

ARTICLE 19

# España: Delitos relacionados con la libertad de expresión en el Código Penal

Marzo de 2020

## Resumen ejecutivo

---

En marzo de 2020, ARTICLE 19 analizó una serie de delitos relacionados con la libertad de expresión en el Código Penal español con el fin de evaluar cómo acatan el derecho internacional de los derechos humanos.

ARTICLE 19 ha comprobado que el Código Penal contiene una serie de artículos que resultan extremadamente vagos y difusos, lo que permite que puedan ser utilizados para restringir la libertad de expresión. En concreto:

- Artículos que penalizan el "terrorismo" y la "apología" o "incitación" al mismo, así como la penalización del acceso a "contenidos de naturaleza terrorista *online*". Estos artículos fueron modificados en 2019 para incorporar las obligaciones de España en virtud de la Directiva de la UE 2017/541 relativa a la lucha antiterrorista. A pesar de ello, los artículos en cuestión siguen teniendo un contenido demasiado amplio y no incluyen elementos cruciales que garanticen el acatamiento del derecho internacional de los derechos humanos.
- Artículos sobre diferentes tipos de 'discurso de odio' que no hacen suficiente distinción entre la gravedad de la expresión y su impacto para determinar adecuadamente las sanciones proporcionadas que cumplan con el Artículo 20 (2) y 19 (3) del Pacto Internacional de Asuntos Civiles y Derechos Políticos (PIDCP).
- Artículos que protegen a un amplio espectro de instituciones estatales y cargos públicos contra delitos e insultos, a pesar de que dichas entidades abstractas no son titulares de derechos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.

Además, a ARTICLE 19 le preocupa que estos preceptos se puedan aplicar con el objetivo de criminalizar expresiones políticas y artísticas. Esto resulta especialmente importante en un momento en que España vive una crisis política tras los movimientos independentistas en Cataluña. Tras las elecciones de noviembre de 2019 en España se constituyó una coalición progresista de izquierda que dio prioridad a una reforma del marco legal que salvaguardara las normas internacionales de derechos humanos.

ARTICLE 19 insta al Gobierno de España y a las Cortes Generales a que emprendan una reforma sustancial del Código Penal para alinearlos con las normas internacionales sobre libertad de expresión. El presente análisis proporciona recomendaciones específicas a este respecto.

## Recomendaciones clave

1. La definición de "terrorismo" en el artículo 573 del Código Penal debe ajustarse de modo que se ciña claramente a actos de violencia, introduciendo el elemento de intención, así como salvaguardas para garantizar que no pueda utilizarse para limitar la libertad de expresión política;

2. Debe modificarse el artículo 578, apartado 4, sobre medidas relacionadas con el contenido *online*;
3. Debe derogarse el artículo 575, apartado 2;
4. Debe derogarse en su totalidad el artículo 578 sobre la "apología del terrorismo";
5. El artículo 579 debe revisarse para dejar claro que la "incitación al terrorismo" requiere la intención de cometer un delito de terrorismo, y también pruebas de que es probable que tal expresión incite a una violencia inminente;
6. Las disposiciones sobre calumnias o injurias –artículos 208 a 216 – y los artículos sobre calumnias o injurias al Rey, la Reina o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, etc. - artículos 490 (3), 491 (1) y 491 (2) - deben ser suprimidos en su totalidad. Las calumnias o injurias deben quedar completamente despenalizadas y reemplazadas por unos recursos apropiados por la vía civil. No se debe proporcionar una mayor protección contra calumnias o injurias a los cargos públicos, incluida la familia real, ya que deberían tolerar las críticas de alto nivel debidas a su puesto en la sociedad;
7. El articulado sobre protección de la reputación de las instituciones públicas - Artículos 496, 504 (1) y (2) y 543 - debe revocarse en su totalidad;
8. Los artículos que protegen contra ofensas a las religiones y a los sentimientos religiosos (artículos 524 y 525 (1)) deben derogarse por completo. Solo se debe proteger contra la incitación a la violencia, hostilidad y discriminación por motivos religiosos. El estado tiene que esforzarse positivamente por promover la tolerancia religiosa, en lugar de optar por sanciones penales;
9. El artículo 510 del Código Penal debe ser objeto de revisión. La apología del odio discriminatorio que constituya incitación a la hostilidad, discriminación o violencia, debe ser prohibida de acuerdo con los artículos 19 (3) y 20 (2) del PIDCP; se debe establecer un umbral alto para toda limitación a la libre expresión (tal y como se establece en el Plan de Acción de Rabat);
10. El artículo 510 (1) (c) tiene que modificarse para alinearlo con el derecho penal internacional, reduciendo lo dispuesto en dicho precepto a "incitación directa y pública al genocidio";
11. Deben eliminarse todos los agravantes basados en la expresión *online*;
12. El gobierno debe emprender un plan integral para poner en práctica el Plan de Acción de Rabat. En particular, debe adoptar y ejecutar un plan integral que capacite a los funcionarios y funcionarias encargados de hacer cumplir la ley, al poder judicial y a personas que participen en la administración de justicia en cuestiones relacionadas con la prohibición de la incitación al odio y del "discurso de odio".

# Índice

<b>Resumen ejecutivo</b>	<b>2</b>
<b>Recomendaciones clave</b>	<b>2</b>
<b>Índice</b>	<b>4</b>
<b>Introducción</b>	<b>5</b>
<b>Normas internacionales de aplicación</b>	<b>7</b>
<b>La protección del derecho a la libertad de expresión.</b>	<b>7</b>
Limitaciones del derecho a la libertad de expresión	7
Antiterrorismo y libertad de expresión	8
Restricción del ‘discurso de odio’	9
La protección de la reputación y la libertad de expresión.	11
<b>Análisis del Código Penal</b>	<b>13</b>
<b>‘Terrorismo’</b>	<b>13</b>
Definición de "terrorismo"	13
“Enaltecimiento del terrorismo”	15
“Incitación al terrorismo”	17
“Reclutamiento y/o adoctrinamiento”	18
<b>Injurias</b>	<b>19</b>
El delito de injurias en el Código Penal	19
Calumnias o injurias contra la Corona	20
<b>Protección de instituciones estatales</b>	<b>21</b>
<b>Ofensas a la religión y a los sentimientos religiosos</b>	<b>22</b>
<b>‘Discurso de odio’</b>	<b>23</b>
Incitación	23
Otros tipos de ‘discurso de odio’	25
<b>Sobre ARTICLE 19</b>	<b>27</b>

# Introducción

---

En este informe, ARTICLE 19 examina determinados delitos del Código Penal español, y de la Ley Orgánica 0/1995 (Código Penal)<sup>1</sup>. A esta organización le preocupan determinados aspectos del Código Penal; el presente análisis no detalla todas las inquietudes de ARTICLE 19, pero se centra únicamente en las preocupaciones más importantes así como en otras cuestiones de relevancia para nuestro mandato.

España ha padecido actos de terrorismo en las últimas décadas, por movimientos que proceden tanto del interior como del exterior de su territorio. Aunque los riesgos que implica el terrorismo son reales y no deben subestimarse, todas las medidas vigentes deben cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos. Resulta muy cuestionable que el actual nivel de restricciones a la libertad de expresión garantice realmente una mayor seguridad. De hecho, cabe argumentar que con las mismas se limita el debate público libre, así como el flujo de ideas necesarias en el seno de una sociedad democrática.

La situación en Cataluña también ha suscitado cuestionamientos relativos al papel de los organismos encargados de hacer cumplir la ley, así como sobre sus poderes y responsabilidades a la hora de garantizar la seguridad a la vez que se protege el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la protesta. Un uso excesivo de la fuerza por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley ha llevado a un debate saludable sobre los poderes que han de tener las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en el contexto de las asambleas públicas. El procesamiento de artistas y activistas en toda España, por letras de canciones, declaraciones o tweets que han ocasionado controversia, ofensas o escándalo, han tenido la consecuencia de restringir la diversidad de opiniones y ha traído consigo el empobrecimiento del debate público necesario en una sociedad democrática.

ARTICLE 19 considera que una serie de artículos del Código Penal (a saber, los relacionados con el terrorismo, el "discurso de odio", injurias e insultos), así como la protección de las instituciones estatales, restringen la libertad de expresión de forma extremadamente amplia y prevén sanciones excesivas. Es fácil que se produzcan abusos con este tipo de preceptos. A ARTICLE 19 le preocupa que se utilicen varios de estos artículos para atacar expresiones políticas<sup>2</sup> y artísticas<sup>3</sup>, especialmente en internet o redes sociales, o para atacar expresiones que el Gobierno considere vergonzosas, inapropiadas u ofensivas, desembocando en graves sanciones penales.

A ARTICLE 19 le preocupa que se utilicen varios de estos preceptos para atacar la libertad de expresión política y artística, especialmente en Internet, o para acometer expresiones que el Gobierno considere vergonzosas, inapropiadas u ofensivas, desembocando en graves sanciones penales.

ARTICLE 19 señala que son varias las disposiciones del Código Penal que han sido objeto de críticas y/o revisión por parte de organismos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, en numerosos procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos se ha hecho llamamientos a España para que reforme los artículos del Código Penal relacionados con el terrorismo<sup>4</sup>. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la lucha contra el terrorismo ha propuesto además como modelo un precepto mucho más limitado que se ocupe únicamente de la "incitación", con requisitos claros que demuestren tanto la intención como la probabilidad de daño como resultado de las expresiones cubiertas por dicho articulado<sup>5</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha determinado que los procesamientos en virtud de algunas de estos artículos violan el derecho a la libertad de expresión.<sup>6</sup>

Más recientemente, en enero de 2020, durante el tercer ciclo del Examen Periódico Universal (EPU) de España por la ONU, España recibió 20 recomendaciones en materia de libertad de expresión. Entre ellas se incluyen algunas relativas a la despenalización del delito de injurias, la derogación de leyes restrictivas por ofensas religiosas y la enmienda de artículos del Código Penal que imponen limitaciones indebidas al derecho a la libertad de expresión y reunión pacífica.<sup>7</sup>

La actual coalición en el poder tras las elecciones de noviembre de 2019, se ha comprometido a la revisión del marco legal con el objetivo de priorizar la protección de los derechos humanos. ARTICLE 19 espera que este informe y sus recomendaciones sean tenidos en cuenta en el proceso de reforma del Código Penal, con el fin de que se garantice su pleno alineamiento con las normas internacionales de libertad de expresión. ARTICLE 19 se encuentra en condiciones de apoyar este proceso.

# Normas internacionales de aplicación

---

Los comentarios de ARTICLE 19 sobre el Código Penal español se basan en el derecho y las normas internacionales de derechos humanos. Cualquier marco legislativo y reglamentario destinado a restringir el derecho a la libertad de expresión debe asimismo cumplir con esas normas.

## La protección del derecho a la libertad de expresión.

El derecho a la libertad de expresión está protegido por el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)<sup>8</sup> y se le otorga fuerza legal vinculante a través del artículo 19 del PIDCP<sup>9</sup>. En el ámbito europeo, el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos protege el derecho a la libertad de expresión en términos similares al artículo 19 del PIDCP, con limitaciones permisibles que se establecen en el artículo 10 (2).<sup>10</sup> Dentro de la UE, el derecho a la libertad de expresión e información está garantizado en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.<sup>11</sup>

El ámbito del derecho a la libertad de expresión es muy amplio. El Artículo 19 del PIDCP y el Artículo 10 de la Convención Europea requieren que los Estados garanticen a todas las personas la libertad de buscar, recibir o impartir información o ideas de cualquier tipo, independientemente de fronteras, a través de cualquier medio de comunicación que se elija, lo que incluye asimismo Internet y los medios digitales.<sup>12</sup>

Es importante destacar que, en su Observación general nº 34<sup>13</sup>, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, (órgano del tratado compuesto por expertos independientes que supervisa el cumplimiento por parte de los Estados del PIDCP) reconoce explícitamente que el Artículo 19 del PIDCP protege todas las formas de expresión y medios para su difusión, incluidas todas las formas de expresión electrónicas y basadas en Internet<sup>14</sup>. Los Estados parte del PIDCP también deben considerar en qué medida el desarrollo de la tecnología de la información -como Internet y los sistemas de difusión de información electrónica basados en dispositivos móviles- han cambiado drásticamente las prácticas de comunicación en todo el mundo<sup>15</sup>.

## *Limitaciones del derecho a la libertad de expresión*

Según el derecho internacional de los derechos humanos, los Estados pueden limitar excepcionalmente la libertad de expresión en virtud del artículo 19, párrafo 3, del PIDCP. Las restricciones pueden ser legítimas únicamente bajo circunstancias específicas (el llamado "principio de tres partes"), que requiere que las limitaciones:

- **estén previstas por ley:** toda ley o reglamentación debe formularse con suficiente precisión como para permitir que las personas regulen su conducta en consecuencia; la garantía de la legalidad de las limitaciones al Artículo 19 debe incluir una supervisión por parte de autoridades judiciales independientes e imparciales;

- **persigan un objetivo legítimo:** éste debe ser detallado exhaustivamente; por ejemplo: respeto de los derechos o la reputación ajenos; o la protección de la seguridad nacional o del orden público (*ordre public*), o de la salud o la moral públicas;
- **sean necesarias y proporcionadas:** se requiere que los Estados demuestren de forma específica e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza, así como la necesidad y proporcionalidad de la acción concreta tomada, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza.<sup>16</sup>

Por lo tanto, cualquier limitación impuesta por el Estado al derecho a la libertad de expresión debe cumplir con los estrictos requisitos de este principio tripartito. Además, el Artículo 20 (2) del PIDCP establece que toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia debe ser prohibida por ley (ver más abajo).

### ***Antiterrorismo y libertad de expresión***

La protección de la libertad de expresión en el contexto de la lucha antiterrorista ha sido significativo objeto de debate durante varios años. Si bien no existe una definición de "terrorismo" en el derecho internacional de los derechos humanos, se entiende que la libertad de expresión puede ser restringida para proteger el orden público y la seguridad nacional, y se reconoce que el Estado tiene el deber de proteger a su población de amenazas y actos terroristas.<sup>17</sup> Al mismo tiempo, según el derecho internacional, se reconoce que los derechos humanos -libertad de expresión incluida- deben ser respetados en la lucha contra el terrorismo y no pueden limitarse de forma arbitraria.

Por ejemplo, la Resolución 1456 (2003) del Consejo de Seguridad de la ONU establece que:

Los Estados deben cerciorarse de que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo cumplan todas las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional y deben adoptar esas medidas de conformidad con el derecho internacional, en particular con las normas relativas a los derechos humanos y a los refugiados y el derecho humanitario.<sup>18</sup>

La Observación general No. 34 estipula asimismo con claridad:

Los Estados parte deben asegurarse de que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo son compatibles con el párrafo 3. Los delitos de "incitación al terrorismo" y "actividad extremista", así como los de "enaltecer", "exaltar" o "justificar" el terrorismo, deben estar claramente definidos para que no den lugar a una injerencia innecesaria o desproporcionada en la libertad de expresión. Es preciso evitar las limitaciones excesivas del acceso a la información. Los medios de comunicación desempeñan una función crucial en la tarea de informar a la población sobre los actos de terrorismo, y no debe limitarse indebidamente su capacidad de acción. Los y las periodistas no deben ser sancionados por ejercer sus actividades legítimas.<sup>19</sup>

Además, los Principios de Johannesburgo establecen que, al restringir la libertad de expresión en base a la protección de la seguridad nacional, a los efectos del Artículo 19 (3) del PIDCP, los Estados deben demostrar que:

Una restricción que se procurara justificar por motivos de seguridad nacional no será legítima a no ser que su propósito genuino y su efecto demostrable sean los de proteger la existencia de un país o su integridad territorial contra el uso o la amenaza de la fuerza, sea por parte de una fuente externa, tal como una amenaza militar, sea de una fuente interna, tal como la incitación al derrocamiento violento del Gobierno.<sup>20</sup>

Por tanto, una expresión puede ser objeto de limitación en cuanto que constituya una amenaza a la seguridad nacional, únicamente si el Estado puede demostrar que:

- pretende incitar a la violencia de forma inminente;
- es probable que incite a tal violencia; y
- existe una conexión directa e inmediata entre la expresión y la probabilidad u ocurrencia de tal violencia.<sup>21</sup>

Basándose en estas recomendaciones, el Relator Especial de la ONU sobre la lucha contra el terrorismo ha propuesto una definición-modelo para el término "incitación al delito de terrorismo":

Constituye delito la difusión o divulgación intencional e ilícita por cualquier medio, de un mensaje destinado al público con la intención de incitar a la comisión de un delito de terrorismo, siempre que dicha conducta -propugne o no expresamente un delito de terrorismo- provoque un riesgo de que se cometan uno o más delitos de ese tipo.<sup>22</sup>

### ***Restricción del 'discurso de odio'***

El "discurso de odio" es un término amplio que no cuenta con una definición en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. La expresión de odio hacia un individuo o grupo basada en una característica protegida se puede dividir en tres categorías, que se distinguen por la respuesta requerida de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos:<sup>23</sup>

- Formas especialmente graves de "discurso de odio" que el derecho internacional exige que los Estados prohíban, incluso con medidas penales, civiles y administrativas, tanto en virtud del derecho penal internacional como del artículo 20 (2) del PIDCP;
- Otras formas de "discurso de odio" que los Estados pueden prohibir para proteger los derechos de los demás en virtud del artículo 19 (3) del PIDCP, como amenazas o acoso discriminatorios o sesgados;
- "Discurso de odio" que es legal pero que, sin embargo, plantea preocupaciones en términos de intolerancia y discriminación, y que merece una respuesta crítica por parte del Estado, pero que debe protegerse de las restricciones del artículo 19, párrafo 3, del PIDCP.

En el ámbito internacional, el Plan de Acción de Rabat orienta en relación a lo que constituye incitación en virtud del artículo 20 (2) del PIDCP<sup>24</sup>. Establece que las prohibiciones de incitación deben centrarse en la defensa del odio discriminatorio dirigido a un grupo protegido, con características como tal grupo que deben interpretarse de manera amplia; se incluyen entre ellas características tales como el sexo, la sexualidad, la identidad de género, las creencias políticas o el origen étnico. Asimismo dictamina que debe evaluarse la intención de quien se exprese o su capacidad para incitar a la audiencia a actuar contra el grupo objetivo. Para determinarlo, el Plan de Acción de Rabat concreta seis factores a considerar:

- **Contexto:** hay que tener en cuenta el contexto social, político o económico en el que se produce el discurso; en concreto, todo el historial de conflicto o persecución del grupo protegido.
- **Identidad de la persona que habla:** la posición de autoridad o influencia que detente esa persona, por ejemplo, si es un cargo público o un líder religioso.
- **Intención:** si la persona que habla tenía la intención de abogar por el odio discriminatorio; es decir, si tenía la intención de atacar a un grupo protegido en base a sus características protegidas, y si sabía que su expresión probablemente incitaría a la audiencia a la discriminación, la hostilidad o la violencia.
- **Contenido de la expresión:** lo que se dijo, incluyendo la forma y el estilo de la expresión y lo que el público infirió de ello.
- **Extensión y magnitud de la expresión:** la naturaleza pública de la expresión y los medios de la misma, así como su intensidad o magnitud en términos de frecuencia o cantidad.
- **Probabilidad de que se produzca un daño,** incluida su inminencia: debe haber una probabilidad razonable de discriminación, hostilidad o violencia como resultado directo de la expresión.

Pueden asimismo prohibirse otras formas de 'discurso de odio' o expresiones discriminatorias que no superen el umbral del artículo 20 (2) de acuerdo con estos criterios. Sin embargo, dicha prohibición debe cumplir con el principio tripartito para poder cumplir con los estándares internacionales sobre libertad de expresión.

Además, como se señaló anteriormente, habrá una amplia gama de expresiones que no alcancen el umbral de las limitaciones permisibles. El Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo han afirmado reiteradamente que el ámbito del derecho a la libertad de expresión se extiende a la expresión de opiniones e ideas que otros pueden encontrar profundamente ofensivas<sup>25</sup>, y que esto puede comprender la expresión discriminatoria. Ello no impide que los Estados tomen otras medidas para abordar este tipo de expresiones y los prejuicios subyacentes de los cuales esta categoría de 'discurso de odio' es sintomática, o para maximizar las oportunidades para que todas las personas, incluidos los cargos públicos y las instituciones, participen en un discurso contrario. Muchas de estas medidas positivas se detallan en el Plan de Acción de Rabat.

En el ámbito europeo, la Convención Europea de Derechos Humanos no explicita ninguna obligación para los Estados de prohibir cualquier forma de expresión de este tipo, tal y como se estipula en el artículo 20 (2) del PIDCP. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que determinadas formas de expresión perjudiciales deben ser restringidas necesariamente para mantener los objetivos del Convenio Europeo en su conjunto<sup>26</sup>. El Tribunal Europeo también ha ejercido una supervisión particularmente estricta en los casos en que el Estado ha impuesto sanciones penales, y en muchas ocasiones ha determinado que la imposición de una condena penal viola el principio de proporcionalidad<sup>27</sup>. Por lo tanto, el recurso al derecho penal no debe considerarse como respuesta predeterminada para casos de expresiones perjudiciales en aquellos casos en los que sanciones menos severas logren el mismo efecto.

Por lo que se refiere a la UE, la Decisión Marco del Consejo "sobre la lucha contra ciertas formas y expresiones de racismo y xenofobia por medio del derecho penal" requiere que los Estados sancionen el racismo y la xenofobia a través de "sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias"<sup>28</sup>. Establece cuatro categorías de incitación a la violencia o delitos de odio que los Estados deben penalizar con penas de hasta 3 años de prisión, que incluyen condonar, negar o trivializar crímenes históricos. Los Estados pueden decidir discrecionalmente castigar sólo aquella conducta que se lleva a cabo "de una manera que pueda perturbar el orden público" o "que sea amenazante, abusiva o insultante". Ello implica que puedan verse legítimamente restringidas expresiones que probablemente no tengan tales impactos negativos. En opinión de ARTICLE 19, estas obligaciones son más amplias y más graves en cuanto a las sanciones prescritas que las prohibiciones del artículo 20, párrafo 2 del PIDCP, y no cumplen con los requisitos del artículo 19, párrafo 3 del PIDCP.<sup>29</sup>

Los esfuerzos en el ámbito nacional por transponer la Decisión marco en códigos penales producen potenciales conflictos con las obligaciones de los Estados al amparo de lo dispuesto en el PIDCP.

### ***La protección de la reputación y la libertad de expresión.***

El derecho a la reputación está garantizado por el artículo 17 del PIDCP, que prohíbe solo los "*ataques ilegales*" (el énfasis es nuestro) al honor y la reputación. Esta calificación se insertó como una salvaguarda adicional para la libertad de expresión y para permitir a los Estados cierto margen a la hora de decidir qué tipo de ataques deseaban ilegalizar. El uso de la palabra "ataques" deja en claro que sólo se prohíben interferencias deliberadas y graves.

Las leyes que tienen como fin proteger la reputación de las personas -generalmente agrupadas bajo el nombre colectivo de leyes contra "injurias"-, persiguen el objetivo legítimo de "proteger los derechos de los demás". Una "buena" legislación contra las injurias, que sienta las bases para lograr un equilibrio adecuado entre la protección de la reputación de las personas y la libertad de expresión, podría definirse de la siguiente manera: legislación que tiene como objetivo proteger a las personas contra declaraciones falsas de hecho que ocasionan daño a su reputación.

Por otra parte, constituyen una limitación inadmisibles a la libertad de expresión las leyes que buscan explícitamente desalentar el debate sobre las instituciones oficiales al prohibir ampliamente las críticas al jefe de Estado, a la bandera u otros organismos y símbolos públicos, o al imponer sanciones más altas cuando una declaración difamatoria afecta a una de estas entidades. La mera existencia de leyes de este tipo puede fomentar la autocensura entre los medios y la ciudadanía. Cabe afirmar lo mismo con respecto a la legislación en materia de injurias o "insultos" que tienen como objetivo la protección de sentimientos en lugar de la reputación.

Es importante destacar que los tribunales internacionales de derechos humanos han sostenido constantemente que los cargos públicos deben tolerar más, no menos, críticas que los ciudadanos y ciudadanas de a pie. Al elegir una profesión que implica responsabilidades para con el público, los cargos se abren a sabiendas al escrutinio de sus palabras y acciones por parte de los medios y del público en general.<sup>30</sup> Además, un debate intenso sobre el funcionamiento de los cargos públicos y el gobierno es un aspecto importante de la democracia. Para garantizar que este debate pueda desarrollarse libremente, sin riesgo de acciones legales, el uso de legislación en materia de injurias por parte de los cargos públicos debe limitarse al máximo posible. En general, cuanto más alto sea el cargo público, cabe esperar que la persona que lo detenta tenga que tolerar más críticas, incluso sobre su comportamiento en situaciones ajenas a sus cometidos oficiales. La labor de las y los políticos debe

poder ser debatida con la máxima libertad, debido a la importancia del debate sobre candidatos en elecciones.

# Análisis del Código Penal

---

## ‘Terrorismo’

Por principio, ARTICLE 19 destaca que prevenir y combatir el terrorismo, independientemente de las motivaciones ideológicas, políticas o religiosas de los perpetradores, es un objetivo legítimo e importante para los gobiernos europeos que buscan proteger la libertad y la seguridad de las personas y las sociedades. Sin embargo, numerosos preceptos del Código Penal español relacionadas con el terrorismo plantean serias preocupaciones sobre la libertad de expresión, incluido el delito de "terrorismo", "enaltecimiento" e "incitación a actos de terrorismo, así como el acto de acceder a información *online* que muestre contenidos relativos al reclutamiento y capacitación de terroristas.

Somos conscientes de que la consideración de algunos de estos delitos se modificó en 2015 y 2019 con el fin de transponer las obligaciones de España en virtud de una serie de Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU. También se hizo para transponer en la legislación nacional la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento y Consejo Europeos para combatir el terrorismo y sustituir la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, por la que se modifica la Decisión 2005/671/ JAI del mismo (Directivas de la UE contra el terrorismo). ARTICLE 19 ha planteado con anterioridad sus preocupaciones, según las cuales, diversos aspectos de las regulaciones de la UE pondrían significativamente en peligro la libertad de expresión e información en Europa<sup>31</sup>. Se han planteado serias preocupaciones en materia de derechos humanos, dado que el marco legal resultante de este proceso está abriendo espacios para posibles abusos, así como para restricciones injustificadas a la libertad de expresión, reunión pacífica y privacidad, entre otros derechos. Por ejemplo, en su informe de 2019, la Relatora Especial de la ONU sobre la lucha contra el terrorismo advirtió contra los "efectos negativos en los derechos humanos de estos desarrollos normativos, [...] generando ineficacia y confusión, limitando o ignorando la aplicación de regímenes legales primarios, incluido el derecho internacional de los derechos humanos"<sup>32</sup>.

## Definición de "terrorismo"

La definición de "terrorismo" se tipifica en el artículo 573 del Código Penal:

- El artículo 573 (1) proporciona la definición básica de terrorismo (terrorismo básico) y
- El artículo 573 (3) amplía esta definición (terrorismo extendido)

Nuestro análisis comienza con la definición básica de terrorismo.

En su forma básica, el terrorismo se define como la comisión de un "delito grave"<sup>33</sup> contra cualquiera de los intereses legales específicos mencionados en el artículo 573 (1), incluyendo la "vida o integridad física", "libertad", "integridad moral", "propiedad" y "la Corona" - en cualquiera de los siguientes propósitos:

- (1) "subvertir el orden constitucional";
- (2) "suprimir o desestabilizar seriamente el funcionamiento de las instituciones políticas o las estructuras económicas o sociales del Estado";
- (3) "obligar a las autoridades públicas a realizar un acto o abstenerse de hacerlo";
- (4) "alterar gravemente la paz pública";
- (5) "desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional"; o

(6) "provocar un estado de terror entre la población o una sección de la misma".

El delito básico de terrorismo<sup>34</sup> requiere no solo que se cometa un delito por separado y que el delito cometido constituya un "delito grave"; también requiere que el delito subyacente esté contemplado en uno de los capítulos del Código Penal que protege cualquiera de los intereses legales mencionados en el Artículo 573 (1). El terrorismo básico es un delito referencial, ya que se define por referencia a la comisión de un delito diferente. El delito de terrorismo presupone que se comete un delito separado y distinto (también punible en virtud del Código Penal), y que el delito cometido por separado constituye, al mismo tiempo, un "delito grave" y un delito contra uno de los intereses que la ley protege, mencionados en el artículo 573 (1). Estos dos últimos requisitos se aclaran a continuación.

De lo anterior se desprende que la característica distintiva del terrorismo básico no es la naturaleza objetiva de la conducta cometida, que de hecho es idéntica a la del delito subyacente; sino más bien el propósito ulterior por el cual se comete el delito subyacente, que debe ser de cualquiera de los (seis) tipos de propósitos especificados en el artículo 573 (1).

En su forma básica, es poco probable que el crimen de terrorismo interfiera directamente con el derecho a la libertad de expresión. La libertad de expresión protege el derecho de toda persona a buscar, recibir e impartir información e ideas de cualquier tipo y a través de cualquier medio elegido. Sin embargo, el uso de la fuerza física sobre otra persona está fuera del alcance de la protección de este derecho. Ahora, como se explicó anteriormente, el terrorismo básico presupone la comisión de un crimen separado que toma la forma de asesinato, homicidio involuntario, secuestro o cualquiera de los otros delitos subyacentes previstos en el Artículo 573 (1). La característica común de todos estos posibles delitos subyacentes es que todos implican la aplicación real de la fuerza sobre otra persona. El terrorismo básico, por lo tanto, por su propia definición, implica el uso de la fuerza física que va más allá de la mera expresión. Por esta razón, es improbable que el artículo 573 (1) interfiera directamente con el derecho a la libertad de expresión.

Sin embargo, es probable que la definición básica de terrorismo interfiera indirectamente con la libertad de expresión. El artículo 573 (3) amplía la definición de terrorismo para incluir el "enaltecimiento" y la "incitación" al terrorismo, tal como se define, respectivamente, en los artículos 578 y 589 del Código Penal. Estas dos formas ampliadas de terrorismo pueden interferir claramente con la libre circulación de información e ideas y, por lo tanto, con el derecho a la libertad de expresión. Más importante para nuestro análisis es otra cuestión: las dos formas extendidas de terrorismo se basan y dependen de la definición básica de terrorismo prevista en el Artículo 573 (1). En otras palabras, lo que constituye "enaltecimiento" o "incitación al terrorismo" depende, en última instancia, de lo que constituye terrorismo en primer lugar. De esta manera, es probable que la definición básica de terrorismo interfiera indirectamente con la libertad de expresión.

Puesto que el terrorismo, en su forma básica -al ser probable que interfiera indirectamente con la libertad de expresión-, está sujeto a las mismas normas internacionales aplicables a cualquier otra restricción a la libre expresión. Por lo tanto, no solo cabe, sino que es adecuado analizar el artículo 573 (1) a la luz de estas normas.

Algunos de los fines ulteriores exigidos por el artículo 573 (1) del Código Penal son excesivamente amplios y ambiguos. Este es, concretamente, el caso de los propósitos de "subvertir el orden constitucional", "suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado", "obligar a las autoridades públicas a realizar un acto o abstenerse de hacerlo", y "alterar gravemente la paz pública". Los tres primeros de estos fines

se basan claramente en el artículo 3 (2) (b) y (c) de la Directiva de la UE contra el terrorismo. Sin embargo, son vagos y ambiguos en un grado que no se puede admitir.

El delito de "terrorismo" tipificado en el artículo 573 del Código Penal, en la medida en que se aplique a una conducta expresiva, puede efectivamente abarcar expresiones que no representan ninguna amenaza inmediata para la seguridad nacional. La experiencia reciente demuestra que se han aplicado otros artículos del Código Penal que dependen de la definición de "terrorismo" para criminalizar expresiones no violentas y que no representan un peligro real y justificable para la seguridad nacional.

### ***“Enaltecimiento del terrorismo”***

Además, el artículo 578 (1) del Código Penal establece que es delito participar en cualquier "enaltecimiento o justificación" de un delito de terrorismo tipificado en el Código Penal (artículos 572-577), o elogiar o justificar los actos de "quienes hayan participado en su ejecución, o en la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o sus familiares"<sup>35</sup>.

Otros preceptos especifican circunstancias en las cuales las sentencias han de dictarse dentro de la mitad superior de este rango. Se incluyen circunstancias como cuando la conducta delictiva se comete en Internet (artículo 578 (2)), o cuando el delito "altera gravemente la paz pública" o "crea un grave sentimiento de inseguridad" (artículo 578 (3)).

El artículo 578 (4) estipula que el juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los materiales ofensivos, y cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y comunicación, determinará la retirada de los detenidos.

ARTICLE 19 considera que estas prohibiciones violan el derecho a la libertad de expresión.

- En primer lugar, la terminología empleada en el artículo 578 (1) es tan vaga que incumple el requisito que el derecho internacional estipula para restricciones a la libertad de expresión. Es probable que la interpretación de todas las palabras clave sea altamente subjetiva. Observamos que, aunque los Estados se han comprometido en la ONU a "prohibir por ley la incitación a cometer un acto o actos terroristas"<sup>36</sup>, los delitos de "enaltecimiento del terrorismo" generalmente no alcanzan el umbral de incitación y plantean serias preocupaciones desde una perspectiva de libertad de expresión. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha planteado preocupaciones concretas según las cuales los delitos de "elogio", "enaltecimiento" o "justificación" del terrorismo deben ser claramente definidos para que no conduzcan a una interferencia innecesaria o desproporcionada en la libertad de expresión<sup>37</sup>. Además, especifican que "no es compatible con el párrafo 3 [del Artículo 19, PIDCP], por ejemplo, invocar tales leyes para suprimir o retener información pública de interés público legítimo que no dañe la seguridad nacional"<sup>38</sup>.
- En segundo lugar, no creemos que el enaltecimiento, la justificación o cualquier otra forma de expresión relacionada con el terrorismo o cualquier forma de violencia pueda prohibirse, a menos que se pretenda claramente incitar directamente a dicha conducta. En este caso, en lugar de limitarse a los actos de "incitación", el artículo 578 (1) podría aplicarse para limitar cualquier comentario que enalteciera actos terroristas o personas que hayan cometido tales actos, o comentarios que puedan resultar molestos o insultantes para las víctimas de esos

actos, los supervivientes o sus familiares. La ausencia de cualquier requisito de intención de incitar a un acto terrorista, así como la ausencia de cualquier necesidad de demostrar que tal expresión puede conducir a la inminente comisión de tales actos, es demasiado amplia y no está justificada por el derecho internacional de los derechos humanos<sup>39</sup>. Estas preocupaciones crecen por la amplitud de la definición de terrorismo en virtud del artículo 573, que puede extender la aplicación del "enaltecimiento" a expresiones o actos de protesta no violenta que tienen un propósito político.

- En tercer lugar, las sanciones agravadas para expresiones como las aludidas en el artículo 578 (2) plantean preocupaciones desde el punto de proporcionalidad de las sanciones. Observamos que, por ejemplo, la Declaración del Consejo de Europa sobre la libertad de comunicación en Internet especifica que "los Estados miembros no deben someter el contenido en Internet a restricciones que vayan más allá de las que se aplican a otros medios de entrega de contenido"<sup>40</sup>. El informe correspondiente a 2019 del Relator Especial de la ONU sobre la lucha contra el terrorismo también destacó que los efectos adversos de invocar el antiterrorismo para restringir la libertad de expresión se exacerban cuando se aplican a formas de expresión *online*<sup>41</sup>. ARTICLE 19 señala que el Gobierno no ha argumentado por qué es necesario un aumento de las sentencias por expresión en Internet. Esto resulta particularmente preocupante a la luz del hecho de que la expresión *online* a menudo es mucho más reactiva, atrevida e intrascendente que otras formas de expresión.

Por lo que respecta al artículo 578 (4), ARTICLE 19 considera que es positivo que, de acuerdo con las recomendaciones del Relator Especial sobre libertad de expresión<sup>42</sup>, la eliminación del contenido ofensivo sea ordenada por un tribunal, en lugar de por un organismo gubernamental. Sin embargo, consideramos que el artículo 578 (4), combinado con los preceptos anteriores, carece de claridad, por lo que no cumple con la primera parte del principio tripartito anteriormente detallado en este informe. En particular, no prevé ningún requisito en cuanto a tener en cuenta el impacto que pueden tener sobre la libertad de expresión las órdenes de retirada de contenidos, y no se especifican las medidas concretas que pueden ser ordenadas por los tribunales. Por ejemplo, no hay nada en estas disposiciones que impida que un tribunal ordene un bloqueo total (y por lo tanto desproporcionado) del acceso a nombres de dominio, contrariamente a lo dispuesto en normas internacionales sobre libertad de expresión.

Por lo tanto, ARTICLE 19 considera que la ley debe especificar criterios que los tribunales deban tener en cuenta al emitir órdenes en virtud de las disposiciones del artículo 578 (4) del Código Penal. Esto debería incluir, entre otras, las siguientes consideraciones:

- que la orden sea el medio menos restrictivo disponible para poner fin a los actos individuales de infracción, incluida una evaluación de cualquier impacto adverso sobre el derecho a la libertad de expresión;
- si se impedirá el acceso a otro material no infractor y, en tal caso, en qué medida, teniendo en cuenta que, en principio, el contenido no infractor nunca debe bloquearse;
- la efectividad general de la medida y los riesgos de bloqueo excesivo.

Tanto por la vía del Código Penal, como en el marco de otra normativa, debe especificarse que nunca se permite el bloqueo de un nombre de dominio completo, ya que ello afecta de forma desproporcionada al derecho a la libertad de expresión. La ley debe proporcionar salvaguardas contra el abuso en la ejecución de medidas de bloqueo provisionales.

ARTICLE 19 constata que el artículo 578 (1) ha debido ser en múltiples ocasiones objeto de interpretación por el Tribunal Supremo español, el Constitucional y varias otras instancias inferiores. La posición más reciente de la Cámara de lo Penal del Tribunal Supremo, -que es el resultado de un proceso arrastrado e infructuoso de la evolución de su jurisprudencia<sup>43</sup>, postula que la aplicación del Artículo 578 (1) no requiere que la persona acusada incite directamente a otro cometer un acto concreto de terrorismo; es suficiente con que el acusado origine, "incluso indirectamente, una situación de riesgo para las personas, o para los derechos de terceros, o para el sistema de libertades en sí"<sup>44</sup>. Según el Tribunal Supremo, la existencia de este riesgo debe evaluarse "en abstracto" y puede establecerse si el contenido de la expresión en cuestión es "intrínsecamente capaz" de crear dicho riesgo<sup>45</sup>. La construcción realizada por el Tribunal Supremo del Artículo 578 (1) confirma inequívocamente que este precepto no cumple con las normas internacionales en materia de libertad de expresión.

### ***“Incitación al terrorismo”***

El artículo 579 del Código Penal sobre "incitación a actos terroristas" convierte tal conducta en delito penal para cualquier persona "que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo". Este delito abarca los "actos terroristas" descritos en los artículos 573 y 578. Las sanciones varían según el "acto terrorista" que se alega que incite la expresión.

El Artículo 579 (2) tipifica un delito distinto, aunque sujeto a las mismas sanciones, por "incitación" que sea "pública" o "ante una concurrencia de personas". La misma pena se aplica a otros actos de provocación, conspiración y propuesta para cometer cualquiera de los delitos del Capítulo respectivo del Código Penal.

El artículo 579 (3) establece que las órdenes de bloqueo y eliminación de contenidos de "incitación a actos terroristas" *online* también son de aplicación bajo este delito (579 (4)).

Aunque mucho más limitado que el delito de "enaltecimiento" en virtud del artículo 578, y aparentemente utilizado con menos frecuencia, esta disposición sigue siendo objeto de graves preocupaciones en materia de libertad de expresión, y ello, en buena medida, por los mismos motivos:

- Tal y como se señaló anteriormente, la definición de "terrorismo" en el artículo 573 es tan amplia que el delito de "incitación a actos terroristas" puede comprender expresiones que simplemente alienten a la organización política no violenta que el gobierno considere desestabilizadora, pero que no supone una amenaza para los genuinos intereses de seguridad nacional;
- El delito no se limita a la incitación intencionada, sino que también engloba toda expresión que pueda considerarse "incitación", únicamente en base a su contenido, incluidas formas artísticas u otras formas de expresión que cabe abarcar en virtud del artículo 378;
- Son imprecisas las condiciones necesarias para que una conducta sea considerada "idónea" para la incitación, y no se requieren explícitamente (i) pruebas de que la expresión pueda incitar a la violencia de forma inminente, ni (ii) pruebas de una conexión directa e inmediata entre la expresión y la probabilidad o ocurrencia de tal violencia;

- En una sociedad democrática, no es necesario crear categorías particulares de restricciones basadas en el contenido en concurrencia de personas, como ocurre en el artículo 579 (2), ya que es probable que ello tenga un efecto negativo en reuniones pacíficas;
- Este delito proporciona una oportunidad de restringir arbitrariamente la expresión en Internet que está protegida por el derecho internacional de los derechos humanos.

ARTICLE 19 reitera que el Relator Especial de la ONU sobre la lucha contra el terrorismo ha establecido que el umbral para estos delitos basados en un contenido incipiente requieren una probabilidad razonable de que la expresión en cuestión logre incitar a un acto terrorista, estableciendo así un grado de vínculo causal o riesgo real de que ocurra el resultado proscrito.<sup>46</sup>

Por estos motivos, se precisan reformas que alineen el artículo 579 con el derecho internacional de los derechos humanos.

### ***“Reclutamiento y/o adoctrinamiento”***

El artículo 575 contiene disposiciones relacionadas con el reclutamiento y el adoctrinamiento terrorista.

El artículo 575 (1) tipifica como delito el entrenamiento o el adoctrinamiento en combate para llevar a cabo actos de terrorismo (como se especifica en los artículos 573-579). Además, el artículo 575 (2) especifica que “quien, con tal finalidad accede de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público *online* o a contenidos accesibles a través de Internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”<sup>47</sup>.

ARTICLE 19 tiene graves preocupaciones en relación con el artículo 575(2):

- Sus disposiciones son vagas y demasiado amplias. No queda claro qué se entiende por "acceder regularmente" al contenido ofensivo; en concreto, cuántas veces debe el individuo abrir un enlace o ver cierta comunicación para incurrir en el delito. Incluso si el Estado pretendía abarcar determinados patrones de comportamiento, dada la naturaleza y los problemas que puede haber en la conexión a Internet, es muy probable que una persona que busca ver material terrorista por mera curiosidad intente recargas en varias ocasiones antes de poder acceder a tal contenido.
- En cualquier caso, las personas no deben ser criminalizadas cuando simplemente intentan formarse una opinión informada sobre las motivaciones y acciones de grupos terroristas sin intención de cometer un delito terrorista. La mera visualización de material por parte de una persona sin intención real de cometer un acto terrorista parece ser suficiente para comprometer la responsabilidad penal.
- No hay defensa posible en estas disposiciones, por lo que pueden tener graves consecuencias para el periodismo de investigación, investigaciones académicas o personas que simplemente intentan comprender la ideología que impulsa a los grupos terroristas.

Desde una perspectiva comparativa, observamos que el Consejo Constitucional francés (*'Conseil constitutionnel'*), máxima autoridad constitucional en Francia, declaró inconstitucional una disposición similar en 2017<sup>48</sup>. El Consejo Constitucional señaló que las autoridades ya tenían varios poderes para afrontar la amenaza del terrorismo, que abarca una variedad de delitos de terrorismo y el poder de bloquear el acceso a sitios que incitan al terrorismo y/o lo enaltecen públicamente. Además, consideró que el *mens rea* por el delito de "consultar regularmente sitios web de terroristas", a saber, que el procesado defendió las opiniones expresadas en los sitios web en cuestión, no era suficiente para establecer que el acusado tenía la intención de cometer actos de terrorismo; también consideró que la defensa mediante "excusa razonable" en la ley francesa (que no se prevé en el código penal español) era insuficiente para proteger el derecho de las personas a buscar información *online*.

Por último, queremos destacar la Directiva de la UE sobre terrorismo de 2017; aunque lejos de ser perfecta, consideramos que su artículo 8, que ordena a los Estados miembros que tipifiquen como delito recibir capacitación para el terrorismo, junto con los considerandos 11 y 40, proporciona una claridad mucho mayor que la del artículo 575 (2) del Código Penal español.<sup>49</sup>

### Recomendaciones:

- La definición de "terrorismo" facilitada en el artículo 573 del Código Penal debe ajustarse de modo que se limite claramente a los actos de violencia, introduciendo el elemento de intención y las salvaguardas para garantizar que este precepto no se pueda utilizar para limitar la expresión política;
- Debe modificarse el artículo 578 (4) sobre medidas relacionadas con el contenido *online*;
- Debe derogarse el artículo 575 (2);
- El artículo 578 sobre el "enaltecimiento del terrorismo" debe derogarse en su totalidad;
- El artículo 579 debe revisarse para dejar claro que la "incitación al terrorismo" requiere la intención de cometer un delito de terrorismo, y para exigir pruebas de que es probable que la expresión en cuestión incite a la violencia de forma inminente.

## Injurias

### *El delito de injurias en el Código Penal*

Los artículos 208 a 216 del Código Penal tipifican el delito de injurias.

El artículo 208 define injurias como "la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación". Además, especifica que solamente serán constitutivos de delito "las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público<sup>50</sup>" por graves; esto cubre situaciones en las que "se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad<sup>51</sup>".

El artículo 210 establece la exención de responsabilidad probando la verdad en aquellos casos en que las declaraciones impugnadas fueron realizadas "contra funcionarios públicos sobre hechos

concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas". Además, el artículo 215 estipula que, por los delitos previstos en esta sección (artículos 208 a 216), nadie será procesado sino en virtud de querrela de la persona ofendida, a menos que el delito se cometa contra un "funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos".

ARTICLE 19 considera que estos artículos no cumplen con el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>52</sup>

En primer lugar, tal y como se señaló anteriormente, el único propósito legítimo de la legislación contra las injurias es proteger a las personas de declaraciones falsas que causen daños a su reputación. No es legítimo que lo legislado sobre difamación se elabore para proteger sentimientos subjetivos o una comprensión subjetiva del propio sentido de honor.<sup>53</sup>

Además, nadie debe ser considerado responsable de la expresión de una opinión. Tal y como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

[A] se debe hacer una distinción cuidadosa entre hechos y juicios de valor. La existencia de hechos puede demostrarse, mientras que la verdad de los juicios de valor no es susceptible de prueba... En cuanto a los juicios de valor, este requisito [para probar su verdad] es imposible de cumplir e infringe la propia libertad de opinión<sup>54</sup>.

En segundo lugar, ARTICLE 19 señala que los organismos internacionales de derechos humanos reconocen cada vez más que las sanciones penales nunca son una pena proporcional por injurias y recomiendan a los Estados que deroguen toda la legislación penal en materia de injurias e insultos, sobre la base de que los derechos de reputación de las personas pueden protegerse de manera más efectiva a través de la protección que brinda el derecho civil.<sup>55</sup>

La criminalización de una actividad concreta implica un claro interés del Estado en controlarla y le confiere, además, un estigma social; ninguna de estas circunstancias creemos que está justificada en relación con la protección de la reputación de las personas. Los tribunales internacionales han subrayado la necesidad de que los gobiernos ejerzan moderación en la aplicación de recursos penales al restringir derechos fundamentales. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado reiteradamente que las sanciones penales solo deben utilizarse como último recurso, y solo en las circunstancias más extremas.<sup>56</sup> La escasez de casos de delitos de injurias en las democracias de derecho consuetudinario establecido sugiere que dicho delito es innecesario. La difamación debe tratarse a través del derecho civil.

### ***Calumnias o injurias contra la Corona***

El Código Penal contiene varios delitos que brindan una mayor protección a la familia real. A saber:

- **El artículo 490 (3)** penaliza la "calumnia" y las "injurias" contra varios miembros de la Familia Real española, en el ejercicio de sus funciones oficiales o con motivo u ocasión de éstas;<sup>57</sup>
- **El artículo 491 (1)** penaliza la "calumnia" y las "injurias" contra varios miembros de la familia real española, fuera de los supuestos previstos en el artículo anterior;<sup>58</sup>

- **El artículo 491 (2)** penaliza el uso de imágenes de reyes o reinas del pasado, presente o futuro, u otros miembros actuales de la Familia Real, "de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona".<sup>59</sup>

ARTICLE 19 señala que estas disposiciones no cumplen con los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, establecidos a la luz de los estándares internacionales de libertad de expresión.

- En primer lugar, estos preceptos no cumplen con los criterios de legalidad, ya que están formuladas de manera demasiado amplia, dejando un amplio margen de discreción para su aplicación e implementación y están abiertas a una amplia interpretación y a posibles abusos.
- En segundo lugar, estos artículos establecen restricciones desproporcionadas e innecesarias sobre el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, como se señaló anteriormente, los tribunales internacionales de derechos humanos han sostenido reiteradamente que los cargos públicos deben tolerar más, no menos, críticas que los ciudadanos de a pie; en particular los cargos de más alto rango, como los jefes de estado y la monarquía no electa<sup>60</sup>.
- Es más, el Código Penal establece un nivel desproporcionado de sanciones por la violación de estos preceptos. Como se ha señalado anteriormente, el delito de injurias debe despenalizarse por completo. Por lo tanto, bajo ninguna circunstancia debe la legislación proporcionar una protección especial para los cargos públicos o figuras de relevancia pública, independientemente de su estado o rango.

Los preceptos tipificando delitos de Lesa Majestad, como los contenidos en el Código Penal, son una marca distintiva de regímenes represivos.<sup>61</sup> Su existencia, incluso como reliquias históricas, en los Códigos Penales de las democracias, aunque no conducen a enjuiciamientos, supone un ejemplo regresivo en el ámbito internacional.

### Recomendaciones:

- Los artículos 208 a 216 y 490 (3), 491 (1) y 491 (2) deben ser abolidos en su totalidad. El delito de injurias debe ser completamente despenalizado y reemplazado por recursos civiles apropiados.

## Protección de instituciones estatales

Cuatro disposiciones del Código Penal penalizan "injurias" dirigidas contra instituciones públicas y símbolos:

- **El artículo 496** penaliza " injurias graves" contra cualquiera de las dos cámaras de las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas de cualquiera de las Comunidades Autónomas, o cualquiera de sus comités que los representan en actos públicos, mientras estén en sesión.<sup>62</sup>

- **El artículo 504 (1)** tipifica como delito la "calumnia, injuria o amenaza" contra el Gobierno de la Nación, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo o el Consejo de Gobierno o el Tribunal Superior de cualquiera de las Comunidades Autónomas.<sup>63</sup>
- **El artículo 504 (2)** tipifica como delito las "injurias o amenazas graves" contra los Ejércitos, las Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.<sup>64</sup>
- **El artículo 543** penaliza los ultrajes contra "España", que se definen como "ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho contra España, sus Comunidades Autónomas, o sus símbolos o emblemas, cuando se efectúan con publicidad<sup>65</sup>".

ARTICLE 19 considera que estos cuatro preceptos son fundamentalmente incompatibles con las normas internacionales en materia de libertad de expresión.

Según el artículo 19 (3) del PIDCP, no es legítimo limitar la libertad de expresión para proteger la reputación de las instituciones públicas. Varias democracias asentadas no permiten a los organismos públicos (como ministerios, agencias gubernamentales o municipios) demandar por injurias bajo ninguna circunstancia, tanto por considerar importante que haya un debate abierto sobre el funcionamiento de dichos organismos, como porque no se piensa que tengan "reputación" con derecho a protección. Ni los Estados ni los organismos públicos son titulares de derechos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos: solo son objeto de obligaciones y no deben tener intereses de reputación judicialmente recurribles<sup>66</sup>. Como entidades abstractas sin ánimo de lucro, los organismos públicos carecen del interés emocional o económico de evitar daños a su buen nombre. Además, la presentación de demandas por injurias por parte de estos organismos se considera un uso indebido del dinero público, en particular debido a los amplios medios no jurídicos de que disponen para responder a las críticas; por ejemplo, a través de una contradecларación pública.

La prohibición de querellas por injurias debe aplicarse a todos los organismos públicos, ya sean parte del poder legislativo o de cualquier otro poder.

### Recomendaciones:

- Los artículos 496, 504 (1) y (2) y 543 deben derogarse en su totalidad.

## Ofensas a la religión y a los sentimientos religiosos

Dos son los preceptos del Código Penal que protegen de ofensas o injurias a quienes profesan una religión o creencia:

- **El artículo 524** penaliza la perpetración de "actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos" en un templo, lugar destinado al culto, o en ceremonias religiosas.<sup>67</sup>
- **El artículo 525 (1)** tipifica como delito la ofensa "a los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa", y el escarnio público, "de palabra, por escrito, o mediante cualquier tipo de documento", "de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias<sup>68</sup>".

ARTICLE 19 considera que estas disposiciones no cumplen con los estándares internacionales en materia de libertad de expresión.

Según el artículo 19 (3) del PIDCP y el artículo 10 (2) de la Convención Europea, no es legítimo limitar la libertad de expresión para proteger de críticas las religiones o creencias, o defender a quienes profesan una religión o creencia de ofensas, críticas o escarnio. El derecho internacional de los derechos humanos no protege conceptos abstractos, como la religión o los sistemas de creencias. Los derechos de reputación en su forma limitada solo se aplican a las personas, por lo que delitos como los tipificados en los artículos 524 y 525 (1) no se corresponden con un objetivo legítimo según el derecho internacional.

A ARTICLE 19 le preocupa que, según estos artículos, es probable que muchas formas de expresión, incluidas las formas legítimas de expresión artística, política y religiosa, puedan ser sujetas a restricciones arbitrarias y censura por parte del Estado. Esto debería ser motivo de preocupación también para las personas religiosas, especialmente en España, ya que la libertad de expresar puntos de vista religiosos se ve asimismo amenazada por estos preceptos.

ARTICLE 19 señala asimismo que la revocación de las leyes que protegen del insulto la religión y los sentimientos religiosos es objeto de apoyo por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU<sup>69</sup>, del Consejo de Derechos Humanos de la ONU<sup>70</sup>, así como por el Plan de Acción de Rabat<sup>71</sup>, varios procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos<sup>72</sup>, la Comisión de Venecia<sup>73</sup>, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>74</sup> y las Directrices de la Unión Europea sobre Libertad de Religión o Creencias.<sup>75</sup> Son ya varios los países de Europa que han decidido derogar su legislación sobre blasfemia.<sup>76</sup>

### Recomendaciones:

- Los artículos 524 y 525 (1) deben derogarse por completo. Solo se deben permitir protecciones por incitación a la violencia, hostilidad y discriminación por motivos religiosos. El Estado debe hacer esfuerzos positivos para promover la tolerancia religiosa en lugar de aplicar sanciones penales.

## ‘Discurso de odio’

### *Incitación*

El artículo 510 prohíbe varios tipos de delitos de incitación<sup>77</sup>:

- **El artículo 510 (1) (a)** penaliza a quien públicamente fomente, promueva o incite, 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, identidad u orientación sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad;
- **El artículo 510 (1) (b)** penaliza a quien produce, elabora, posee con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuya, difunda o venda 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 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, identidad u orientación sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

- **El artículo 510 (1) (c)** penaliza a quien “públicamente niegue, trivialice gravemente o enaltezca los delitos de genocidio, de lesa humanidad” o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezca a sus perpetradores, 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, identidad u orientación sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

Tal y como se ha descrito anteriormente, el derecho internacional solo requiere que los Estados restrinjan la libertad de expresión en circunstancias muy limitadas, establecidas en el artículo 20 (2) y el Artículo 19 (3) del PIDCP. El artículo 20 (2) del PIDCP prohíbe la promoción del odio que constituya una incitación a la hostilidad, a la discriminación o a la violencia. El uso de los términos "defensa" e "incitación" implica que solo se deben prohibir expresiones que defiendan intencionalmente la discriminación, la hostilidad o la violencia y, además, que dichas expresiones deben asimismo ser susceptibles de causar hostilidad, discriminación o violencia hacia el grupo protegido.

Al evaluar los delitos de incitación en las disposiciones del artículo 510 (1), se deben destacar las siguientes características clave:

En primer lugar, las prohibiciones del artículo 510 (1) no cumplen con estos requisitos porque prohíben la conducta sin requerir intencionalidad y sin requerir pruebas de que un resultado prohibido fue intencional o probable como consecuencia de tal expresión.

En segundo lugar, se prohíbe una amplia gama de conductas:

- Las prohibiciones del artículo 510 (1) (b) de “producir, elaborar, poseer con la finalidad de distribuir, facilitar a terceras personas el acceso, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover o incitar” la conducta prohibida, va más allá de las disposiciones del artículo 20 (2) del PIDCP.

ARTICLE 19 es consciente de que según el artículo 4 (a) de la Convención Internacional para la Eliminación de la Discriminación Racial (ICERD)<sup>78</sup>, los estados están obligados a "declarar [como] delito punible por ley" un tipo diferente de conducta<sup>79</sup> al previsto en el Artículo 20 (2) del PIDCP. Con anterioridad a este informe, ARTICLE 19 ha señalado que los tratados deben interpretarse de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>80</sup>. La Convención de Viena estipula que "un tratado se interpretará de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que se le dará a los términos del mismo en su contexto y a la luz de su objeto y propósito<sup>81</sup>" y cualquier práctica o acuerdo posterior. Cuando la interpretación "deja el significado ambiguo u oscuro o conduce a" un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, se pueden utilizar medios de interpretación complementarios. ARTICLE 19 argumenta que, basándose en la Convención de Viena, el artículo 4 (a) de la ICERD debe interpretarse con la "debida consideración" al derecho a la libertad de expresión (tal y como está protegida en el artículo 5 de la ICERD y en el artículo 19 del PIDCP); y, más generalmente,

con la debida consideración a cualquier acuerdo que haya seguido a la adopción de la ICERD, incluido el PIDCP.

Sugerimos asimismo que las disposiciones de “difusión de ideas basadas en la superioridad u odio racial” y la “asistencia a actividades racistas” se interpreten en sentido estricto, de acuerdo con el nivel de gravedad y el umbral establecido por el artículo 20 (2) del PIDCP. Solo debe prohibirse la difusión de ideas o la financiación de actividades a escala muy grande y grave. Además, los Estados deben asegurarse de que cualquier prohibición emprendida por ley para interpretar el Artículo 4 (a) de la ICERD sea necesaria y proporcional con un objetivo legítimo, y debe incluir el requisito de intencionalidad de lograr un resultado prohibido.

- Las disposiciones del artículo 510 (1) (c) que prohíben “la negación pública, la trivialización grave o el enaltecimiento de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad” y otros crímenes se desvían de las normas internacionales, al penalizar la “incitación directa e indirecta al genocidio”. Esta redacción es vaga y mucho más amplia que las disposiciones de la Convención sobre Genocidio y el derecho penal internacional. Según el derecho penal internacional, las condenas por incitación directa y pública al genocidio requieren la prueba de varios elementos clave, incluida la naturaleza pública<sup>82</sup> y directa<sup>83</sup>, así como la intención<sup>84</sup> de incitar al genocidio. Por ejemplo, hemos observado que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda declaró que la incitación al genocidio debe incluir un llamamiento directo a cometer un acto de genocidio, así como el requisito de la intencionalidad<sup>85</sup>; y que el contexto específico es un factor a considerar a la hora de decidir si la expresión constituye una incitación directa a cometer genocidio<sup>86</sup>.
- El Código Penal español no aporta un principio específico para evaluar los casos de incitación.

Por ello, ARTICLE 19 recomienda revisar estas disposiciones y adecuarlas al artículo 20 (2) del PIDCP, preferiblemente recurriendo a la orientación proporcionada en el Plan de Acción de Rabat.

### ***Otros tipos de ‘discurso de odio’***

**El artículo 510 (2)** tipifica como delito otros casos de “discurso de odio”:<sup>87</sup>

- **El artículo 510 (2) (a)** prohíbe lesionar la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos o individuos con características protegidas (como se definen en el artículo (510 (1)), o que 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 desacreditación de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos;
- **El artículo 510 (2) (b)** prohíbe enaltecer o justificar por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos –o a quienes hayan participado en su ejecución- que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo o una persona determinada en función de las características protegidas. Se puede imponer una pena mayor si estos actos “promueven o favorecen un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos”.

ARTICLE 19 entiende que estas disposiciones están destinadas a proporcionar protección a grupos y personas en base a las características protegidas. Sin embargo, observamos que, aunque bajo los estándares internacionales, los Estados tienen la obligación de prohibir ciertos tipos de expresión (según el artículo 20 (2) del PIDCP) y pueden prohibir determinados discursos (por ejemplo, para proteger los derechos de los demás según el artículo 19 (3) del PIDCP). Existe una amplia gama de expresiones que es preocupante en términos de intolerancia y discriminación, pero que debe protegerse de tal restricción en virtud del artículo 19 (3) del PIDCP.

ARTICLE 19 señala que esta disposición carece de suficiente claridad en términos de lo que podría abarcar "lesionar la dignidad", o "humillación, menosprecio o descrédito". Estos preceptos tampoco requieren que quienes escuchen la expresión sean incitados a cometer un acto perjudicial contra las personas bajo características protegidas, tal y como se estipula en el Artículo 20 (2) del PIDCP. También falla la prueba de necesidad; algunas de estas disposiciones se asemejan a las disposiciones en materia de injurias que no deben abordarse en el derecho penal (véase *ut supra*).

ARTICLE 19 también señala que el derecho internacional de los derechos humanos no requiere sanciones penales para los casos de incitación; en particular, para los casos de incitación a la discriminación u hostilidad. El enfoque de penas privativas de libertad -incluida la provisión de penas mínimas- no proporciona a las y los jueces suficiente flexibilidad para garantizar que las sanciones impuestas sean proporcionadas. Las multas y sentencias comunitarias también deben considerarse como sentencias alternativas. Además, en el derecho civil y administrativo existen vías alternativas de acción que proporcionan formas alternativas de búsqueda de reparación que pueden resultar más proporcionadas y efectivas.

### Recomendaciones:

- Se debe revisar el artículo 510 del Código Penal. La apología del odio discriminatorio que constituye una incitación a la hostilidad, a la discriminación o a la violencia debe prohibirse de acuerdo con los artículos 19 (3) y 20 (2) del PIDCP, estableciendo un umbral alto para toda limitación de la libertad de expresión (como se establece en el Plan de Acción de Rabat);
- El artículo 510 (1) (c) debe enmendarse para alinearlo con el derecho penal internacional, reduciendo el contenido del precepto a "incitación directa y pública al genocidio";
- Debe eliminarse toda agravante basada en la expresión online;
- El gobierno debe desarrollar un plan integral sobre la puesta en práctica del Plan de Acción de Rabat. En particular, debe aprobar e implementar un plan integral para capacitar a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, al poder judicial y aquellas personas que participan en la administración de justicia en asuntos relacionados con la prohibición de incitar al odio y del "discurso de odio".

## Sobre ARTICLE 19

---

ARTICLE 19 aboga por el desarrollo de normas progresivas en materia de libertad de expresión y libertad de información en el ámbito internacional y regional, que se apliquen en los sistemas legales nacionales. La organización ha elaborado una serie de publicaciones normativas que describen el derecho internacional y comparado, así como las mejores prácticas en áreas como la legislación en materia de injurias, la libertad de expresión y la igualdad, el acceso a la información y las normativas en materia de radiodifusión.

Sobre la base de estas publicaciones y de la experiencia general de ARTICLE 19 en el ámbito jurídico, la organización publica una serie de análisis legales cada año, analizando propuestas legislativas, así como la legislación existente que afecta al derecho a la libertad de expresión. Este trabajo analítico, llevado a cabo desde 1998 como un medio para apoyar un esfuerzo positivo de reforma legal en todo el mundo, con frecuencia conduce a mejoras sustanciales en la legislación nacional propuesta o existente. Todos nuestros análisis están disponibles en:

<http://www.article19.org/resources.php/legal>.

Si desea comentar este análisis más a fondo, o si tiene algún asunto sobre el que le gustaría atraer la atención del Programa de Derecho de ARTICLE 19, puede contactarnos por correo electrónico en esta dirección: [legal@article19.org](mailto:legal@article19.org).

Para obtener más información sobre el trabajo de ARTICLE 19 en Europa en general y en España en particular, contacten con Sarah Clarke, Encargada de Europa y Asia Central en ARTICLE 19.

---

<sup>1</sup> [Boletín Oficial del Estado, Ley Orgánica 2/2015, del 20 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo](#), 31 de marzo de 2015, y sus enmiendas [Ley Orgánica 1/2019, del 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 21 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de ámbito internacional](#).

<sup>2</sup> Por ejemplo, en abril de 2017, Casandra Vera fue sentenciada a prisión suspendida de un año, así como a inhabilitación de siete años para trabajar en el sector público, por una serie de bromas relacionadas con el asesinato del primer ministro español y sucesor del dictador, Francisco Franco, Almirante Luis Carrero Blanco, perpetrado por ETA en 1973. En febrero de 2018, el Tribunal Supremo anuló la sentencia por "humillar a las víctimas del terrorismo" reconociendo que Vera se estaba burlando de la tragedia humana, pero que no era un caso que requiriera respuesta del sistema penal; véase, por ejemplo [The Guardian, Jail for a joke: student's case puts free speech under spotlight in Spain](#), 18 de abril de 2017.

En 2017, la revista satírica "El Jueves" fue acusada de varios delitos tras bromear en diversos artículos satíricos con que los agentes de policía consumían cocaína en Cataluña, durante las manifestaciones coincidentes con el referéndum de 2017. 18 meses después, en marzo de 2019, la causa fue archivada por la Audiencia de Barcelona; RTVE, [La Audiencia de Barcelona archiva la causa a 'El Jueves' por la sátira de la Policía Nacional](#), 27 de mayo de 2019.

En 2017, el actor Toni Albà fue acusado de un delito grave de injurias por una serie de publicaciones en Twitter en las que criticaba a la Policía Nacional y a los funcionarios de seguridad desplegados en Cataluña por el 1-O. Respondía a una serie de imágenes difundidas donde se les calificaba de "banda de terrorismo de Estado" y afirmaba que "atropellar ciudadanos lo hace el islámico y el hispánico". En febrero de 2020, un juez concluyó que sus comentarios se ajustaban al delito de injurias graves previsto en el Código Penal, pero que era necesario sopesarlos contra el derecho a la libertad de expresión, resolviendo que el actor expresaba sus opiniones sobre cuestiones de relevancia pública y que, por lo tanto, su discurso merecía una protección más amplia; El País, [Absuelto el actor Toni Albà de injurias a la magistrada Judge Carmen Lamela y a cuerpos policiales](#), 7 de febrero de 2020.

<sup>3</sup> En marzo de 2018, Pablo Rivadulla, rapero conocido públicamente como Pablo Hásel, fue sentenciado a dos años y un día de prisión y a una multa de 24.300 euros, por enaltecimiento del terrorismo, entre otras cosas, por enaltecer a los grupos terroristas ETA y GRAPO (artículo 578). Los cargos estaban relacionados con varias publicaciones de Twitter y con un rap publicado en YouTube. Tras una apelación ante el Tribunal Supremo, su condena fue reducida a nueve meses y un día de prisión, en base a que las organizaciones terroristas ETA y GRAPO estaban inactivas en el momento en que se cometió el delito. Véase El País, [La Audiencia Nacional vuelve a condenar al rapero Pablo Hásel por enaltecimiento al terrorismo](#), 2 de marzo de 2018, o Actualidad, [La Audiencia Nacional suspende la ejecución de la primera sentencia contra Pablo Hásel por enaltecimiento del terrorismo](#), 30 de septiembre de 2019.

En 2015, César Augusto Montaña Lehmann (también conocido como César Strawberry), rapero y líder del grupo Def Con Dos, se encontraba entre las diecinueve personas detenidas por "enaltecimiento del terrorismo". En enero de 2017, el Tribunal Supremo anuló una absolución anterior y condenó (en suspenso) a César a un año en prisión por tuits publicados entre 2013 y 2014, entre los que había un chiste consistente en enviar al Rey de España una "bomba tarta" en su cumpleaños. En febrero de 2020, el Tribunal Constitucional determinó que los comentarios de Strawberry estaban protegidos por la libertad de expresión al amparo del discurso político y anuló la sentencia del rapero. Véase, Columbia University [The Case of César Strawberry](#); y El Diario.es, [El Constitucional anula la condena a César Strawberry por sus tuits y los ampara en la libertad de expresión](#), 25 de febrero de 2020.

En febrero de 2016, Alfonso Lázaro de la Fuente y Raúl García Pérez, dos titiriteros, fueron detenidos durante cinco días bajo sospechas de "enaltecimiento del terrorismo" por una función satírica en Madrid; según la acusación, los títeres tenían carteles que apoyaban a ETA, se representaba el ahorcamiento de la efigie de un juez, una monja violada y luego apuñalada hasta la muerte con un crucifijo, y una representación de brutalidad policial. Posteriormente, la investigación concluyó sin cargos en virtud del artículo 578, pero se mantuvo la acusación de un delito diferente, asimismo desestimado en 2017. Véase Amnistía Internacional, [Spain: Puppeteers accused of glorifying terrorism: Alfonso Lázaro de la Fuente and Raúl García Pérez](#), 12 de febrero de 2016; y el New York Times, [Spain Dismisses Terror and Hate Crime Case Against Puppeteers](#), 11 de enero de 2017.

En febrero de 2017, José Miguel Arenas Beltrán, conocido como el rapero Valtonyc, fue sentenciado a tres años y seis meses de prisión por artículos del Código Penal relacionados con delitos de injurias a la Corona. Los jueces determinaron que sus canciones publicadas en Internet incluían expresiones contra el Rey y sus familiares; el Tribunal Supremo confirmó la sentencia en febrero de 2018. Véase El País, [Condenado un rapero a más de 3 años de cárcel por enaltecimiento del terrorismo](#), 22 de febrero de 2017; y RTVE, [El Supremo confirma tres años de cárcel para el rapero Valtonyc por injurias a la corona y enaltecimiento del terrorismo](#), 20 de febrero de 2018.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, UN experts, [Two legal reform projects undermine the rights of assembly and expression in Spain](#), 23 de febrero de 2015; o [the report of the UN Special Rapporteur on countering terrorism](#), A/HRC/16/51, 22 de diciembre de 2010, párrafo 32(8).

<sup>5</sup> La definición-modelo propuesta, de "incitación a actos terroristas" es la siguiente: "Constituye delito de difusión intencional e ilícita o la divulgación por cualquier otro medio, de un mensaje destinado al público con la intención de incitar a la comisión de un delito de terrorismo, siempre que dicha conducta -propugne o no expresamente un delito de terrorismo- provoque un riesgo de que se cometan uno o más delitos de ese tipo" informe A / HRC / 16/51, en su párrafo 32 (Práctica 8).

<sup>6</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Stern Taulats & Roura Capellera v. Spain*, App. Nº 51168/15 y 51186/15, 13 de junio de 2018.

<sup>7</sup> Comité de Derechos Humanos, Draft report of the Working Group on the Universal Periodic Review, A/HRC/WG.6/35/L.4, del 24 de enero de 2020, recomendaciones 6.80 - 6.98.

<sup>8</sup> Aunque al igual que la resolución de la Asamblea General de la ONU, la DUDH no es estrictamente vinculante para los estados, se considera que muchas de sus disposiciones han adquirido fuerza legal como derecho internacional consuetudinario; véase *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (1980) (Tribunal de Apelaciones del Circuito de los EE.UU, 2º circuito).

<sup>9</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, doc. A/6316, España ratificó el PIDCP el 27 de abril de 1977.

<sup>10</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de septiembre de 1950.

<sup>11</sup> Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 de octubre de 2012, 2012/C 326/02.

<sup>12</sup> Comité de Derechos Humanos, [Comentario General Nº 34](#) sobre el artículo 19: sobre el Artículo 19: Libertades de opinión y expresión, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011. Véase también Consejo de Derechos Humanos, Resolución: [The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet](#), A/HRC/20/L.13, 29 de junio de 2012.

<sup>13</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general no. 34, Artículo 19, Libertades de opinión y expresión, 12 de septiembre de 2011, CCPR/C/GC/34

<sup>14</sup> *Ibid*, párrafo 12.

<sup>15</sup> *Ibid*, párrafo 17.

<sup>16</sup> *Ibid.*, párrafo 22.

<sup>17</sup> Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 1624 (2005), párrafo 1 (a). Hay que tener en cuenta que, aunque a menudo se hace referencia a esta Resolución como vinculante, no lo es: no fue emitida al amparo de los poderes del Capítulo 7 del CSONU.

<sup>18</sup> Resolución 1456 (2003), párrafo 6. Véase también la resolución 60/288 de la Asamblea General, de 20 de septiembre de 2006, sobre la Estrategia mundial contra el terrorismo.

<sup>19</sup> Comentario General Nº 34, *op.cit.*, párrafo 46.

<sup>20</sup> ARTICLE 19, [Los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información](#), 2006, Principio 2.

<sup>21</sup> *Ibid.*, Principio 6

<sup>22</sup> Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, 22 de diciembre de 2010, A/HRC/16/51, párrafos 30 – 31.

<sup>23</sup> Para una explicación completa de la política de ARTICLE 19 en materia de "discurso de odio", véase ARTICLE 19, ["Discurso de Odio": Manual](#), 2015, p. 8.

<sup>24</sup> Véase el [Plan de Acción de Rabat de la ONU](#) (2012). En concreto, aclara que se debe tener en cuenta el principio de seis partes para evaluar si los Estados deben tipificar un discurso como delito de incitación.

<sup>25</sup> Observación general 34, *op. Cit.*, Párrafo 11. Véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Handyside v. The UK*, App. 5493/72, 7 de diciembre de 1976.

<sup>26</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Erbakan v. Turkey*, App. 59405/00 (2006), párrafo 56; o *Gündüz v. Turkey*, App. Nº 35071/97 (2004), párrafo 22.

<sup>27</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jersild v. Denmark*, App. Nº 15890/89 (1992), párrafo 35.

<sup>28</sup> [Council Framework Decision 2008/913/JHA](#) de 28 de noviembre de 2008 sobre la lucha contra ciertas formas y expresiones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal.

<sup>29</sup> Véase, por ejemplo, ARTICLE 19, [Submission to the Consultations on the European Union's Justice Policy](#), Diciembre de 2013.

<sup>30</sup> TEDH, *Bodrozoc and Vujin v. Serbia*, App. 38435/05 (2009), párrafo 34.

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, [Joint letter on European Commission regulation on online terrorist content](#), ARTICLE 19, 6 de diciembre de 2018.

<sup>32</sup> Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo *op.cit*, párrafos 8 – 9.

<sup>33</sup> El Código Penal clasifica los delitos de acuerdo con la gravedad de la pena que se les atribuye. Los "delitos graves" se definen en el artículo 13 (1) como aquellos a los que la ley atribuye una "pena grave". Las "sanciones graves", a su vez, son las sanciones más severas autorizadas por el Código Penal y se enumeran (exhaustivamente) en el artículo 33 (2). En consecuencia, los "delitos graves" son efectivamente aquellos delitos a los que la ley atribuye las penas más severas. Además de clasificar los delitos de acuerdo con la severidad de las sanciones aplicables, el Código Penal también clasifica los delitos de acuerdo con el interés legal que buscan proteger. El asesinato y el homicidio involuntario, por ejemplo, entran en la categoría de "crímenes contra la vida". Para cada categoría de delitos, hay un capítulo correspondiente en la Parte Segunda del Código Penal. Siguiendo el ejemplo anterior, los "crímenes contra la vida" están contenidos en el Capítulo 1 de la Parte Segunda del Código Penal.

<sup>34</sup> El terrorismo básico es un delito referencial, ya que se define por referencia a la comisión de un delito diferente. El delito de terrorismo presupone que se comete un delito distinto (asimismo punible en virtud del Código Penal), y que el delito cometido por separado constituye, al mismo tiempo, un "delito grave" y un delito contra uno de los intereses legales mencionados en el artículo 573 (1).

<sup>35</sup> Este delito se puede castigar con una sentencia de pena de prisión de uno a tres años y una multa (artículo 578(1)).

<sup>36</sup> Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 1624 (2005), párrafo 1 (a). Conviene tener en cuenta que, aunque esta resolución a menudo se califica como vinculante, no lo es. No fue emitida bajo los poderes estipulados para ello en el Capítulo 7 del CSNU

<sup>37</sup> *Op. Cit.*, párrafo 46.

<sup>38</sup> *Op. Cit.* en su párrafo 35.

<sup>39</sup> Principios de Johannesburgo sobre Seguridad Nacional y Libertad de Expresión, Principio 2 y Principio 6: "la expresión puede ser castigada como una amenaza a la seguridad nacional únicamente si el gobierno puede demostrar que: (a) la expresión tiene la finalidad de incitar violencia inminente; (b) bien pudiera dar lugar a tal violencia; y (c) existe una conexión directa e inmediata entre la expresión y la probabilidad o el acontecimiento de tal violencia".

<sup>40</sup> Consejo de Europa, Comité de Ministros, [Declaration on freedom of communication on the Internet, adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003 at the 840th meeting of the Ministers' Deputies](#).

<sup>41</sup> Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, [A/HRC/40/52](#), de 1 de marzo de 2019, párrafo 36.

<sup>42</sup> Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, [A/HRC/38/35](#), de 6 de abril de 2018, párrafo 66.

<sup>43</sup> En su jurisprudencia anterior sobre el artículo 478, el Tribunal Supremo interpretó que este artículo no requería una incitación directa ni indirecta para cometer un acto de terrorismo: STS 149/2007 de 26 de febrero de 2007; STS 585/2007 de 26 de junio de 2007; y STS 539/2008 de 23 de septiembre de 2008. Esta construcción se basó en una interpretación puramente literal del artículo 478.

Esta línea de jurisprudencia no se modificó hasta 2015. En un importante fallo del 19 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo confirmó que el artículo 478 tipificaba un "delito de mera conducta" y, por lo tanto, no requería incitación directa ni indirecta para cometer un acto terrorista: STS 106/2015, de 19 de febrero de 2015. Según el Tribunal Supremo, el artículo 478 preveía la barrera de protección que brinda el derecho penal para reprimir la "mera alabanza o justificación genérica, ya sea de actos terroristas o de quienes los ejecutaron".

En 2016, el Tribunal Constitucional español emitió una decisión histórica que establecía que el artículo 478 sólo sería aplicable si se demostraba que la expresión que se buscaba restringir "creaba la ocasión o fomentaba,

aunque fuera indirectamente, una situación de riesgo para las personas o los derechos de terceros, o el sistema de libertades en sí mismo"; véase la Sentencia 112/2016 de 20 de junio de 2016. Esta decisión motivó al Tribunal Supremo a modificar ligeramente su jurisprudencia anterior en 2017.

<sup>44</sup> STS 79/2018 del 15 de febrero de 2017.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> Relator Especial contra el terrorismo, 2019, *op.cit.*, párrafo 37.

<sup>47</sup> Este delito puede ser castigado con penas de prisión de dos a cinco años, incluso cuando "comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines".

<sup>48</sup> Consejo Constitucional, [Decision no. 2017-682 QPC](#), 15 de diciembre de 2017.

<sup>49</sup> El artículo 8 establece que "los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que recibir instrucciones sobre la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre otros métodos o técnicas específicos, con el fin de cometer o contribuir a la comisión de uno de los delitos enumerados en los puntos (a) a (i) del artículo 3 (1), es punible como delito penal cuando se comete intencionadamente".

<sup>50</sup> Según el artículo 211, se perpetran insultos e injurias con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante.

<sup>51</sup> Según el artículo 209, las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses.

<sup>52</sup> Véase asimismo ARTICLE 19, [Defining Defamation: Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation](#), 2017

<sup>53</sup> *Ibid.*, Principio 2 (vi).

<sup>54</sup> TEDH, *Oberschlink v. Austria*, 23 de mayo de 1991, Serie A nº 204, párrafo 13. Véase asimismo *Defining Defamation, op.cit.*, Principio 19.

<sup>55</sup> Comentario general Nº 34, *op. cit.*, párrafo 47; y *Defining Defamation, op.cit.*

<sup>56</sup> Véase, por ejemplo, TEDH, *Gavrilovici v. Moldova*, App. 25464/05, 2009, párrafo 60; *Cumpana y Mazare v. Rumania*, App. 33348/96, 2004, párrafo 115; *Mahmudov y Agazade v. Azerbaijan*, App. 38577/04, 2008, párrafo 50; *Bodrožić y Vujin v. Serbia*, App. 38435/05, 2009, párrafo 39; o *Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, App. 18139/91, 1995.

<sup>57</sup> Este delito se castiga con seis meses a dos años de prisión por delitos "graves" y una multa de seis a doce meses. En el Código Penal sistema de multas establece una cantidad mínima y máxima de dinero por día. En este caso, de acuerdo con el artículo 50, la cantidad por día puede variar entre dos y cuatrocientos euros para personas físicas y entre 30 y 5.000 euros para personas jurídicas.

<sup>58</sup> Este delito se castiga con una multa de cuatro a veinte meses.

<sup>59</sup> Este delito se castiga con una multa de seis a veinticuatro meses.

<sup>60</sup> Comentario General Nº 34, *op. cit.*, párrafo 38.

<sup>61</sup> Véase, por ejemplo, ACNUDH, [Thailand: UN rights expert concerned by the continued used of lèse-majesté prosecutions](#), 7 de febrero de 2017.

<sup>62</sup> La pena aplicable es una multa de doce a dieciocho meses. Las personas acusados en virtud del artículo 496 están exentas de castigo si concurren las circunstancias previstas en el artículo 210.

<sup>63</sup> La pena aplicable es una multa de doce a dieciocho meses. Las personas acusados en virtud del artículo 496 están exentas de castigo si concurren las circunstancias previstas en los artículos 207 y 210.

<sup>64</sup> La pena aplicable es una multa de doce a dieciocho meses. Las personas acusados en virtud del artículo 496 están exentas de castigo si concurren las circunstancias previstas en el artículo 210.

<sup>65</sup> La pena aplicable es una multa de siete a doce meses.

<sup>66</sup> Véase asimismo *Defining Defamation, op. cit.*, Principio 2(b) (ii) y (iii); así como los Principios de Johannesburgo, *op. cit.*, Principio 7(b).

<sup>67</sup> El castigo es de seis a doce meses de prisión o una multa de doce a veinticuatro meses. Las mismas sanciones se aplican a quienes menosprecien públicamente, por palabra o por escrito, a las personas que no profesan ninguna religión o creencia.

<sup>68</sup> El castigo es una multa de ocho a doce meses. Según el artículo 525 (2), se aplican sanciones similares a "quien haga escarnio público, de palabra o por escrito, de aquellos que no profesan ninguna religión o creencia".

<sup>69</sup> Comité de Derechos Humanos, Comentario general Nº 34, *op. cit.*, párrafo 48.

<sup>70</sup> En 2011, la Resolución 16/18 de la Comisión de Derechos Humanos superó el concepto divisivo de "injurias a religiones" y aprobó un paquete de medidas para abordar la intolerancia religiosa sin hacer referencia a este concepto, con limitaciones de expresión restringidas a la incitación de violencia inminente sobre la base de religión o creencia; véase ARTICLE 19, [New Guide on Implementing UN HRC Resolution 16-18](#), 27 de febrero de 2017.

<sup>71</sup> Plan de Acción de Rabat, *op. cit.* El Plan de Acción de Rabat señala que la legislación en materia de blasfemia debe derogarse, puesto que ejerce un impacto sofocante sobre la libertad de religión o creencias, así como sobre el diálogo y el debate saludable en torno a la religión.

<sup>72</sup> Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/34/50, 17 de enero de 2017; Informe del Relator Especial sobre libertad de expresión, A/71/33, 6 de septiembre de 2016; Informe del Relator Especial sobre cuestiones de las minorías, A/HRC/28/64, 2 de enero de 2015; Grupo de Trabajo de la ONU sobre Detención Arbitraria, Opinión Nº 35/2008 (Egipto), 6 de diciembre de 2008, párrafo 38. Los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU también han sido respaldados por mandatos regionales; véase: [Joint Declaration on defamation of religions, and anti-terrorism, and anti-extremism legislation](#), 9 de diciembre de 2008.

<sup>73</sup> La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), [The relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred](#), Octubre de 2008, párrafo 89.

<sup>74</sup> Consejo de Europa Recomendación 1805 (2007), [Blasphemy, religious insults, and hate speech against persons on grounds of their religion](#), 29 de junio de 2007.

<sup>75</sup> Directrices de la UE sobre la promoción y protección de la libertad de religión o creencias, 2013.

<sup>76</sup> Por ejemplo, en el contexto europeo, el Reino Unido, Islandia, Noruega y Malta han derogado recientemente sus prohibiciones penales contra la blasfemia.

<sup>77</sup> La sanción es una pena de prisión de uno a tres años y una multa de seis a doce meses. La pena es de seis meses a dos años de prisión. Según el artículo 510 (3), las sanciones previstas se impondrán en la mitad superior cuando los actos se cometen a través de las redes sociales, Internet o mediante el uso de tecnologías de la información. El artículo 510 (4) establece que cuando los hechos, en vista de sus circunstancias, sean constitutivos de alteración de la paz pública o de crear un sentimiento grave de inseguridad o temor entre los miembros del grupo, la pena se impondrá al alza, pudiendo elevarse a la mitad superior en grado.

<sup>78</sup> El artículo 4 (a) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD) de Nueva York, aprobada el 7 de marzo de 1966, entró en vigor el 4 de enero de 1969.

<sup>79</sup> En particular, esto incluye toda difusión de ideas basadas en la superioridad u odio racial, incitación a la discriminación racial, todos los actos de violencia o incitación a tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y cualquier asistencia a actividades racistas, incluida la financiación de las mismas.

<sup>80</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, artículos 31 y 32.

<sup>81</sup> *Ibid.*, artículo 31 párrafo 1.

<sup>82</sup> La expresión que incita a otros a cometer actos de genocidio debe ser "pública", lo que indica que debe haber una forma de comunicación en un lugar público, o al público o a un sector del público; por ejemplo, a través de los medios de comunicación y las tecnologías digitales.

<sup>83</sup> La expresión debe ser "directa"; es decir, la comunicación debe ser lo suficientemente específica como un llamamiento a la acción, dando muestra de una relación cercana entre la expresión y el peligro de que ocurra un acto de genocidio. Sin embargo, "directo" no significa "explícito", ya que la expresión implícita también puede incitar directamente al genocidio si en su contexto lingüístico y cultural es lo suficientemente clara para su audiencia.

<sup>84</sup> La persona que habla debe tener la intención específica de incitar al genocidio, y la intención de que ocurra un genocidio. Esto requiere que el orador tenga la intención específica de participar en la comunicación en la que se hace el llamamiento al genocidio, y debe tener la intención específica de destruir, en su totalidad o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal; o, al menos, debe ser consciente de la sustancial probabilidad de que la comisión de genocidio sea una consecuencia probable de sus actos.

<sup>85</sup> Corte Penal Internacional para Ruanda, *Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngeze v La Fiscalía*, Caso ICTR-99-52-A, Juicio de la Cámara de Apelaciones del 28 de noviembre de 2007, párrafos 677, 692.

<sup>86</sup> *Ibid.*, párrafos 698-715.

<sup>87</sup> La pena es de seis meses a dos años de prisión. Las disposiciones del artículo 510 (3) y (4) también son de aplicación en este caso.