



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA

ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA (APM)

ESPAÑA

65ª. Reunión Anual de la IAJ – Tel Aviv, Israel

Tercera Comisión de Estudio "Restricciones por el derecho penal a la libertad de expresión".

Cuestionario 2022

Cuestionario

1. ¿Protege su país la libertad de expresión y, de ser así, cómo? Consulte la legislación, incluida cualquier declaración de derechos o carta de derechos o código de derechos humanos aplicable, como ejemplos, y/o la jurisprudencia (decisiones judiciales) como un panorama general.

En la Constitución española de 1978, Título I “De los derechos y libertades fundamentales”, Capítulo Segundo “Derechos y libertades”, Sección 1ª “De los derechos fundamentales y libertades públicas”, el artículo 20, proclama:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

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

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

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA

el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

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

Por otra parte, España es Estado Parte en varios tratados vinculantes que garantizan el derecho a la libertad de expresión como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, artículos 19 y 20) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 10).

2. ¿Tu país criminaliza el discurso de odio y, de ser así, cómo? Consulte la legislación y/o la jurisprudencia como un panorama general.

El discurso del odio viene tipificado como delito en el artículo 510 del Código Penal, del vigente Código Penal (Ley Orgánica 10/1995) si bien su redacción originaria, que tan sólo contaba con dos párrafos ha pasado, desde la Ley Orgánica 1/2015, a una amplia y pormenorizada regulación que supera los once párrafos.

Es un precepto de contenido muy amplio que debe ser objeto de una más precisa delimitación, para restringir la sanción penal exclusivamente a los supuestos de su incitación directa a la violencia y a la realización de actos de discriminación, pues de otro modo se produce colisión con el la libertad de expresión.

En este sentido las características fundamentales del delito vienen delimitadas por:

1. La conducta debe tener un carácter público, dirigido hacia una un indeterminado número de personas.
2. Las víctimas deben ser los integrantes de un grupo vulnerable supraindividual. En este sentido quedan al margen del delito expresiones dirigidas hacia una persona concreta a través de mensajes directos o aquellos otros que históricamente no puedan considerarse como integrantes de un grupo vulnerable.
3. Debe existir un dolo directo hacia el grupo de personas pertenecientes al colectivo vulnerable.
4. El mensaje debe ser potencialmente eficaz y susceptible de generar actos de hostilidad contra el colectivo. Quedando, por tanto, al margen las expresiones satíricas o los meros insultos e incluso aquellos otros mensajes que puedan verse amparados en el derecho a libertad de expresión como serían las propuestas de carácter político

3. ¿Tiene su país restricciones por la ley penal de la libertad de expresión?



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA

Los límites de la libertad de expresión debe entenderse que son los contenidos en el número 4 del artículo 20 del texto constitucional: "...el respeto a los derechos reconocidos en este Título ("De los derechos y libertades fundamentales"), 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".

Caso afirmativo,

1. ¿Podría dar una imagen general de cómo es la legislación? Incluyendo o ¿Hay grupos de personas que disfrutan de protección especial de su libertad de expresión debido a su género, preferencia sexual, religión, raza u otras condiciones?

La Sentencia de la Sala 1ª, Civil, del Tribunal Supremo 1107/2021 (24/03/2021) sobre una cuestión relativa a una información publicada en un periódico sobre el adoctrinamiento de menores inmigrantes musulmanes, en un centro de acogida, por educadores alineados en el islamismo radical, se pronuncia sobre la necesidad del juicio de ponderación y delimitación de los derechos fundamentales en conflicto. En este sentido destaca la preminencia de la libertad de información sobre el derecho al honor: solo puede mantenerse si concurre interés general o relevancia pública de la información comunicada, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas; proporcionalidad, es decir, que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias; y veracidad, que es el requisito propiamente legitimador de la libertad de información, pues a diferencia de los otros dos, este no es exigible cuando se ejerce la libertad de expresión. En este caso entendió que no existió intromisión ilegítima, pues era indiscutible el interés general de la información; los hechos atribuidos a los demandantes (en el recurso ante el Tribunal Supremo), adoctrinamiento de menores y pertenencia a una corriente del Islam no menoscaban por sí mismos su dignidad porque no son por sí mismos socialmente reprobables, además, el informador intentó obtener la versión del centro de menores sin conseguirlo.

Derecho al honor y libertad de información.. Ponderación de los derechos en conflicto.

2. ¿Hay temas que disfrutan de protección especial en términos de libertad de expresión, por ejemplo, temas de religión? y política

El TEDH rechazó que pudiera ser constitutivo de delito de odio la quema de fotografías del rey (Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA

de marzo de 2018), al entender que la Corona ha de poder ser objeto de críticas, hostilidad y rechazo. En este mismo sentido debe excluirse como integrantes de discurso de odio aquellos supuestos en los que se trate de colectivos que históricamente hayan gozado de una cierta hegemonía frente a los no integrados en el mismo, que serían aquellos que podrían tener la consideración de vulnerables.

4. Si existen restricciones en la ley penal a la libertad de expresión,

1. ¿Son entonces las restricciones absolutas o deben sopesarse frente a la consideración de la libertad de expresión?

Siempre debe ponderarse cada conducta y en cada caso concreto.

Las restricciones deben ser objeto de una interpretación restrictiva y ponderarse para el caso concreto los demás derechos afectados, teniendo en cuenta la posición prevalente del derecho a la libertad de expresión, base del pluralismo político (Sentencia Tribunal Constitucional núm. 6/1981 de 16 de marzo), y los motivos por los que en determinados supuestos debe ser sacrificado este derecho.

2. ¿Se aplica esto a todos los grupos y, de no ser así, las restricciones son absolutas o no? Mencione qué personas y grupos pertenecen a qué categoría.

De un examen conjunto tanto del artículo 510 del Código Penal como del 14 de la Constitución, aparecerían amparados por la libertad de expresión aquellos colectivos que históricamente no pueden considerarse como vulnerables al haber gozado de históricamente de cierta hegemonía, son lo que algunos autores han denominado como “falsos positivos” del discurso del odio, la ideología nazi, la etnia blanca, los hombre, los heterosexuales, los nacionales, los políticos, los integrantes de cargos públicos, frente a “los otros”. Las expresiones hostiles a los integrantes de los primeros colectivos podrían quedar amparadas por la libertad de expresión, mientras que la inversa podría integrar, si reúnen el resto de caracteres al que nos referimos en otros apartados, subsumidas en el delito de odio.

3. En los casos en que la libertad de expresión y las restricciones deban sopesarse entre sí: o ¿Existen entonces pautas sobre cómo se debe hacer el equilibrio?

Las pautas se desprenden a través de la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, como prevalece frente a otros derechos cualquier restricción debe superar un test de proporcionalidad.

“...el derecho a la libertad de expresión permite, inicialmente, no sólo asumir cualquier idea, y expresarla e, incluso, difundirla, siempre con los límites que imponga la convivencia respetuosa con los derechos de los demás. La restricción del derecho, y más aún cuando se recurre a la sanción penal, requiere de una



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA

justificación que sólo se encuentra, en palabras del Tribunal Constitucional, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no sólo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal” (Sentencias del Tribunal Supremo 259/2011, de 12 de abril y 72/2018 de 9 de febrero).

4. En caso afirmativo, ¿cuál de los dos parámetros pesa más, a) la protección de la libertad de expresión o b) la categoría protegida por la legislación? ¿Y esto difiere de una categoría a otra?

La Sentencia 112/2016 de 20 de junio del Tribunal Constitucional, estableció una serie de parámetros, a partir del valor superior del derecho a la libertad de expresión, reduciéndolo a las manifestaciones que alimentan la violencia, supuestos en los que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia. Como consecuencia la función jurisdiccional consistirá en valorar, si en estos casos, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas vertidas, esto es, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo y lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, por tanto, se justifica por el valor predominante de la libertad o, si la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto (En igual sentido las Sentencias 177/2015 de 22 de julio y núm. 35/2020 de 25 de febrero).

La Sentencia núm. 35/2020 de 25 de febrero, aún se muestra más cautelosa al afirmar que “no todo ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión ni la existencia de un sentimiento de odio convierten sin más la conducta enjuiciada en un ilícito penal...”.

Anteriormente, con carácter general ya la Sentencia 121/1989, de 3 de julio se había manifestado en la interpretación restrictiva de todos los tipos penales, y, por tanto, también, en el delito de odio, en el sentido de que la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone la necesidad de que ... se deje un amplio espacio, es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor.

5. ¿Y cuánta discrecionalidad existe para que el resultado del ejercicio de ponderación pueda diferir de un juez a otro?

En toda calificación penal siempre existe un ligero margen de “discrecionalidad” y de valoración que puede ocasionar pronunciamientos, la mayoría de las veces tan solo aparentes, diferentes en los distintos órganos judiciales, sin embargo, en todo caso, siempre cabe la posibilidad de ser rectificadas en las segundas instancias.



ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA

5. ¿Considera que la legislación es clara y comprensible para el ciudadano o genera dudas? o Si da motivo de duda, ¿cómo se expresa? ¿Disuade al ciudadano hacer declaraciones? ¿O disuade a los ciudadanos de demandar?

El texto penal establece penas privativas de libertad para los delitos de odio que oscilan desde los seis meses y multa hasta los cuatro años de prisión. Es evidente que el carácter y la necesaria interpretación restrictiva del precepto penal no puede hacerse extensiva a comentarios privados o expresiones dirigidas a persona concreta en el transcurso de una discusión, aunque sea con referencias a la pertenencia del destinatario a un grupo vulnerable, máxime cuando dichas expresiones dirigidas hacia otras personas han dejado, desde la Ley Orgánica 1/2015, de ser infracciones de naturaleza penal.

Como han destacado las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 646/2018 de 14 de diciembre y núm. 47/2019 de 4 de febrero, el “Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Con referencia a STEDH Alekhina y otros c. Rusia de 17 de julio de 2018), por su parte, ha señalado en reiteradas ocasiones, que la libertad de expresión encuentra límites en el dominado discurso ofensivo del odio siendo preciso indagar elementos de interpretación de la norma que no lleven a una desmesura en su aplicación, tales como elementos de contextualización, el contenido del mensaje, su expresión oral o escrita, la intención, el impacto del texto y la proporcionalidad de la sanción. En todo caso, no ha de olvidarse que se trata de delitos circunstanciales y que han de ser interpretados de acuerdo a la realidad social del tiempo en que se aplica la norma”.

No obstante, la actual propagación del delito de odio ha motivado, por una parte, a denunciar este tipo de conductas, que quedan al margen del delito, y cuidar, por otra parte, este tipo de expresiones.

6. ¿Encuentra en su trabajo como juez que la legislación relevante en su país, en lo que se refiere a la libertad de expresión y su protección y la penalización del discurso de odio, es clara y comprensible, o considera que da demasiado ¿Cuánto espacio para diferentes resultados en los mismos tipos de casos?

Como conclusión de lo antes expuesto la legislación actualmente vigente es excesivamente amplia, de difícil interpretación, y corre el riesgo de hacer una interpretación extensiva de la misma.