



FACULTAD DE DERECHO

# **Los límites a la libertad de expresión en el Código Penal**

Autor: Cristina Natalia Valencia Sánchez

5º E3 D

Derecho Penal

Tutor: Myriam Cabrera Martín

Madrid

Abril 2020

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
1.	EL ESTADO ESPAÑOL COMO UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.....	4
2.	LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS LIBERTADES PÚBLICAS..	5
3.	LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO GARANTÍA DE LA DEMOCRACIA Y DEL PLURALISMO POLÍTICO. OBJETIVOS DEL PRESENTE TRABAJO.....	7
<b>II.</b>	<b>LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....</b>	<b>8</b>
1.	CONCEPTO, EFECTOS, CONTENIDO Y DOBLE DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	8
2.	LA IMPORTANCIA DE LOS LÍMITES ANTE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS. PRINCIPALES POSTURAS DOCTRINALES.....	10
3.	LÍMITES CONSTITUCIONALES AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	13
<b>III.</b>	<b>LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CÓDIGO PENAL.....</b>	<b>15</b>
1.	CONTENIDO DEL CÓDIGO PENAL QUE PUEDE LIMITAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	15
2.	ANÁLISIS DEL TÍTULO XI DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL: DELITOS CONTRA EL HONOR.....	16
	<b>2.1 El honor como bien jurídico protegido por el Derecho Penal.....</b>	<b>16</b>
	<b>2.2 El delito de injurias.....</b>	<b>17</b>
	2.2.1 <i>Acción típica.....</i>	<i>17</i>
	2.2.2 <i>El conflicto entre el derecho fundamental al honor y la libertad de expresión. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....</i>	<i>21</i>
	2.2.3 <i>Antijuridicidad.....</i>	<i>22</i>

2.2.4	<i>Punibilidad. La exceptio veritatis como causa de exclusión de la pena.....</i>	23
2.2.5	<i>Cuestiones comunes a los delitos de injurias y calumnias.....</i>	24
2.2.6	<i>Modalidades especiales del delito de injurias.....</i>	25
2.2.7	<i>La evolución en la comisión del delito de injurias en España.....</i>	27
3.	<b>ANÁLISIS DEL TÍTULO XXI DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL: DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN.....</b>	<b>28</b>
<b>3.1</b>	<b>La Constitución como bien jurídico protegido por el Derecho Penal...28</b>	
<b>3.2</b>	<b>Modalidades especiales de delitos contra el honor.....29</b>	
<b>3.3</b>	<b>El delito de incitación al odio.....29</b>	
3.3.1	<i>Acción típica.....</i>	30
3.3.2	<i>El discurso del odio y la libertad de expresión. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....</i>	34
3.3.3	<i>Antijuridicidad.....</i>	35
3.3.4	<i>Agravantes específicas.....</i>	36
3.3.5	<i>Destrucción y retirada de los soportes del delito de odio.....</i>	37
<b>3.4</b>	<b>El delito de ultrajes a España.....37</b>	
3.4.1	<i>Acción típica.....</i>	37
3.4.2	<i>Antijuridicidad.....</i>	39
4.	<b>ANÁLISIS DEL TÍTULO XXII DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL: DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO.....</b>	<b>40</b>
<b>4.1</b>	<b>El orden público como bien jurídico protegido por el Derecho Penal..40</b>	
<b>4.2</b>	<b>El delito de enaltecimiento del terrorismo.....41</b>	
4.2.1	<i>Acción típica.....</i>	41
4.2.2	<i>Antijuridicidad.....</i>	44
4.2.3	<i>Agravantes específicas.....</i>	44
4.2.4	<i>Destrucción de contenidos ilícitos y otras medidas judiciales.....</i>	45
<b>IV.</b>	<b>CONSIDERACIONES FINALES.....</b>	<b>45</b>
<b>V.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>50</b>

## ABREVIATURAS

CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950

CEFD: Cuaderno Electrónicos de Filosofía del Derecho

CP: Código Penal

FJ: Fundamento jurídico

LO: Ley Orgánica

Núm: Número

OSCE: Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa

p.: Página

pp.: Páginas

ss.: Siguietes

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

STS: Sentencia Tribunal Supremo

Supra: Arriba o antes

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

Vid: Véase

V.gr: Verbi gratia

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. EL ESTADO ESPAÑOL COMO UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La Constitución española de 1978 (en adelante, CE) afirma en su artículo 1 que *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*. La expresión “Estado social y democrático de Derecho” comprende tres conceptos distintos pero fuertemente interconectados: (Díez-Picazo Giménez, 2013)

- En primer lugar, el Estado de Derecho implica asegurar el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular<sup>1</sup>. Algunas manifestaciones constitucionales del Estado de Derecho son: i) la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución española y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 CE); ii) la proclamación del principio de legalidad y de jerarquía normativa (artículo 9.3 CE); iii) la división de poderes; iv) el control judicial de la actuación administrativa (artículo 106.1 CE); v) el reconocimiento de un conjunto de derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 14 - 29 CE). (Díez-Picazo Giménez, 2013)
- En segundo lugar, el Estado social conlleva la actuación del Estado para ofrecer las garantías y servicios necesarios con ánimo de lograr el bienestar de sus ciudadanos. Algunas manifestaciones del carácter social del Estado son: i) la especial incidencia de los principios de igualdad efectiva y solidaridad; ii) el reconocimiento de un conjunto de derechos económicos y sociales que otorgan una especial protección a determinados bienes como la salud, la educación, la cultura o la vivienda. (Díez-Picazo Giménez, 2013)
- En tercer lugar, atendiendo al Estado democrático, el legislador español opta por el sistema político democrático cuando en el Preámbulo de la CE afirma su voluntad de establecer *“una sociedad democrática avanzada”*. Algunas de las manifestaciones de

---

<sup>1</sup> En este sentido, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.2 CE: *“la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”*.

la democracia son: i) la proclamación de la soberanía popular (artículo 1.2 CE); ii) la aceptación y promoción del pluralismo social (artículos 6 y 7 CE); iii) el carácter representativo de la democracia (artículos 66 y siguientes); iv) la previsión de fórmulas de democracia directa como el referéndum para la toma de decisiones de especial relevancia (Artículo 82 CE) o la iniciativa legislativa popular (Artículo 87.3 CE). (Díez-Picazo Giménez, 2013)

## 2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS LIBERTADES PÚBLICAS

La formación del Estado y la organización política se produce para garantizar el reconocimiento y respeto de una serie de derechos naturales subjetivos anteriores e inherentes a todos los ciudadanos, que en la actualidad se denominan “derechos fundamentales y libertades públicas”. Mientras que los primeros hacen alusión a obligaciones de dar del Estado, los segundos implican una obligación de omisión por parte de este. (Díez-Picazo Giménez, 2013)

Desde un punto de vista material, estos derechos fundamentales y libertades públicas son definidos por el filósofo del derecho italiano Luigi Ferrajoli como “*aquellos derechos que en un ordenamiento dado se reconocen a todas las personas por el mero hecho de serlo*”. Son derechos inherentes a la condición de persona, y consecuentemente, universales e inviolables. (Díez-Picazo Giménez, 2013)

Desde una perspectiva formal, es importante tener en cuenta el rango de la norma que los reconoce. Así, los derechos fundamentales y libertades públicas se encuentran recogidos en la CE, norma suprema del ordenamiento jurídico. La razón de esto es doble; por un lado, el legislador les otorga la máxima fortaleza jurídica y los blindo frente a cambios de gobierno; por otro lado, la garantía de estos derechos es un requisito previo a la formación del pacto social que es la Constitución. El individuo cede parte de su libertad y se somete ante el poder estatal a cambio de la garantía del reconocimiento y la inviolabilidad de estos derechos. Por tanto, los derechos fundamentales y libertades públicas cumplen una doble función de protección, al ser límites de actuación de los poderes públicos e instrumentos de salvaguardia del individuo. (Díez-Picazo Giménez, 2013)

Tal y como se ha mencionado en el apartado anterior, los derechos fundamentales y libertades públicas se recogen en el texto constitucional. En particular, se ubican en los artículos 14 a 29 de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I CE y cuentan con una especial protección, teniendo en cuenta que tienen eficacia directa, están sujetos a reserva de ley orgánica (artículo 81 CE) y pueden ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53 CE).

Adicionalmente, los derechos fundamentales y libertades públicas han sido desarrollados por leyes orgánicas e interpretados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Además, en virtud de lo establecido en el artículo 10.2 CE, los derechos fundamentales y libertades públicas *“se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

Díez- Picazo lleva a cabo una clasificación de los derechos fundamentales, atendiendo a la función y a la evolución histórica de estos. En particular, enuncia cuatro generaciones de derechos, relacionadas con el concepto de Estado social y democrático de Derecho: (Díez-Picazo Giménez, 2013)

- La primera generación está compuesta por los derechos fundamentales civiles, relacionados el Estado de Derecho en la medida en la que garantizan determinados ámbitos de libertad de actuación en los que el Estado no debe interferir. Algunos ejemplos son la libertad de expresión, el derecho a la integridad física, o la libertad de asociación.
- La segunda generación está conformada por los derechos fundamentales políticos, relacionados con el Estado democrático. Su función es garantizar la implantación de una democracia real en los asuntos públicos. Algunos ejemplos son el derecho de sufragio o el derecho al acceso a cargos públicos.
- La tercera generación está formada por los derechos fundamentales sociales, una vez conformado el Estado social. Tienen como objetivo garantizar a los ciudadanos unas

condiciones dignas de vida que promuevan su bienestar. Algunos ejemplos son el derecho a la educación o a la salud.

- Finalmente, la cuarta generación está compuesta por los derechos fundamentales coactivos, que tratan de defender una serie de intereses supraindividuales como, por ejemplo, el medio ambiente o la sostenibilidad.

Por último, se debe mencionar que con la llegada del Estado social se produce la coexistencia de una dimensión subjetiva (el individuo) y una dimensión objetiva (la sociedad, el interés general). El Tribunal Constitucional, en la STC 25/1981, de 14 de julio a la vez que afirma la complementariedad e interacción entre ambas, señala que cabe la posibilidad de que entren en conflicto. La resolución de este conflicto, que en ocasiones implica decidir entre el individuo y la sociedad, varía para cada caso concreto. No obstante, aunque la dimensión objetiva puede limitar a la subjetiva, en ningún caso puede suponer la denegación del derecho. (Díez-Picazo Giménez, 2013, pp. 33-35)

### 3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO GARANTÍA DE LA DEMOCRACIA Y DEL PLURALISMO POLÍTICO. OBJETIVOS DEL PRESENTE TRABAJO

Tras haber analizado el concepto, la clasificación y la evolución de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español, el presente trabajo tiene como objetivo centrar su análisis en uno en concreto: la libertad de expresión, recogida en el artículo 20 CE, así como en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante, CEDH) y en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000 (en adelante, CDFUE).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado que la libertad de expresión posee una dimensión institucional al ser condición necesaria para la existencia de una opinión pública y el correcto funcionamiento de la democracia<sup>2</sup> (Díez-Picazo Giménez, 2013). No obstante, como consecuencia de esta dimensión institucional, son muchas las

---

<sup>2</sup> Vid. SSTC 6/1981, de 16 de marzo, 20/1990, de 15 de febrero y 85/1992, de 8 de junio.



ocasiones en las que la libertad de expresión colisiona con los derechos fundamentales de otros individuos, siendo las tensiones más comunes con el derecho al honor (artículo 18.1 CE) y el derecho a la no discriminación (artículo 14 CE). Esto pone de relieve la necesidad de definir y delimitar el ejercicio legítimo de la libertad de expresión para poder evitar la negación o la restricción desproporcionada de otros derechos fundamentales y libertades públicas a favor de la sociedad o el interés general. Estos límites se encuentran marcados de forma muy vaga por la Constitución, y por tanto, han sido desarrollados por la jurisprudencia. Adicionalmente, las extralimitaciones más graves del ejercicio de esta libertad de expresión se encuentran tipificadas en el Código Penal español y serán objeto de estudio en el presente trabajo.

## II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

### 1. CONCEPTO, EFECTOS, CONTENIDO Y DOBLE DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Tal y como se ha mencionado *supra* la libertad de expresión es una libertad pública esencial dentro del ordenamiento jurídico de un Estado social, democrático y de Derecho, y se ha reconocido tanto a nivel nacional como internacional: a nivel nacional, el artículo 20 CE recoge la libertad de expresión<sup>3</sup> junto con la libertad de expresión creativa, de cátedra y de información. Estas cuatro libertades, a pesar de ser autónomas entre sí, se encuentran fuertemente interrelacionados en cuanto garantizan la libertad de comunicación, la creación de opinión pública, y consecuentemente, el desarrollo de la democracia (Aragón Reyes y Aguado Renedo, 2011). Por otro lado, a nivel internacional, la libertad de expresión se encuentra recogida en los artículos 10 CEDH y 11 CDFUE<sup>4</sup>.

La lectura de estos artículos permite definir la libertad de expresión en su ámbito positivo como el derecho a manifestar y comunicar sin trabas el propio pensamiento y, en su

---

<sup>3</sup> En concreto, el artículo 20 a) CE reconoce y protege el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

<sup>4</sup> Los artículos 10.1 CEDH y 11.1 CDFUE disponen que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”.

ámbito negativo, como el derecho a no manifestar la opinión (Aragón Reyes y Aguado Renedo, 2011, p. 197). Su reconocimiento conlleva dos efectos principales: i) otorga el deber a todos los ciudadanos de respetar las opiniones formuladas por el resto; ii) como consecuencia de lo anterior, garantiza a los ciudadanos que la exteriorización de sus pensamientos no les generará consecuencias perjudiciales. Este efecto alude al Estado y le adjudica tanto un deber de no hacer, consistente en la adopción de una posición de neutralidad y respeto hacia las expresiones de los ciudadanos, como en una obligación de hacer, concretada en la promoción de la libertad y la lucha contra los monopolios de opinión e información. (Aragón Reyes y Aguado Renedo, 2011)

Es importante diferenciar la libertad de expresión de la libertad de información. Así, mientras que el término “expresión” alude a ideas, opiniones y pensamientos, el concepto de información recae sobre hechos veraces, neutrales y noticiables (Díez-Picazo Giménez, 2013). En principio, estas “expresiones” quedan protegidas independientemente de su contenido, su forma de expresión y de quién la haga, siendo su paradigma el mensaje verbal sobre asuntos políticos. A modo de ejemplo, la libertad de expresión ampara por igual tanto la opinión hecha por un periodista en una revista sobre la situación política como la opinión verbal de un ciudadano sobre quién es el nuevo actor revelación del panorama nacional. (Aragón Reyes y Aguado Renedo, 2011)

Por otro lado, al ser una de las “libertades de comunicación” recogidas en el artículo 20 CE, la libertad de expresión presenta una doble dimensión: (Aragón Reyes y Aguado Renedo, 2011, p. 198)

- Por un lado, una dimensión subjetiva, en cuanto la libertad de expresión contribuye al desarrollo de la personalidad de aquel que la ejerce. Según el filósofo Ronald Dworkin, *“si no se permite expresarse libremente a una persona se la trata de manera indigna”*. Por tanto, esta dimensión de la libertad de expresión otorga una protección al bien jurídico de la dignidad humana. (Dworkin, 1984 ; Díez-Picazo Giménez, 2013).

- Por otro lado, una dimensión objetiva o institucional, fruto de la conexión de la libertad de expresión con el principio de Estado democrático. De acuerdo con el Tribunal Constitucional en sus sentencias STC 6/1981, de 16 de marzo, STC 20/1990, de 15 de febrero y STC 85/1992, de 8 de junio el bien jurídico protegido de la libertad de expresión consiste en *“la existencia de una opinión pública, condición necesaria para el correcto funcionamiento de la democracia”* (Díez-Picazo Giménez, 2013).

La dimensión objetiva interactúa y complementa a la subjetiva, de tal modo que en ocasiones refuerza a esta última (v.g. el destape de un caso de corrupción política y la emisión de una opinión al respecto contribuye a la mejora de la democracia) pero en otras la limita (v.g. la comunicación de un pensamiento que no es de interés público y no contribuye a formar opinión pública no queda igual de protegido). En cualquier caso, aunque la dimensión subjetiva puede quedar limitada por la dimensión objetiva, nunca puede ser totalmente eliminada<sup>5</sup>. Por esto mismo, resulta fundamental definir cuáles son los límites constitucionales a la libertad de expresión y aplicarlos adecuadamente. (Díez-Picazo Giménez, 2013).

## 2. LA IMPORTANCIA DE LOS LÍMITES ANTE LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS. PRINCIPALES POSTURAS DOCTRINALES

A la hora de analizar los límites de un derecho fundamental, se debe tener en cuenta la distinción entre elementos o límites externos e internos: (Aragón Reyes y Aguado Renedo, 2011, pp. 202 y ss)

- Los límites externos son aquellos que, siendo ajenos al derecho, limitan y condicionan su ejercicio. A modo de ejemplo, la acción de cortar una calle opera como elemento limitativo del derecho a la libre circulación, ya que no forma parte del propio derecho. Por lo tanto, salvo que exista una razón que lo justifique, el ciudadano podrá alegar que se está vulnerando su derecho y reclamar que se abra la calle a la circulación.

---

<sup>5</sup> Vid. STC 25/1981, de 14 de julio.

- Los elementos internos son aquellos límites que forman parte del propio derecho, y que por tanto, configuran el verdadero ámbito de ejercicio de este. Por ejemplo, la libertad de información presenta como elemento interno la veracidad de la información. Por tanto, la publicación de información no veraz no entra dentro del ámbito de protección de este derecho fundamental.

La adecuada distinción entre estos límites resulta esencial de cara a la resolución de un potencial conflicto en el ejercicio de un derecho fundamental, al tener un tratamiento distinto. Así, mientras que los elementos internos pueden limitar al derecho en cuanto forman parte del mismo, los elementos externos requieren una justificación para su existencia. (Aragón Reyes y Aguado Renedo, 2011)

De este modo, en relación con los ejemplos mencionados, si se corta una calle se debe dar una explicación razonada y fundamentada de por qué se ha hecho (v.g. se puede probar que había una manifestación). Por el contrario, si un artículo no se publica al considerarse que difunde información no veraz, y que por tanto no cumple con el límite interno de la veracidad, basta con argumentar esto para que la reclamación del autor carezca de fundamento.

Se entiende que un derecho fundamental entra en conflicto con otro derecho cuando no se pueden satisfacer ambos a la vez. De acuerdo con la jurisprudencia, la resolución de esta situación debe llevarse a cabo intentando garantizar la existencia y un disfrute simultáneo de ambos derechos, aunque esto implique el sacrificio parcial de los mismos. (Aragón Reyes y Aguado Renedo, 2011)

Volviendo al ejemplo anterior, se puede apreciar un conflicto entre el derecho de manifestación (artículo 21 CE) y el derecho de circulación (artículo 19 CE) cuando se corta al tráfico una calle para que un colectivo de ciudadanos pueda manifestarse, ya que impide que los vecinos puedan llegar a su domicilio. En virtud de lo dispuesto por la jurisprudencia, la solución reside en asegurar el disfrute simultáneo a partir del sacrificio

parcial y proporcional de ambos derechos fundamentales. Por ello, se debe cortar parte de la calle para la manifestación y dejar la parte restante abierta a la circulación.

De ser necesaria, tradicionalmente la limitación de un derecho se ha realizado de acuerdo con el principio de proporcionalidad, constituido a su vez por tres subprincipios: (Macías Jara y de Montalvo Jääskeläinen, 2018, pp. 336 y ss)

- Idoneidad: el límite debe estar justificado y ser idóneo para la consecución de un fin legítimo.
- Necesidad: no debe existir ninguna otra vía menos lesiva para los derechos implicados de cara a lograr ese fin.
- Proporcionalidad *stricto sensu*: la medida debe de ser verdaderamente proporcional, fruto de una ponderación entre el beneficio que limitar ese derecho produce para la sociedad y el perjuicio que esa limitación causa al individuo; debiendo ser, en todo caso, el beneficio para la sociedad mayor que el perjuicio para el individuo.

Sin embargo, en los últimos años la doctrina alemana ha sido muy crítica con este principio de proporcionalidad *strictu sensu*, al considerar que da una mayor importancia a los beneficios para la sociedad y le resta importancia a los perjuicios causados al individuo. Además, se le otorga a los jueces un amplio grado de discrecionalidad a la hora de interpretar los límites de los derechos fundamentales, aumentando la inseguridad jurídica y ralentizando la actividad del Tribunal Constitucional. (Macías Jara y de Montalvo Jääskeläinen, 2018, p. 339)

Ante esto, como “instrumento de control” del principio de proporcionalidad, ha comenzado a tomar fuerza el concepto de núcleo esencial de un derecho, que puede ser definido como el contenido mínimo del derecho que en todo caso debe salvaguardarse al ser la razón de ser del derecho, salvo que el conflicto determine el sacrificio total de uno de los derechos. En este sentido, un límite solo podrá ser proporcional *strictu sensu*, y por tanto válido, si garantiza el núcleo esencial del derecho. Sin embargo, el problema radica

en determinar cuál es el núcleo esencial de un derecho que debe ser salvaguardado en todo momento, y cuál es el contenido “normal” que podrá ser sujeto a límites ante conflictos con otros derechos (Macías Jara y de Montalvo Jääskeläinen, 2018, pp. 339 y ss). En relación con esto, el Tribunal Constitucional en la sentencia STC 196/1987, de 11 de diciembre establece que *“la determinación del contenido esencial [...] viene marcada en cada caso por el conjunto de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo [...]. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata [...] aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”*. (STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5)

Por último, parte de la doctrina considera que los derechos fundamentales responden a principios de unidad y armonía y que, si sus elementos internos y limitativos están claramente definidos y son respetados, no es posible que haya conflictos entre sí. Por tanto, las tensiones entre derechos fundamentales se producen cuando uno de estos se ejerce de forma extralimitada, es decir, sin respetar sus límites internos. (De Otto Pardo, 1995; Macías Jara y de Montalvo Jääskeläinen, 2018, p. 337)

### 3. LÍMITES CONSTITUCIONALES AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Una vez analizada la teoría general de los límites de los derechos fundamental, se procede a analizar la situación concreta de la libertad de expresión. Se debe diferenciar entre límites generales, comunes a todos los ciudadanos y límites específicos, que afectan a algunos sujetos en particular. (Díez-Picazo Giménez, 2013; De Montalvo Jääskeläinen, 2018, pp. 408 y ss)

Los límites generales a la libertad de expresión se encuentran en el artículo 20.4 CE, que establece que *“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”*. Además, el artículo 10.2 CEDH añade que *“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”.* Adicionalmente, la jurisprudencia ha considerado el insulto como un límite interno a la libertad de expresión, entendiéndose como insulto aquellas expresiones injuriosas y vejatorias innecesarias a la hora de realizar una crítica<sup>6</sup>. Por tanto, la libertad de expresión no garantiza un derecho al insulto. (Díez-Picazo Giménez, 2013; De Montalvo Jääskeläinen, 2018, pp. 408 y ss).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que el límite general del artículo 20.4 CE es una fórmula excesivamente genérica y tajante que, de ser interpretada literalmente, llevaría al sacrificio del derecho fundamental ante una colisión con un valor o bien jurídico constitucionalmente relevante. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha preferido aferrarse al artículo 10.2 CEDH, en virtud del cual para que la libertad de expresión pueda ser limitada deben darse las siguientes condiciones: i) que la finalidad de esta restricción sea la salvaguardia de ciertos bienes jurídicos, como por ejemplo la seguridad nacional, la defensa del orden o la protección de los derechos ajenos; ii) que este límite sea establecido por ley; iii) la restricción debe ser una medida necesaria en una sociedad democrática. En la práctica, el constante cambio en torno a la definición de las necesidades de una sociedad democrática impide el automatismo en la interpretación, y conlleva la intervención judicial para la realización de un juicio de ponderación y sacrificio proporcional de los derechos en juego. (Díez-Picazo Giménez, 2013)

Por lo que respecta a los límites específicos de la libertad de expresión, estos afectan a algunos sujetos que, debido a las funciones que desempeñan, tienen más limitada su

---

<sup>6</sup> Vid. ATC 213/2006, de 3 de julio (que inadmite a trámite el recurso de amparo promovido por Arnaldo Otegi Mondragón tras su condena por el delito de injurias graves, aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea le acabó dando la razón en la STEDH de 15 de marzo de 2011 ) y STC 56/2008, de 14 de abril.

libertad. Es el caso de los jueces, que, por ejemplo, no pueden acudir a ciertos tipos de manifestaciones para garantizar su neutralidad; o de los militares y funcionarios públicos, debido al régimen de especial jerarquización y disciplina en el que trabajan. (De Montalvo Jääskeläinen, 2018, pp. 404 y ss)

Finalmente, los conflictos más habituales en materia de libertad de expresión se producen con el derecho fundamental al honor (artículo 18.1 CE) y el derecho a la no discriminación (artículo 14 CE). Los diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto sirven como guía fundamental para la resolución de nuevos conflictos y serán analizados en siguiente punto del presente trabajo, relativo a los límites penales a esta libertad pública. (Díez-Picazo Giménez, 2013)

### **III. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CÓDIGO PENAL**

#### **1. CONTENIDO DEL CÓDIGO PENAL QUE PUEDE LIMITAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

La fuente del Derecho directa del ordenamiento penal español es el Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre y reformado, a los efectos que nos ocupan, por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo (en adelante LO 1/2015). En concreto, los títulos que recogen delitos que pueden entrar en conflicto y limitar la libertad de expresión son los siguientes: i) el Título XI, que recoge los delitos contra el honor; ii) el Título XXI, que regula los delitos contra la Constitución; iii) el Título XXII, que contiene los delitos contra el orden público.

El análisis de los delitos contenidos en estos títulos que restringen la libertad de expresión se va a estructurar en torno al concepto material de delito, entendido por el Derecho Penal como la acción típica, antijurídica, culpable y punible (Jiménez de Asúa, 2005). En concreto, el presente trabajo se centrará en las notas en cuya sede se libra el conflicto entre la libertad de expresión y el bien jurídico protegido por el delito. Este modus operandi queda resumido en el siguiente gráfico:



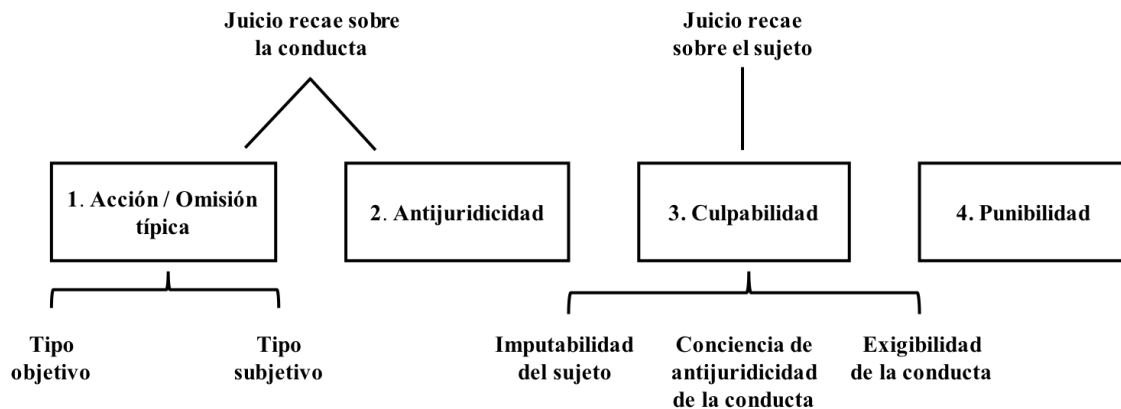


Figura 1. Elaboración propia

## 2. ANÁLISIS DEL TÍTULO XI DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL: DELITOS CONTRA EL HONOR

### 2.1 El honor como bien jurídico protegido por el Derecho Penal

Tal y como se ha mencionado *supra*, el Título XI del Libro II del Código Penal regula los delitos contra el honor, que en concreto son el delito de injurias y el delito de calumnias.

El honor está compuesto por dos vertientes distintas: una vertiente interna, en virtud de la cual el honor es aquello que poseen las personas en cuanto seres racionales, y que por tanto, conecta con la dignidad humana; y otro otro lado, una vertiente externa que identifica el honor con la reputación o la fama que se proyecta de los individuos por parte de la sociedad. (Thomás de Carranza, 2018, p. 2)

Teniendo en cuenta su definición, resulta evidente que el honor constituye un derecho fundamental, recogido en el artículo 18.1 CE. Consecuentemente, en virtud del artículo 53.2 CE, “*cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*”.

Adicionalmente, el legislador ha querido ir un paso más allá en lo relativo a la tutela del bien jurídico honor y ha tipificado las conductas más graves en los delitos de injurias y calumnias. El presente trabajo se centrará en el análisis del delito de injurias, al ser la única modalidad de los delitos contra el honor que puede operar como límite de la libertad de expresión. Así, el delito de calumnias es una modalidad agravada de la injuria recogida en los artículos 205, 206 y 207 CP, cuya acción típica consiste en *“la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”*. Por tanto, este tipo penal no tipifica opiniones o juicios de valor y consecuentemente, no puede suponer un límite a la libertad de expresión.

## **2.2 El delito de injurias**

El delito de injurias representa el tipo básico de los delitos contra el bien jurídico protegido honor. Se encuentra regulado en los artículos 208, 209 y 210 CP.

### *2.2.1 Acción típica*

En virtud del artículo 208 CP:

*“Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.*

*Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173.*

*Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.*

Por tanto, los elementos objetivos que se aprecian en el tipo penal son los siguientes:

- Acción, omisión o expresión: el tipo penal define la conducta injuriosa como una “acción o expresión”. Esto permite distinguir entre conductas injuriosas reales o por

acción y conductas injuriosas de palabra o por expresión. (De Pablo Serrano, 2018, p. 254)

Las injurias reales o por acción son aquellas en las que se emplean ciertos gestos o comportamientos que poseen un contenido ofensivo e injurioso y superan el filtro de gravedad establecido en el párrafo segundo del tipo penal, que establece que solo serán delictivas aquellas conductas que *“por su naturaleza, efectos o circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”*. Algunos ejemplos de injurias reales o por acción son aquellas bofetadas, escupitajos o cortes de mangas que invisibilizan al ofendido y le niegan el legítimo reconocimiento social del que es merecedor en virtud de su derecho fundamental al honor. (De Pablo Serrano, 2018, p. 255)

A pesar de que por lo general las injurias reales se llevan a cabo a través de una acción, nada impide que excepcionalmente se realicen mediante una omisión. La doctrina y jurisprudencia han concluido que únicamente las omisiones deshonorosas que de forma clara e inequívoca denieguen el reconocimiento social a un ciudadano legítimamente merecedor de él en virtud de su derecho fundamental al honor, constituirán una conducta típica, en cuanto poseen la suficiente carga ofensiva como para asemejar su contenido al de una acción deshonorosa. (De Pablo Serrano, 2018, p. 257)

Por otro lado, las injurias de palabra o por expresión pueden consistir en imputaciones de hecho o juicios de valor y pueden cometerse de manera tanto escrita como verbal, e incluso empleando lenguajes alternativos como las caricaturas o las alegorías. (De Pablo Serrano, 2018, p. 254)

- Lesión de la dignidad, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, valorada la gravedad desde el concepto público: la acción, omisión o expresión debe suponer una lesión de la dignidad del ofendido. El legislador considera que esto se cumple cuando hay un menoscabo a la fama o autoestima del ofendido, y cuando este es valorado como grave desde el concepto público.

De este modo, el tipo penal alude al bien jurídico protegido a través de las referencias a la fama y a la autoestima del ofendido. Existe una división doctrinal acerca del carácter normativo o fáctico de estos elementos. De Pablo considera que la fama y la autoestima son elementos normativos que asisten en la definición de los comportamientos potencialmente lesivos del honor y que, dado su carácter valorativo, deben llenarse de contenido atendiendo a las convenciones sociales y culturales del momento en cuestión. (De Pablo Serrano, 2018, pp. 258 y 259)

Con respecto a la gravedad de las injurias, tal y como se ha mencionado *supra*, solo serán delictivas aquellas que tengan la consideración de graves a la luz del “concepto público”, lo que remarca el carácter circunstancial de los ataques contra el honor. En la práctica, el juez es el que valora e interpreta si una conducta, a los ojos de la sociedad, es grave o no. (De Pablo Serrano, 2018, p. 259)

La única excepción a esta gravedad necesaria está prevista para el ámbito de la violencia doméstica en el propio tipo penal, que remite al artículo 173.4 CP<sup>7</sup>, perteneciente al Título VII, que regula las torturas y otros delitos contra la integridad moral. De acuerdo con este artículo, las injurias de carácter leve sí constituirán una conducta típica si tienen como destinatario a los sujetos establecidos en el artículo 173.2 CP<sup>8</sup> (ámbito doméstico).

---

<sup>7</sup> El artículo 173.4 CP dispone que “*quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal*”

<sup>8</sup> El artículo 173. 2 CP designa como sujetos a “*quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*”.

- Injurias consistentes en la imputación de hechos o en juicios de valor: el párrafo tercero del tipo penal alude a las injurias de palabra o por expresión y las otorga un tratamiento distinto según su objeto consista en la imputación de hechos o en juicios de valor. Así, además del requisito general de la gravedad a la luz del concepto público, el legislador establece como requisito adicional para las injurias consistentes en la imputación de hechos su realización con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia su verdad. Esto se fundamenta en que este último tipo de injurias, a diferencia de las injurias cuyo objeto es un juicio de valor, son susceptibles de ser probadas. (De Pablo Serrano, 2018, pp. 260 y 261)

Por lo que respecta a los elementos subjetivos del tipo, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria consideran que el tipo subjetivo del delito de injurias se colma con la presencia del dolo genérico, es decir, de los elementos de conocimiento y volición que implican que el sujeto sabía y quería transmitir un mensaje deshonroso (De Pablo Serrano, 2018, p. 265). De este modo, tras la reforma del Código Penal en el año 2015 desaparece la tradicional exigencia de un *animus iniuriandi* como dolo específico del delito de injurias (De Pablo Serrano, 2018, p. 266). Se descarta la posibilidad de cometer este delito en modalidad imprudente en la medida en la que la acción muestra un proceso interno del autor, merecedor de ser castigado (De Pablo Serrano, 2018, p. 265).

Además, tal y como se ha mencionado, en el párrafo tercero del tipo penal se establece como requisito adicional para las injurias consistentes en la imputación de hechos su realización con conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia su verdad. Según Roxin, esta cláusula constituye un elemento subjetivo adicional del tipo de injurias. (De Pablo Serrano, 2018, p. 282)

Por último, la doctrina se encuentra inmersa en una discusión relativa a la posibilidad de que el delito de injurias pueda darse bajo la forma de dolo eventual, y que esta forma encaje con la cláusula “*con conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia su verdad*”. La doctrina mayoritaria, liderada por Carmona y Otero, considera que hay dolo directo cuando el sujeto actúa con “*conocimiento de la falsedad*” y dolo eventual cuando lo hace con “*temerario desprecio hacia la verdad*”. No obstante, De Pablo discrepa en

que la modalidad eventual venga aludida a través de la cláusula “*temerario desprecio hacia la verdad*”, al no considerar la falsedad objetiva como un elemento del tipo objetivo de las injurias. De este modo, este autor parte de la concepción del honor y establece que el tipo subjetivo se cumple con el mero conocimiento seguro o eventual del carácter ofensivo de las expresiones y el deseo de decirlas. Por lo tanto, la lesión del honor se produce con independencia de que el hecho imputado sea cierto o verdadero, y de que su veracidad objetiva ya fuera conocida por el sujeto imputado o si lo fue después. (De Pablo Serrano, 2018, pp. 268, 274 y 275; Carmona Salgado, 2012, pp. 60 y 61).

### 2.2.2 *El conflicto entre el derecho fundamental al honor y la libertad de expresión. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

La tipificación de las injurias consistentes en juicios de valor trata de proteger el derecho fundamental al honor de su destinatario (artículo 18.1 CE), pero limita y entra en conflicto con la libertad de expresión del autor (artículo 20.a) CE). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido solucionado este conflicto haciendo uso del principio de proporcionalidad y modulando la ponderación de los derechos en juego en función de quién sea el sujeto pasivo de las opiniones. (Díez-Picazo Giménez, 2013; Carmona Salgado, 2012, pp. 59 y 60)

- Opiniones sobre personas sin relevancia pública: prima el derecho fundamental al honor frente a la libertad de expresión, puesto que no se aprecia un interés justificable para la opinión pública. (Díez-Picazo Giménez, 2013)
  
- Opiniones relativas a personas que, sin ostentar un cargo público, poseen relevancia pública o notoriedad: se reconoce la existencia de una plena libertad de expresión sobre estas personas, siempre que la expresión sea de interés para la opinión pública<sup>9</sup>. A modo de ejemplo, en la STEDH de 2 de mayo de 2000<sup>10</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) determinó que prevalecía la libertad de expresión del autor sobre el derecho al honor de un cirujano sobre el que se habían

---

<sup>9</sup> Vid. SSTC 20/1992, de 14 de febrero, 24/1992, de 14 de febrero y 112/2000, de 5 de mayo.

<sup>10</sup> Asunto Bergens Tidende y otros c. Noruega.

vertido opiniones al ser relativas a su actividad profesional y no a su vida sentimental. (Díez-Picazo Giménez, 2013)

- Opiniones sobre políticos y personajes públicos: se encuentran sometidas a un régimen especial de ponderación. Así, siguiendo la doctrina norteamericana, el Tribunal Constitucional<sup>11</sup> considera que, como consecuencia de su dimensión institucional, la libertad de expresión goza de una posición preferente que alcanza su grado máximo en relación con las opiniones sobre asuntos públicos. Por tanto, los cargos públicos tienen el especial deber de soportar la visibilidad y la crítica, y no serán protegidos con la misma amplitud que el resto de ciudadanos por sus derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen. No obstante, esto no otorga carta blanca para las opiniones relativas a lo ajeno a la relevancia pública ni al insulto, donde sí se prevalece la protección del derecho al honor. (Díez-Picazo Giménez, 2013)

A continuación, se debe determinar en qué nota del delito se analizará el conflicto entre el derecho fundamental al honor y la libertad de expresión. Autores como De Pablo consideran que el conflicto entre el bien jurídico protegido honor y la libertad de expresión debe analizarse en la tipicidad, al ser un problema de delimitación de los bienes jurídicos en juego. Sin embargo, parte de la doctrina considera que este conflicto debe analizarse en sede de antijuridicidad, donde debe determinarse si la libertad de expresión del autor opera como causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20.7 CP). (De Pablo Serrano, 2018, pp. 285 y 286)

### 2.2.3 Antijuridicidad

Además de la posible concurrencia del ejercicio legítimo de un derecho (libertad de expresión) como causa de justificación, en el delito de injurias pueden darse otras causas de justificación, aunque suelen hacerlo con una menor frecuencia. Los tribunales han admitido en casos concretos la legítima defensa, al haber considerado que se cumplían los requisitos previstos en el artículo 20.4 CP de “*agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima y falta de provocación*”

---

<sup>11</sup> Vid. STC 104/1986, de 17 de julio.

*suficiente por parte del defensor*”. Con respecto a la posibilidad de que el consentimiento opere en las injurias como causa de justificación, se debe tener en cuenta que el honor es indisponible en tanto que una persona no puede renunciar al reconocimiento social del que es merecedor. Consecuentemente, el consentimiento del sujeto ofendido no excluirá la lesión del honor, y por tanto las injurias constituirán un ilícito penal. Aún así, como las injurias son un delito privado, en la práctica el consentimiento del sujeto ofendido se traduce en la ausencia de una denuncia, y por tanto, de responsabilidad penal. (De Pablo Serrano, 2018, pp. 290 y 291)

#### 2.2.4 Punibilidad. La *exceptio veritatis* como causa de exclusión de la pena

La punibilidad supone el siguiente paso una vez se ha determinado que una conducta es típica y antijurídica, y que su autor es culpable. Esta nota implica el análisis de si el sujeto debe ser castigado o si, por razones jurídico-políticas, puede ser más beneficioso la exclusión de su pena o sanción.

En el caso particular del delito de injurias, merece la pena destacar la *exceptio veritatis* o “prueba de la verdad”. Esta se encuentra recogida en el artículo 210 CP, que dispone que “*el acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas*”.

Con respecto a su naturaleza jurídica, la *exceptio veritatis* opera como causa de exclusión de la pena. Tal y como se ha mencionado *supra*, del artículo 208 CP se desprende que la falsedad objetiva de los hechos imputados es un factor independiente a la clasificación de una conducta como típica, es decir, no es un elemento del tipo. Sin embargo, este factor entra en juego gracias a la *exceptio veritatis* en sede de la punibilidad. Por tanto, aquel que pruebe la veracidad del hecho imputado seguirá habiendo cometido un ilícito penal, pero al concurrir una causa de exclusión de la pena, no se le atribuirá una pena o sanción en vía penal (De Pablo Serrano, 2018, p. 291). Finalmente, se debe tener en cuenta que la *exceptio veritatis* solamente aplica a las injurias consistentes en imputaciones de hecho, y no a las realizadas mediante juicios de valor.



### 2.2.5 Cuestiones comunes a los delitos de injurias y calumnias

Los artículos 211 -216 CP contienen una serie de disposiciones comunes a los delitos de injurias y calumnias:

- Publicidad : El artículo 211 CP prevé una clasificación de los delitos contra el honor según se hayan llevado a cabo con publicidad o sin ella, entendiendo por publicidad la propagación del mensaje al público general “*por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante*”. El mencionado artículo establece una agravación de las injurias o calumnias hechas con publicidad, dado el mayor desvalor de la acción y la mayor lesión del bien jurídico protegido, teniendo en cuenta el mayor riesgo que supone la conducta para el honor de la víctima. (De Pablo Serrano, 2018, pp. 326 y 327)
  
- La agravante del precio, recompensa o promesa: el artículo 213 CP establece que cuando los delitos de injurias hayan sido cometidos mediante precio, recompensa o promesa, se deberá añadir a la pena básica de estos delitos de entre seis meses a dos años de inhabilitación especial para empleo o cargo público o para profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, previstas en los artículos 42 y 45 CP respectivamente. El fundamento principal de esta agravación es la vileza del móvil. En cuanto a su aplicación, la doctrina ha apelado a una interpretación restrictiva con ánimo de que entre en juego únicamente para profesiones relacionadas con el delito cometido, en este caso, los medios de comunicación. (De Pablo Serrano, 2018, p. 332)
  
- Retractación: el artículo 214 CP prevé la atenuante de la retractación, que únicamente será aplicable a las calumnias y a aquellas injurias consistentes en la imputación de hechos. Por tanto, no cabe la retractación en los juicios de valor injuriosos. (De Pablo Serrano, 2018, p. 333)
  
- Responsabilidad civil: Los artículos 212 CP y 216 prevén para los delitos de injurias y calumnias con publicidad que “*será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la*

*calumnia o injuria*”. De este modo, el mencionado artículo establece un régimen de responsabilidad civil solidaria para la persona física o jurídica que haya difundido esa conducta delictiva, con ánimo de proteger a la víctima y garantizar que pueda cobrar las indemnizaciones correspondiente. Con respecto al contenido de esta responsabilidad civil, este se determina con arreglo de los criterios de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. De modo ilustrativo, merece la pena destacar la importancia, tal y como resalta el artículo 9.3 de la mencionada ley, de “*las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida*” en el cálculo de la indemnización a realizar por el medio de difusión. Además, en virtud del artículo 216 CP, la reparación del daño causado también implica, una vez oídas las partes, una publicación y divulgación de la sentencia condenatoria por parte del condenado, en el momento y en la forma que le indique el Juez o Tribunal. (De Pablo Serrano, 2018, pp. 328-331)

- Perseguibilidad: En virtud del artículo 215.1 y 215.2 CP, los delitos de injuria y calumnia son delitos privados, perseguibles a instancia de parte mediante presentación de querrela por la víctima o su representante legal. Como excepción, se procederá de oficio a iniciar el procedimiento penal en aquellas ofensas dirigidas contra un “*funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo*”. (De Pablo Serrano, 2018, pp. 335 y 336)
- Perdón del ofendido: Según lo establecido por el artículo 215.3 CP, el perdón expreso de la víctima, oído por juez o tribunal antes de dictar sentencia, lleva a la extinción de la responsabilidad penal. Aún así, la doctrina aboga por una mayor consideración por las partes implicadas de lo que conlleva el inicio y desarrollo de un proceso penal, ya que la concesión del perdón antes de este proceso agilizaría la justicia y reduciría costes. (De Pablo Serrano, 2018, p. 337)

#### 2.2.6 Modalidades especiales del delito de injurias

Adicionalmente, cabe señalar las modalidades especiales que existen del delito de injurias, que se caracterizan por tener un mayor desvalor de la acción dado el sujeto al que van destinadas. Estas serán de aplicación preferente en virtud del principio de especialidad.

- Injurias en el ámbito doméstico: el párrafo segundo del artículo 208 CP alude al delito semipúblico previsto en el artículo 173.4 CP, perteneciente al Título VII, que regula las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Como se ha mencionado *supra*, este artículo tipifica las injurias leves en el ámbito doméstico. Por lo tanto, la cercanía y vulnerabilidad de la víctima justifica esta excepción a la regla general por la que las injurias leves no son conductas típicas.
- Injurias contra la Corona: se encuentran reguladas en el Capítulo II del Título XXI del Código penal, que regula los delitos contra la Corona. En concreto, el artículo 490.3 CP establece que *“el que calumniare o injuriare al Rey o Reina a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son”*. Adicionalmente, el artículo 491 CP dispone que *“las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses”*. En este caso el mayor desvalor de la acción se fundamenta en que va destinada a una figura de la Corona, institución española merecedora de especial respeto dado su papel en España. No obstante, varios partidos políticos niegan esta “posición privilegiada” de la Corona y recientemente han pedido la despenalización este precepto penal<sup>12</sup>.
- Injurias contra las Cortes Generales o la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma: son recogidas por la Sección I del Capítulo III del Título XXI, que regula

---

<sup>12</sup> Vid. Proposición de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para despenalizar las injurias a la Corona y los ultrajes a España (622/000015), presentada por el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Euskal Herria Bildu.

los delitos contra las Instituciones del Estado. En particular, el artículo 496 CP establece que *“el que injuriare gravemente a las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, hallándose en sesión, o a alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses. El imputado de las injurias descritas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas en el artículo 210”*. De este modo, el precepto penal penaliza las injurias graves contra los mencionados órganos parlamentarios, posibilitando la *exceptio veritatis* como causa de exclusión de la pena. En realidad, agrava la pena que correspondería en virtud del tipo básico del 208 CP dado que atentan contra una institución constitucional merecedora de especial protección.

- Injurias contra otras Instituciones del Estado: en virtud del artículo 504.1 CP, también perteneciente al Título XXI del Código Penal, *“incurrirán en la pena de multa de doce a dieciocho meses los que calumnien, injurien o amenacen gravemente al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma”*. Además, el artículo 504.2 CP añade que *“los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, serán castigados con la pena de multa de doce a dieciocho meses”*. Al igual que en el caso anterior, estos dos preceptos suponen una agravación de la pena prevista en la modalidad básica del delito de injurias al ir dirigidas contra las mencionadas instituciones constitucionales.

### 2.2.7 La evolución en la comisión del delito de injurias en España

A continuación se muestra una información que parece indicar como, en la práctica, la tipificación de las injurias como protección al derecho al honor y límite a la libertad de expresión fue conveniente para la realidad social española.

La tabla de la derecha recoge el número de delitos (totales y de injurias) cometidos en España entre los años 2015 y 2018 según el Instituto Nacional de Estadística.

Número de delitos cometidos en España				
	2015	2016	2017	2018
<b>Delitos totales</b>	288.756	365.202	394.301	406.327
<b>Delitos de injurias</b>	272	808	843	694

Figura 2. Fuente: Instituto Nacional de Estadística

Aunque el número de delitos de injurias supone un peso pequeño sobre la cifra de delitos totales, no debe olvidarse que estos datos se corresponden con el número de condenas. Es muy probable que el número de demandas fuese mucho mayor, y que muchas de estas acabasen sin conllevar consecuencias penales por no cumplirse las cuatro notas mencionadas *supra*.

Por lo que respecta a la evolución, el gráfico de la derecha muestra como las condenas por el delito de injurias han aumentado de forma alarmante en los últimos años. Tras haber llegado al máximo en el año 2017 con 843 casos, disminuyó en 2018 a 694 casos, pero esta cifra sigue siendo mucho mayor que los 272 casos que se produjeron en 2015.

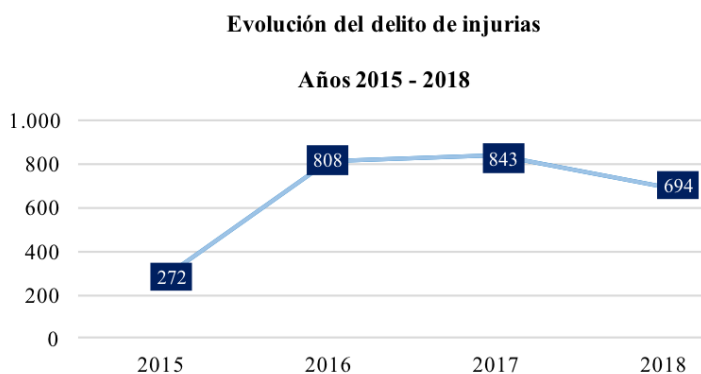


Figura 3. Fuente: Instituto Nacional de Estadística

Este aumento obedece, entre otras razones, al desarrollo tecnológico y digital que ha permitido la aparición de un nuevo escenario virtual desde donde los usuarios pueden realizar las injurias escondidos en el anonimato (García García, 2016, p. 40)

### 3. ANÁLISIS DEL TÍTULO XXI DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL: DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN

#### 3.1 La Constitución como bien jurídico protegido por el Derecho Penal

El Título XXI del Libro II del Código Penal recoge los delitos contra la Constitución. Estos delitos tipifican aquellas conductas que atentan gravemente contra la “Carta Magna” y su contenido. El fundamento de su regulación por el Derecho Penal reside en que la Constitución, en cuanto norma fundamental del Estado, es merecedora de la máxima tutela posible. Así, el bien jurídico protegido es la defensa de la Constitución, tanto en su parte orgánica como en la dogmática. (Wolters Kluwer, 2020)

El Título XXI consta de seis capítulos que abordan distintos bloques de relevancia constitucional. A continuación se procede con el análisis de los delitos que pueden limitar la libertad de expresión, contenidos en los siguientes capítulos: i) Capítulo II, que recoge los delitos contra la Corona; ii) Capítulo III, que contiene los delitos contra las instituciones del Estado y la división de poder; iii) Capítulo IV, que regula los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas; iv) Capítulo VI, que tipifica los ultrajes a España .

### **3.2 Modalidades especiales de delitos contra el honor**

Tal y como se ha comentado en el análisis del delito de injurias, además de la modalidad común recogida en el artículo 208 CP existen una serie de modalidades adicionales, tres de las cuales se encuentran en el Título XXI en cuanto protegen a instituciones merecedoras de una tutela especial dada su relevancia constitucional y su vinculación con el Estado español: i) las injurias contra la Corona (artículos 490.3 y 491 CP); ii) las injurias contra las Cortes Generales o la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma (artículo 496 CP); iii) las injurias contra otras Instituciones del Estado (artículo 504.1 CP).

### **3.3 El delito de incitación al odio**

El delito de incitación al odio forma parte de la Sección 1ª del Capítulo IV del Título XXI, que regula los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución.

Este delito tiene su raíz en el “hate crime” del derecho anglosajón, y fue definido por el Consejo Ministerial de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (en

adelante OSCE) celebrado en Maastricht en 2001 como “*cualquier infracción penal motivada por la intolerancia, esto es, cualquier infracción penalmente relevante realizada contra personas, colectivos sociales y bienes, cuando la víctima, las instalaciones o el objetivo de su acción hayan sido seleccionados por prejuicios o animadversión social, por su condición, conexión, filiación, pertenencia o relación con un grupo social definido por su origen nacional, étnico o racial, su idioma, color, religión, género, edad, discapacidad mental o física, orientación sexual, personas sin hogar, enfermedad o cualquier otro factor heteróforo*”. (OSCE, 2003)

La jurisprudencia y doctrina mayoritaria consideran que el bien jurídico protegido es el derecho a la no discriminación recogido en el artículo 14 CE, tanto en su dimensión individual como colectiva. Esto es así ya que el delito de odio, basado en la intolerancia y la hostilidad, genera un profundo impacto no solo sobre la víctima inmediata sino también sobre el grupo o comunidad con la que esta se identifica, al generar un sentimiento de miedo y temor. (Dolz Lago, 2016; Cobo del Rosal, 2016, p. 1285)

Tras la reforma del Código Penal a través de la LO 1/2015, todas las formas de incitación al odio, violencia u hostilidad por motivos discriminatorios se encuentran tipificadas de manera unitaria en los artículos 510 y 510 bis CP.

### *3.3.1 Acción típica*

En primer lugar, a la hora de analizar los elementos objetivos del tipo penal es importante tener en cuenta que la nueva redacción del artículo 510 CP define dos grandes categorías de comportamientos: i) los “tipos básicos”, que son aquellos que tipifican acciones que promuevan la incitación al odio o violencia contra determinadas personas o grupos por razones discriminatorias y prevén una penas más elevadas; ii) los “tipos atenuados”, que penalizan aquellas conductas que, con un trasfondo discriminatorio, humillen o menosprecien a personas de los colectivos vulnerables, o enaltezcan o justifiquen delitos cometidos contra las personas integrantes de estos colectivos. (Stefanova Stefanova, 2017)

Los tipos básicos son aquellos del artículo 510.1 CP, y conllevan la pena de prisión de uno a cuatro años y la multa de seis a doce meses:

- Artículo 510.1 a) CP: *“Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”*.

Tal y como se aprecia en el precepto, la conducta típica es aquella que fomenta, promueve o incita de forma directa o indirecta los comportamientos descritos. Tras una insistente pero no unánime reclamación por parte de la doctrina, la LO 1/2015 introdujo la penalización de las conductas de odio indirectas, siendo esto un gran avance en la protección de las víctimas. (Gascón Cuenca, 2015, pp.73 y ss ; Rodríguez Ferrández 2014, pp.177 y ss)

- Artículo 510.1 b) CP: *“Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”*.

Este precepto supone un adelantamiento de la barrera de protección en cuanto amplía las conductas de provocación establecidas en el apartado anterior y penaliza actos



preparatorios como la posesión de material idóneo para fomentar la discriminación siempre que haya un propósito de distribuirlo.

- Artículo 510.1.c) CP: *“Quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”*.

Este apartado tipifica los comportamientos antes previstos en el ya derogado artículo 607.2 CP. El legislador amplía los comportamientos sancionados a los cometidos en contra de la comunidad internacional, como por ejemplo los de lesa humanidad. La conducta típica consiste en la pública negación, trivialización grave o enaltecimiento de estos crímenes o de sus autores, siempre que promueva un clima de violencia u hostilidad contra el grupo discriminado<sup>13</sup>.

Por otro lado, los tipos atenuados están recogidos en el artículo 510.2 CP y tienen aparejada una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses. Sin embargo, este apartado prevé la agravación de estos tipos atenuados y su consecuente castigo conforme a las penas de los tipos básicos cuando hayan sido idóneos para crear un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia contra alguno de los grupos vulnerables. (Gascón Cuenca, 2015, p.82; Roig Torres, 2015, p.1263)

- Artículo 510.2.a): *“Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que*

---

<sup>13</sup> El nuevo artículo 510 tiene en cuenta los postulados de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que declaró inconstitucional la tipificación de la mera negación del genocidio recogida en el antiguo artículo 607.2 CP.

*se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos”.*

Este precepto supone un tipo atenuado de las conductas enumeradas en los artículos 510.1 a) y b) CP, en cuanto castiga aquellos comportamientos que no reúnen todas las características para incitar a la hostilidad, discriminación o violencia, pero que sí son idóneos para lesionar la dignidad de las víctimas.

- Artículo 510.2.b): *“Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución”.*

De este modo, este tipo atenuado tiene como objetivo castigar el enaltecimiento o la justificación de cualquier delito cometido contra los grupos vulnerables o individuos de los mismos a través de un medio de expresión pública o de difusión.

Por último, considerando el tipo subjetivo, la mayoría de la doctrina considera que en el delito de odio únicamente cabe el dolo directo, es decir, el conocimiento y la voluntad

con respecto a los elementos que componen la conducta típica. Este tipo de dolo debe deducirse a través de un juicio de inferencia de la conducta exteriorizada. (Orts Berenguer y González Cussac, 2016, pp. 295-302)

### 3.3.2 *El discurso del odio y la libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las indicaciones de la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado*

La Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal recoge una serie de sentencias clave para esclarecer en sede de tipicidad cuando el delito de odio opera como límite de la libertad de expresión.

En primer lugar, la STC 235/2007, de 7 de noviembre recuerda que la libertad de expresión no es un “derecho absoluto”. De hecho, los artículos 10 CEDH y 20.4 CE prevén la posibilidad de establecer límites para poder proteger derechos ajenos, como por ejemplo, la no discriminación. En este sentido, el TEDH<sup>14</sup> ha venido considerando que la libertad de expresión no puede dar cobertura al discurso de odio. (Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado)

La STC 112/2016, de 20 de junio se alinea con la postura europea al apreciar la incompatibilidad radical entre la libertad de expresión y el discurso de odio. Ante un conflicto, la especial consideración de la libertad de expresión como elemento esencial de la convivencia democrática obliga a realizar en cada caso concreto una adecuada ponderación que elimine cualquier “*riesgo de hacer del Derecho Penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático*”. Además, “*el principio favor libertatis debe jugar, necesariamente, en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la sociedad*”

---

<sup>14</sup> Vid SSTEDH de 8 de julio de 1999, de 4 de diciembre de 2003 y de 6 de julio de 2006.

*democrática*”. (STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 2 y 4 ; Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado)

Por último, la STS 646/2018, de 14 de diciembre facilita este juicio de ponderación al especificar los elementos que indican la existencia de discurso de odio: *“La necesaria ponderación de los valores en juego, libertad de expresión y agresión a través de expresiones generadores de un odio, ha de realizarse a partir de la constatación de los siguientes elementos: a) en primer lugar, el autor debe seleccionar a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma, exigencia que también juega respecto de las víctimas de delitos terroristas. b) en segundo lugar, la conducta no sólo atemoriza a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza. c) las expresiones realizadas deben agredir, también, a las normas básicas de convivencia basadas en el respeto y la tolerancia, de manera que toda la sociedad se vea concernida por la expresión de las ideas que contrarían abiertamente los mensajes de tolerancia que el ordenamiento jurídico, como instrumento de control social, expone a la ciudadanía que los hace propios, lo que permitiría excluir de la consideración aquellas opiniones sobre personas de notoriedad pública por su actuación y sometidas a cuestionamiento ciudadano. d) además, debe tratarse de mensajes que merezcan una calificación de graves y serios para la incitación a la comisión de actos terroristas (artículo 579 CP), o la generación del sentimiento de odio, aptitud y seriedad para conformar un sentimiento lesivo a la dignidad. e) el ánimo que persigue el autor es el de agredir, lo que permitiría excluir las manifestaciones pretendidamente hilarantes y las que se efectúan desde la venganza puntual, desprovistas de la necesaria medida”*. (STS 646/2018, de 14 de diciembre; Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado)

### 3.3.3 Antijuridicidad

La antijuridicidad implica el análisis de si la conducta típica es también contraria al ordenamiento jurídico. Teniendo en cuenta que los discursos de odio atacan al derecho fundamental a la no discriminación de las víctimas, resulta difícil encontrar una causa de

justificación que pueda ser aplicable. En lo relativo a la apreciación del ejercicio legítimo del derecho de libertad de expresión como causa de justificación, se debe tener en cuenta que este conflicto ya ha sido resuelto en sede de tipicidad.

#### 3.3.4 *Agravantes específicas*

El tipo penal analizado *supra* recoge una serie de agravantes que endurecen las penas:

- Artículo 510.3 CP: *“Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”*.

Esta agravación de la pena se fundamenta en que el uso del internet o de las redes sociales aumentan significativamente el alcance del mensaje transmitido con la conducta discriminatoria, y consecuentemente, elevan las posibilidades de que se materialice el clima de odio hacia las víctimas. (Gascón Cuenca, 2015, p. 83; Roig Torres, 2015, pp. 1263 y ss ; Valls Prieto, 2015, p. 870)

- Artículo 510.4 CP: Este apartado prevé la imposición de la pena en su mitad superior cuando *“los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo”*.
- Artículo 510.5 CP: *“En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.”*

En virtud de este apartado, se puede imponer la inhabilitación especial a los culpables de estos delitos para ejercer determinadas profesiones u oficios que podrían ser utilizados para infundir ideas discriminatorias o racistas en menores de edad. (Gascón Cuenca, 2015, p. 73)

### *3.3.5 Destrucción y retirada de los soportes del delito de odio*

En virtud de lo dispuesto por el artículo 510. 6 CP, *“el juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”*.

Este precepto aborda la necesidad de destruir aquellos materiales que contengan un mensaje de odio para luchar contra la propagación de un clima de hostilidad hacia la víctima y comunidad afectada. Parte de la doctrina ha cuestionado la existencia de esta “necesidad de destrucción”, en relación con aquellas obras históricas que, desde la perspectiva actual, recogen mensajes de odio (v.gr Mein Kampf).

## **3.4 El delito de ultrajes a España**

El Código Penal regula los ultrajes a la nación, su unidad o sus símbolos en el artículo 543 CP de Capítulo VI del Título XXI del Código Penal. El bien jurídico de este delito es la protección del interés general del Estado en la sumisión a la Constitución, a las leyes, a las autoridades legítimas y el mantenimiento de la paz pública. Por tanto, trata de proteger la organización democrática del Estado. (Wolters Kluwer, 2020)

### *3.4.1 Acción típica*

El artículo 543 CP dispone que *“las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses”*.

Atendiendo a los elementos objetivos del tipo penal, se entiende que la acción típica consiste en “ofender o ultrajar”, y es definida por la doctrina mayoritaria como *“ajar, injuriar o despreciar a través de palabras, escritos o hechos, mediante publicidad, a la nación española, sus comunidades autónomas, o los símbolos o emblemas de una u otras”* (Wolters Kluwer, 2020). La publicidad es un elemento objetivo del tipo y se entiende que este concurre cuando se exterioriza la acción ofensiva ante una concurrencia de personas más o menos numerosas (Iberley, 2019). El objeto de tal ofensa debe ser España, sus comunidades autónomas, o los símbolos o emblemas de una u otras, tales como banderas, escudos o himnos nacionales<sup>15</sup>.

En lo relativo al elemento subjetivo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha determinado que únicamente cabe la conducta dolosa, y ha exigido la presencia de un dolo específico de ultrajar a la nación española. Por tanto, serán impunes todas aquellas conductas en las que el autor actúe con un propósito distinto al de ofender, como por ejemplo el de criticar. (Wolters Kluwer, 2020)

En la práctica, le corresponde a los jueces la difícil tarea de interpretar y determinar la existencia del dolo de ultrajar. El Tribunal Supremo ha venido considerando típica toda aquella conducta infamante y vejatoria, que ofende a todos los españoles que respetan y hacen suyos los símbolos de la nación (Iberley, 2019). A modo de ejemplo, la jurisprudencia clasificó como ultrajes aquellas conductas consistentes en arrancar y prender fuego a la bandera nacional que colgaba de los balcones de un Ayuntamiento<sup>16</sup>, o en realizar manifestaciones con un megáfono durante la ceremonia solemne de izada de

---

<sup>15</sup> Su uso está regulado en las siguientes leyes: i) Ley 39/1981 de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas; ii) la Ley 33/1981, de 5 de octubre, del escudo de España; iii) Real Decreto 1560/1997, de 10 de octubre, por el que se regula el himno nacional.

<sup>16</sup> Vid. STS 994/1990, de 7 de febrero de 1990.

bandera nacional con interpretación del himno nacional y guardia militar en el recinto militar<sup>17</sup>.

Por el contrario, la SAN 14/2018, de 4 de mayo absolvió del delito de ultraje a España a quien promovió a través de las redes sociales la pitada al himno nacional en la final de la Copa del Rey en mayo de 2015, al entender que el sujeto actuó amparado en su libertad de expresión, y que no había ánimo de ultrajar, sino libertad de crítica. Esto encaja con la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ha posicionado a favor de la libertad de expresión y ha recordado que *“la libertad de expresión no solo existe para ideas inofensivas, sino especialmente para aquellas opiniones o acciones que puedan generar escándalo, conmoción o preocupación”* (Sentencia del TEDH de 13 de marzo de 2018).

De hecho, parte de la doctrina se ha posicionado a favor de la derogación de este delito al considerar que *“la tipificación actual del delito de ultrajes resulta a todas luces innecesaria y entra en franca contradicción con el derecho a la libertad de expresión”*<sup>18</sup>. (Rebollo Vargas, 2014)

En definitiva, a la hora de interpretar si verdaderamente se da la conducta típica del delito de ultrajes, parece que en aquellos casos dudosos los jueces suelen apreciar un dolo de crítica, amparado por la libertad de expresión, en vez de un dolo de ultrajar. Esto explica por qué, partiendo del elevado número de aparentes “ataques a la nación” de los últimos tres años, únicamente doce hayan sido considerados delitos de ultrajes de acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística.

### 3.4.2 Antijuridicidad

En sede de antijuridicidad se analiza si la conducta típica es también contraria al ordenamiento jurídico. La presencia del dolo específico de ultrajar que requiere el tipo subjetivo denota que la conducta, además de típica, es antijurídica.

---

<sup>17</sup> Vid. SAP A Coruña, 77/2018, de 8 de febrero.

<sup>18</sup> Vid. Proposición de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para despenalizar las injurias a la Corona y los ultrajes a España (622/000015), presentada por el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Euskal Herria Bildu.



Se debe recordar que el conflicto entre el delito de ultrajes y la libertad de expresión se libra, tal y como se ha mencionado, en sede de tipicidad. De este modo, si se considera que se actuó amparado en la libertad de expresión, no habrá dolo específico de ultrajar, y por tanto, no habrá acción típica. Por el contrario, si se considera que ha habido dolo de ofender, no podrá alegarse el ejercicio legítimo del derecho de libertad de expresión como causa de justificación, ya que esta no ampara el insulto.

#### 4. ANÁLISIS DEL TÍTULO XXII DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL: DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

##### **4.1 El orden público como bien jurídico protegido por el Derecho Penal**

Los delitos contra el orden público son aquellos que castigan un amplio abanico de conductas que tienen la finalidad de alterar el orden público, entendido como la paz y la tranquilidad en las manifestaciones externas de la convivencia colectiva. En virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, esta protección al bien jurídico orden público se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, y en la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas. (Wolters Kluwer, 2020)

Los delitos contra el orden público se encuentran regulados en los artículos 544 a 580 del Código Penal, pertenecientes a su vez al Título XXII del Libro II del Código Penal. Se deben tener en cuenta las modificaciones introducidas por la LO 1/2015 y la Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (en adelante, LO 2/2015).

Teniendo en cuenta el objetivo del presente trabajo, a continuación se analiza el delito de enaltecimiento del terrorismo recogido en el artículo 578 CP, al suponer un límite para el ejercicio de la libertad de expresión.

## 4.2 El delito de enaltecimiento del terrorismo

El delito de enaltecimiento del terrorismo se incorpora como delito autónomo tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo (en adelante LO 7/2000), con el objetivo político criminal de luchar contra los frecuentes actos de exaltación y enaltecimiento a la organización terrorista ETA, como por ejemplo los homenajes a terroristas fallecidos, las dedicatorias de calles y plazas a miembros de organizaciones terroristas o los comentarios en redes sociales a favor del terrorismo. En la actualidad se encuentra recogido en el artículo 578 CP<sup>19</sup>, tras ser modificado por la LO 2/2015. (Ladrón de Guevara, 2019)

El Tribunal Supremo aprecia un bien jurídico protegido doble: i) la persecución del “discurso del odio” que no está amparado por el derecho a la libertad de expresión o la libertad ideológica en cuanto el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos para la comunidad que lo sufre y genera un sentimiento de “perplejidad e indignación” en la sociedad; ii) el honor y dignidad de las víctimas y sus familiares. (Wolters Kluwer, 2020)

### 4.2.1 Acción típica

El artículo 578 CP tipifica dos conductas diferenciadas, pero con el terrorismo como denominador común:

- 578.1 CP: “*Enaltecimiento o justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572-577 o de quienes hayan participado en su ejecución*”. El legislador recoge en un tipo específico la apología del artículo 18 CP y adelanta la barrera de protección. La jurisprudencia<sup>20</sup> ha recalado la exigencia de que la conducta sea pública, debiéndose interpretar esta expresión literalmente.

---

<sup>19</sup> Pertenece a la Sección 2ª del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, por la que se regulan los delitos de terrorismo.

<sup>20</sup> Vid. SAN 4/2018, de 10 de julio.

- 578.1 CP: *“Realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”*.

Tal y como se desprende del tenor del precepto, se está ante un delito de actividad, ya que en ninguna de sus modalidades cabe la comisión por omisión y ni es necesario la producción de un resultado para entenderlo consumado (ATS 5472/2002, de 14 de junio de 2002).

La pena prevista para ambas modalidades es la de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. Además, el artículo 578.1 CP recoge la facultad del juez de imponer alguna de las prohibiciones previstas en el artículo 57 C, que a su vez remite al 48 CP, consistentes en *“la privación del derecho a residir en determinados lugares y la prohibición de aproximación y/o comunicación con la víctima, familiar o personas que se determine a través de cualquier medio”*.

Por otro lado, en lo relativo al tipo subjetivo, se debe incidir en el cambio en la línea jurisprudencial tradicional que se produce a partir de la STC 112/2016, de 20 de junio, el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo y la transposición de la Directiva UE 2017/541, relativa a la lucha contra el terrorismo.

En virtud de estos textos, se pasa de exigir un dolo genérico a requerir un dolo específico centrado en la intencionalidad del sujeto pasivo de enaltecer a los autores del terrorismo o humillar a las víctimas de estos. Adicionalmente, a este requisito se suma la exigencia de que las acciones llevadas a cabo supongan objetivamente una situación de riesgo para las personas, derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. (STC 112/2016; Ladrón de Guevara, 2019)

Este mayor nivel de exigencia se fundamenta en el límite que supone este delito para la libertad de expresión del autor. Hasta entonces, la jurisprudencia siempre había venido apostando por adoptar una postura garantista respecto de la libertad de expresión, siendo muy delgada la línea entre lo típico y lo atípico. La nueva postura doctrinal trata de

esclarecer este asunto recalcando el carácter fundamental y preeminente de la libertad de expresión, que podrá ser limitada por el delito de terrorismo únicamente cuando incite a la violencia y constituya una verdadera situación de riesgo. Por ello, tanto la jurisprudencia como el legislador han considerado que cabe la limitación de esta libertad pública en aras de la protección y prevención de cualquier forma de expresión que propague o justifique el odio basado en la intolerancia y que, consecuentemente, suponga un riesgo para la sociedad democrática. Además, de todo esto se desprende que este juicio deberá ser realizado en sede de tipicidad, y no antijuridicidad. (Ladrón de Guevara, 2019) La sentencia del Tribunal Constitucional<sup>21</sup> mencionada *supra* resume lo comentado en los anteriores párrafos: *“Ciertamente, el legislador español es autónomo a la hora de tipificar conductas; pero el análisis de la normativa convencional del Consejo de Europa (que determina conforme la propia jurisprudencia del TEDH el alcance de los derechos reconocidos en el CEDH) y de la Unión Europea, proyectados sobre la conducta tipificada en el art. 578, a la luz de la jurisprudencia constitucional, muestran que resulta una ilegítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores, la condena por esta norma, cuando ni siquiera de manera indirecta, las manifestaciones enjuiciadas, supongan una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades; resulta exigible como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, que previamente a la imposición de una condena por el art. 578 CP, se pondere en la resolución judicial, si la conducta desarrollada por el acusado, integra una manifestación del discurso del odio, que incita a la violencia”*. (STC 112/2016, FJ 4, in fine).

---

<sup>21</sup> La STC 112/2016, de 20 de junio, resuelve sobre el recurso de amparo promovido por el tuitero Arkaitz Terrón ante una supuesta vulneración de su libertad de expresión (artículo 20.a) CE) e ideológica (artículo 16 CE) tras su condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo por la realización de chistes relativos al difunto político Carrero Blanco. Tal y como recoge la ficha técnica de la Sentencia, se deniega el recurso de amparo al considerar *“que la conducta del demandante de amparo fue incitadora del odio e instigadora de la violencia, pues aprecia en su discurso un nacionalismo agresivo que, para un espectador objetivo, representa un peligro cierto de generar un clima proclive a acciones terroristas. Por ello, la Sentencia concluye que la sanción penal impuesta no vulnera el derecho a la libertad de expresión, toda vez que la referida incitación a la violencia justifica que se compriman los márgenes del legítimo ejercicio del derecho fundamental invocado”*. (STC 112/2016)

Por último, se debe añadir que el mayor nivel de exigencia en la nota de la tipicidad ha complicado la persecución penal de la conducta y ha hecho más eficientes las vías administrativa<sup>22</sup> y penitenciaria<sup>23</sup> (Ladrón Guevara, 2019).

#### 4.2.2 *Antijuridicidad*

De acuerdo con la jurisprudencia y normativa comunitaria mencionada *supra*, el conflicto entre el presente delito y la libertad de expresión se libra en sede de la tipicidad. La presencia del dolo específico de carácter intencional que requiere el tipo subjetivo implica que, como regla general, la conducta además de típica, también es antijurídica.

#### 4.2.3 *Agravantes específicas*

Finalmente, dada la entidad del bien jurídico protegido y la gravedad de los hechos, el legislador no ha previsto la exclusión de las penas para el delito analizado. De hecho, el propio tipo penal prevé circunstancias agravantes y medidas judiciales:

- Artículo 578.2 CP: se aplicará la pena en su mitad superior cuando la difusión de los hechos se haya realizado a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.
  
- Artículo 578.3 CP: se impondrá la pena en su mitad superior, pudiendo elevarse hasta la superior en grado, cuando los hechos sean idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o terror.

---

<sup>22</sup> Vid. Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo y la Ley 4/2008, de 19 de junio, de reconocimiento y reparación a las víctimas del terrorismo aprobada por el Parlamento Vasco.

<sup>23</sup> En este sentido, el Juez central de vigilancia penitenciaria es competente para prohibir la participación en actos de homenaje o la realización de pronunciamientos públicos relacionados con el terrorismo a aquellos que soliciten la concesión de la libertad condicional o de la libertad vigilada por mal estado de salud.

#### 4.2.4 Destrucción de contenidos ilícitos y otras medidas judiciales

Finalmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 578.4 CP, “*el juez acordará de manera preceptiva en sentencia o cautelarmente la destrucción, borrado, inutilización o retirada de los contenidos de los medios tecnológicos en los que se hubieran perpetrado los hechos. Además, se prevén una serie de supuestos en los que, si los hechos han sido cometidos a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet, el juez podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento la retirada de contenidos ilícitos, la supresión de los enlaces por parte de los motores de búsqueda y el bloqueo al acceso a este contenido ilícito por parte de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas*”.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

1. El Estado español es un Estado social y democrático de Derecho cuya soberanía reside en el pueblo español<sup>24</sup>. Su formación es la consecuencia de un pacto social con los ciudadanos que tiene como objetivo garantizar el reconocimiento y la protección de una serie de derechos fundamentales y libertades públicas inherentes a todos los seres humanos, y por tanto, universales e inviolables. No obstante, esta inviolabilidad se ve desafiada cuando se produce un conflicto entre dos derechos fundamentales que no pueden ser disfrutados simultáneamente y, consecuentemente, deben ser limitados.

Para la resolución de estos conflictos los Tribunales suelen emplear el principio de proporcionalidad, basado en el análisis para cada caso concreto de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad *strictu sensu* del límite. A pesar de que la superación de estos tres subprincipios garantizan la “razonabilidad” del límite, es innegable que la resolución de estos conflictos por los Tribunales denota, tal y como alega parte de la doctrina, cierta inseguridad jurídica. Ante esto, considero que una definición más clara y precisa de los límites internos de cada derecho fundamental o libertad pública podría solucionar en gran medida este problema, ya que: i) ayudaría a concretar mejor qué conductas estarían amparadas bajo cada

---

<sup>24</sup> Vid. Artículos 1 y 2 CE.

derecho fundamental y libertad pública; ii) Reduciría el número de conflictos entre derechos fundamentales y libertades públicas; iii) Disminuiría la discrecionalidad de los jueces, que se limitarían a aplicar estas pautas más concretas a cada caso concreto. En concreto, esta delimitación se realizaría a través de una ley de desarrollo para cada derecho fundamental o libertad pública reconocida en la CE.

2. La libertad de expresión está recogida en los artículos 20 CE, 10 CEDH y 11 CDFUE y presenta una doble dimensión: i) una dimensión subjetiva, en cuanto que la exteriorización de una opinión contribuye al desarrollo de la personalidad de cada individuo; ii) una dimensión institucional, en la medida en la que juega un papel esencial en la democracia y fomenta la existencia de una opinión pública.

En la práctica, el uso diario de esta libertad por cada ciudadano a menudo genera tensiones con los derechos fundamentales de otros individuos. En este sentido, existen una serie de límites constitucionales y penales a la libertad de expresión: i) los límites constitucionales se encuentran detallados en el artículo 20.4 CE (de forma muy vaga) y en el artículo 10.2 CEDH, donde se prevé la limitación de esta libertad siempre que se cumplan una serie de condiciones, entre las que destaca la “necesidad” de la medida para la sociedad democrática, concepto sujeto a cambio que obliga a una intervención judicial caso por caso; ii) los límites penales son el delito de injurias, el delito de incitación al odio, el delito de ultrajes a España y el delito de enaltecimiento del terrorismo.

A mi parecer, los límites constitucionales han sido definidos de forma laxa, y resulta difícil su aplicación (postura *favor libertatis* del legislador). Aunque es evidente el papel esencial que juega la libertad de expresión en la democracia, considero que el ámbito de protección que debe tener esta libertad pública es el que se deduce de su doble dimensión. En otras palabras, el ejercicio de la libertad de expresión debe consistir en la formulación de juicios de valor que contribuyen al desarrollo de la personalidad o a la creación de una opinión pública. Todo lo

que quede fuera de este ámbito no debe quedar tutelado por esta libertad en cuanto no se observa un bien jurídico a proteger.

3. El delito de injurias, recogido en el artículo 208 CP supone el primer límite penal a la libertad de expresión. En particular, las injurias consistentes en juicios de valor plantean un conflicto entre la libertad de expresión del autor y el honor de la víctima. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto opta por la prevalencia de la libertad de expresión sobre el honor siempre que estas opiniones tengan como destinatario a una persona con relevancia pública y sean importantes para la formación de una opinión pública (ámbito profesional).

A pesar de que muchos autores aboguen por aplicar esta jurisprudencia en sede de tipicidad, personalmente considero que debería llevarse a cabo en sede de antijuridicidad. Así, las injurias consistentes en juicios de valor sí son conductas típicas. Cuestión distinta es que, en virtud de la jurisprudencia mencionada, se puede apreciar el ejercicio legítimo de la libertad de expresión como causa de justificación que deje a la conducta libre de castigo por el ordenamiento penal.

4. El delito de incitación al odio se encuentra regulado en el artículo 510 y 510 CP, y supone el segundo límite penal a la libertad de expresión. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene aplicando la fórmula denominada “clear and present danger”, en virtud de la cual los discursos de odio sí pueden ser reprimidos cuando impliquen un claro e inminente riesgo para un bien jurídico que el Estado debe tutelar” (Díez-Picazo, 2013). Por tanto, la libertad de expresión del autor de estos discursos quedará limitada frente al derecho a la no discriminación de la víctima.

En línea con lo comentando en las consideraciones anteriores, a mi parecer la emisión de discursos de odio no entraría dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión en cuanto no contribuyen ni al desarrollo de la personalidad de su autor ni a la formación de una opinión pública en el marco democrático. De este modo, incluso aunque estos discursos no constituyeran una conducta típica al



no implicar un riesgo inminente, tampoco supondrían un ejercicio de esta libertad pública. De hecho, teniendo en cuenta el negativo impacto que tienen estos mensajes de hostilidad en la sociedad, considero que, al igual que el insulto, el discurso de odio debería operar como un límite interno de la libertad de expresión.

El mismo argumento es aplicable al delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP teniendo en cuenta que tipifica conductas relacionadas con el discurso de odio y que puede concebirse como una modalidad especial del delito de incitación al odio adaptada a la realidad española y a los abundantes ataques de la organización terrorista ETA.

5. El delito de ultrajes a España se regula en el artículo 543 CP y castiga a aquel que, con un ánimo específico de ultrajar, formula ofensas al Estado, sus comunidades autónomas, símbolos o emblemas. En la práctica, considero que los Tribunales suelen optar en exceso por la apreciación de un ánimo de criticar frente al ánimo de ultrajar necesario para que se cumpla el tipo subjetivo del delito. Así, en mi opinión hay ánimo de criticar cuando se emiten juicios de valor (positivos o negativos) relativos a la gestión, las irregularidades o el funcionamiento de las instituciones de un país, pero no cuando se ataca con hostilidad a la nación, y por ende, a todos los ciudadanos. Por ello, estoy en desacuerdo con la decisión tomada por el TEDH en la STEDH del 13 de marzo de 2018, por la que se determinó que la quema pública de fotografías del Rey de España por dos ciudadanos suponía un ejercicio de la libertad de crítica y que no se apreciaba un dolo de ultrajar.
6. En conclusión, como consecuencia de la hiperconectividad y el apogeo de las redes sociales y los medios de comunicación, el ejercicio de la libertad de expresión ha experimentado un gran auge en los últimos años. Sin embargo, muchas veces este ejercicio es desproporcionado, al llevar aparejados ofensas o mensajes de odio. Así, en esta era de desacatamiento los límites recogidos en el Código Penal ganan una especial relevancia y juegan un papel fundamental para la garantía y protección de los derechos fundamentales de otros, pretensión sobre la que se fundamenta la creación del Estado y la norma constitucional.

Adicionalmente, considero que el legislador debe reaccionar a este problema a través de una delimitación concreta y precisa en una ley de desarrollo<sup>25</sup> del ámbito de protección de la libertad de expresión, reconociendo al discurso de odio o de enaltecimiento del terrorismo como un límite interno de esta libertad pública. Esta medida permitirá: i) frenar el creciente número de conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales; ii) disminuir la carga de los Tribunales; iii) reducir la discrecionalidad de los jueces y por ende, la inseguridad jurídica.

---

<sup>25</sup> En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 CEDH.

## V. BIBLIOGRAFÍA

### 1. LEGISLACIÓN

- Constitución española de 1978.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE 14 de mayo de 1982).
- Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).
- Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo (BOE 23 de diciembre de 2000).
- Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).
- Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo(BOE 31 de marzo de 2015).
- Ley 39/1981 de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas (BOE 13 de noviembre de 1981).
- Ley 33/1981, de 5 de octubre, del escudo de España (BOE 19 de octubre de 1981).
- Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo y la Ley 4/2008, de 19 de junio, de reconocimiento y reparación a las víctimas del terrorismo aprobada por el Parlamento Vasco (BOE 23 de septiembre de 2011).

- Real Decreto 1560/1997, de 10 de octubre, por el que se regula el himno nacional (BOE 11 de octubre de 1997).

## 2. JURISPRUDENCIA

### **2.1 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 1999, caso Sürek y Ózdemir c. Turquía.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de mayo de 2000, caso Bergens Tidende y otros c. Noruega.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 2003, caso Müslüm c. Turquía.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de julio de 2006, caso Leroy c. Francia.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2011, caso Otegui Modragón c. España.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13 de marzo de 2018, caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España.

### **2.2 Resoluciones del Tribunal Constitucional**

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo 6/1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio 25/1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio 104/1986.

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre 196/1987, (FJ 5).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero 20/1990.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero 20/1992.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero 24/1992.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio 85/1992.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo 112/2000.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre 235/2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de abril 56/2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio 112/2016, (FJ 2 y 4).
- Auto del Tribunal Constitucional de 3 de julio 213/2006.

### **2.3. Resoluciones del Tribunal Supremo**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero 994/1990.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre 646/2018.
- Auto del Tribunal Supremo de 14 de junio 5472/2002.

### **2.3 Resoluciones de la Audiencia Nacional y las Audiencias Provinciales**

- Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de mayo 14/2018.
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de julio 4/2018.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 8 de febrero 77/2018.

### 3. OBRAS DOCTRINALES

- Aragón Reyes, M. y Aguado Renedo, C. (2011). Derechos fundamentales y su protección. Madrid: Civitas.
- Carmona Salgado, C. (2012). Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2018). Capítulo 16.4. La libertad de expresión, el derecho a la información y a la libre comunicación. Álvarez Vélez, M. I. (coord.), Lecciones de Derecho Constitucional (pp. 407 - 415). Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Otto Pardo, I. (1995). Derecho Constitucional. Sistema de fuentes. Barcelona: Ariel.
- De Pablo Serrano, A. (2018). Honor, injurias y calumnias. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Del Rosal Blasco, B. (2016). Capítulo 61. Delitos contra la Constitución (IV). Morillas Cueva, L. (coord.), Sistema de Derecho Penal. Parte especial (pp. 1285 y ss). Madrid: Dykinson.
- Díez-Picazo Giménez, L.M. (2013). Sistema de derechos fundamentales. Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- Dolz Lago, M.J. (2016). Oído a los delitos de odio. Diario La Ley, núm. 8712.
- Dworkin, R. (1984). Los derechos en serio. Trad. M. Guastavino. Barcelona: Ariel.

- Gascón Cuenca, A. (2015). La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP. CEDF, núm. 32, pp. 73 y ss.
- Jiménez de Asúa, L. (2005). La teoría jurídica del delito. Madrid: Dykinson.
- Macías Jara, M. y de Montalvo Jääskeläinen, F. (2018). Capítulo 14. Teoría general de los derechos y libertades. Álvarez Vélez, M. I. (coord.), Lecciones de Derecho Constitucional (pp. 327 - 353). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L. (2016). Compendio de Derecho Penal. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rebollo Vargas, R. (2014). Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España. Estudios penales y criminológicos, núm. 34, pp. 81-126.
- Roig Torres, M. (2015). Los delitos de racismo y discriminación (artículos 510, 510 bis, 511 y 512). González Cussac, J.L. (coord.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015 (pp. 1249 y ss). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Ferrández, S. (2014). El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015. Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 12, pp. 165-232.
- Valls Prieto, J. (2015). Capítulo 30. Delitos contra la Constitución. Morillas Cueva, L (coord.), Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015). Madrid: Dykinson.

#### 4. RECURSOS DE INTERNET

- Iberley (2019). El delito de ultraje a España. Obtenida el 01/04/2020 de <https://www.iberley.es/temas/delito-ultraje-espana-47831>.

- Ladrón de Guevara, C. (2019). Luces y sombras de los delitos de enaltecimiento del terrorismo. Asociación Víctimas del Terrorismo. Obtenida el 10/04/2020 de <https://avt.org/es/n/1640/luces-y-sombbas-de-los-delitos-de-enaltecimiento-del-tebbobismo>.
- Thomas de Carranza, S. (2018). Sobre el derecho fundamental al honor. Tomás de Carranza Abogados. Obtenida el 04/03/2020 de <https://tc-abogados.es/wp-content/uploads/2018/05/SOBRE-EL-DERECHO-FUNDAMENTAL-AL-HONOR-2.pdf>.
- Wolters Kluwer (2020). Delitos contra la Constitución. Obtenida el 01/04/2020 de <https://tienda.wolterskluwer.es/p/bbb-delitos-contra-la-constitucion>.
- Wolters Kluwer (2020). Terrorismo. Obtenida el 10/04/2020 de [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTYxNjtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoARmYTkDUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTYxNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoARmYTkDUAAAA=WKE).

## 5. OTROS RECURSOS

- Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.
- Decisión núm. 4/03 de la OSCE, de 9 de abril de 2003.
- Instituto Nacional de Estadística.