados para lograr una mayor tolerancia y no vivir en una sociedad asfixiante donde no quepan ni el humor ni el arte; y hacer caso al cineasta y escritor David Trueba cuando dice que «sin duda es tentador prohibir la estupidez. Todos estaríamos de acuerdo. Hasta el momento que decidieran prohibir la nuestra».

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS Y REVISTAS

- ALZAGA, O., *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p.215.
- CASTILLO BLANCO F.A. «La ley de Seguridad Ciudadana: Reflexiones sobre algunos puntos controvertidos», en *Revista de Administración Pública*, nº130, 1993, p.436.
- DIEZ BUESO, L., *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.66-67.
- DÍEZ PICAZO, L. «Sobre la Constitucionalidad de la Ley de Partidos», en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional. Núm. 3, 2002.
- DWORKIN, R., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford Univ. Press, Nueva York, 2009.
- EBERLE, E., *Art as speech*, University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change, 2008, nº11. p.23.
- HAMILTON, M.A., «Art Speech», *Vanderbilt Law Review*, nº49, 1996, p.121.
- KEANE, D., «Cartoon violence and freedom of expresión», *Human Rights Quarterly*, 2008, nº30, p.847.
- Kelsen, H. *General Theory of Law and State*, Russell & Russell, Nueva York, 1961.
- PORTO, R., «¿Es razonable que el derecho limite al arte?», *Ratio Iuris*, nº145, 2017, p.2.
- RAGUÉS, R., «Breves consideraciones sobre Derecho penal y libertad de expresión», *El Notario del siglo XXI*, nº78, Marzo-Abril 2018, p.14.
- REVEGA SANCHEZ, M., *Libertad de expresión y discursos de odio*, Universidad de Alcalá y Defensor del pueblo, Madrid, 2015, p.15.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., «Tomo II, Artículos 10 a 23», ALZAGA VILLAMIL, O. (coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, pp.511-538.
- SOLAR CAYÓN, J.I., «Cautelas y excesos en el tratamiento del factor religioso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derechos y libertades: revista de filosofía del Derecho y derechos humanos*, 2009, nº20, p.149.

- TYLER, T. R., *Multiculturalism and the Willingness of Citizens to Defer to Law and to Legal Authorities*. Law and Social Inquiry, 2000.
- VIADA, G., «La libertad de expresión en peligro», *El Notario del siglo XXI*, nº78, Marzo-Abril 2018, p.9.

2. RECURSOS DE INTERNET

- Artículo publicado en New York Times, por Raphael Minder, 21 de febrero de 2018. consultado en 23 de abril de 2018 en <https://www.nytimes.com/2018/02/21/world/europe/spain-art-censorship-catalonia.html>.
- Entrevista a Joaquín Urias Diario Publico 20 de febrero de 2018. Consultado el 20 de abril en <http://www.publico.es/sociedad/joaquin-urias-delitos-enaltecimiento-del.html>.
- Exhorto de relatores del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en Ginebra, 23 de febrero de 2015. Consultado en 21 de marzo de 2018 en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15597&LangID=S>.
- Informe de Amnistía Internacional sobre la libertad de expresión en España de marzo de 2018. Consultado en 26 de marzo de 2018 en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/espana/libertad-de-expresion/>
- SALVADOR MARTINEZ, M. «El derecho a la libertad de expresión». Consultado en 24 de marzo de 2018 en documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/.../Itemid,3.

3. JURISPRUDENCIA

- STC 120/1990 de 27 de junio de 1990
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1545>
- STC 171/1990 de 12 de noviembre de 1990
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1596>
- STC 62/1982, de 15 de octubre (Sala Primera)
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/104>
- STC 99/2002 de 6 de mayo
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4635>

- STC 105/1990 de 6 de junio (Sala Primera)
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1530>
- STC 85/1992 de 8 de junio (Sala Segunda)
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1972>
- STC 52/1983 de 17 de junio
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/180>
- STC 156/2001, de 2 de julio (Sala Segunda)
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4452>
- STC 112/2016, de 20 de junio (Sala Primera)
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25026>
- STC 177/2015, de 22 de julio
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24578>
- STC 176/1995, de 11 de diciembre (Sala Segunda)
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3030>
- STS 560/2017, de 13 de julio (Sala de lo Penal)
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematc h=TS&reference=8107790&links=&optimize=20170726&publicinterface=true>
- STS 52/2018 de 31 de enero (Sala de lo Penal)
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematc h=TS&reference=8278307&links=&optimize=20180205&publicinterface=true>
- Sentencia TEDH, «Asunto Otegui Mondragón C. España» 15 de marzo de 2011
https://lamonarquavioladdhh.files.wordpress.com/2014/06/2011-asunto_otegi_mondragon_c- espana- violacion del convenio.pdf
- Sentencia TEDH «Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain», de 13 de marzo de 2018 (Sección Tercera) https://laicismo.org/wp-content/uploads/2018/03/Sentencia-TEDH-2018-libertad-expresion-Stern_Taulats_y_Roura_Capellera.pdf