



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

Límites de la Libertad de

Expresión, delitos de odio:

Caso Valtònyc

Alumno: Sebastián Pérez Díaz

Junio, 2020

INDICE:

- Resumen/Abstract

Capítulo I: Nociones fundamentales del derecho a la libertad de expresión

1. Consideraciones generales de la libertad de expresión
 - 1.1 Origen y Concepto libertad de expresión
 - 1.2 La regulación de la Libertad de expresión en la constitución española
 - 1.3 Desarrollo de la libertad de expresión y repercusión siglo XXI
2. Regulación en constituciones europeas y en declaraciones de derecho
 - 2.1 Constitución francesa
 - 2.2 Constitución alemana
 - 2.3 Constitución americana
 - 2.4 Declaración universal de los derechos humanos
3. Limitación de la libertad de expresión
 - 3.1 Concepto de Límite y aplicación a los derechos humanos y libertad de expresión
4. Conclusión capítulo: ¿Cómo determinar la ofensa o agravio de los afectados?

Capítulo II: El delito de odio como límite a la libertad de expresión

5. Delito de odio
 - 5.1 Síntesis
 - 5.2 Tratamiento en el siglo XXI
 - 5.3 Relación entre libertad de expresión y discurso de odio

6. Delito de odio en España, regulación y aplicación
 - 6.1 Artículos CE y EA
 - 6.2 Casos más sonados en España, repercusión y desenlace
7. Delitos de odio en Europa y aplicación
 - 7.1 Estándar de protección del Tribunal Europeo Derechos Humanos
8. Caso Valtònyc
9. ¿Castiga la justicia la libertad de expresión?

Capítulo III: Soluciones planteadas para el límite a la libertad de expresión en casos de delitos de odio.

10. Sanción penal
11. Sanción administrativa
12. Sanción civil

13. Conclusiones Generales
14. Bibliografía y jurisprudencia

▪ **Resumen/Abstract**

El derecho a la libertad de expresión ha sido uno de los derechos más importantes y con mayor relevancia no solo política sino social a lo largo de la historia, adquirido por las democracias es un derecho humano recogido en casi todas las constituciones y derechos de primera generación, con historia desde el siglo XIX aunque ya tenía su precedente en la antigüedad, sobretodo en la Grecia clásica.

Un pueblo que abraza la consecución de derechos como pilar básico de la democracia y el estado de derecho, tiene reconocido el derecho a manifestar su opinión desde cualquier medio pero se obliga también a cumplir una serie de límites que en una democracia plena como la española resultan incomprensibles e inviables. Límites que chocan con otros derechos constitucionales como el derecho al honor y a la imagen que se ven a veces seriamente dañados, ultrajados y en ocasiones se realiza una mala praxis en el tratamiento del uso de la libertad de expresión, haciendo que ocasionalmente se cometan delitos contra el derecho al honor y se vulnere y pase de una opinión a un delito. Defensores del libre uso de la palabra, se escudan en las ideas democráticas y derechos fundamentales para realizar dichos actos, si bien es cierto que algunos no diferencian entre libertad de expresión y delito de odio pero otros aún sabiendo lo que realizan, se defienden en la defensa de libre ejercicio de libertad de expresión para salir indemnes de cualquier represalia.

En este trabajo, haré un repaso al origen y desarrollo de este derecho fundamental y cómo y de qué forma ha llegado a nuestros días a través de un análisis con distintas constituciones, constituciones impulsoras y desarrolladoras de este precepto para, una vez definido este, estudiemos los límites y las consecuencias a la hora de manifestar este derecho ya que, en ocasiones un libre albedrío de éste, puede acarrear consciente o inconscientemente un delito de odio del cual también lo interconectaremos para estudiarlo y analizarlo con detalle, sobretodo en su regulación en España. Por último y no menos importante, estudiaré el caso y el presunto delito cometido por el rapero Josep Miquel Arenas Beltrán, más conocido por el nombre artístico de Valtònc por el contenido de las letras de algunas de sus canciones y derivado de esto, propondré más de una solución para este tipo de delitos basada en sanciones administrativas, penales y civiles. //

The right to freedom of expression has been one of the most important rights and with the greatest relevance not only political but social throughout history, acquired by democracy is a human right included in almost all first-generation constitutions and rights. , with history from the 19th century although it already had its precedent in antiquity, especially in classical Greece.

A people that embraces the attainment of rights as a basic pillar of democracy and the rule of law, has recognized the right to express their opinion from any medium, but is also obliged to comply with a series of limits that in a full democracy like the Spanish one are misunderstood and unworkable. Limits that collide with other constitutional rights such as the right to honor and image that are sometimes seriously damaged, outraged and sometimes malpractice is carried out in the treatment of the use of freedom of expression, causing crimes to be occasionally committed against the right to honor and be violated and go from an opinion to a crime. Defenders of the free use of the word, hide behind democratic ideas and fundamental rights to carry out these acts, although it is true that some do not differentiate between freedom of expression and hate crime, but others, even knowing what they are doing, defend themselves in the defense of free exercise of freedom of expression to escape unscathed from any retaliation.

In this work, I will review the origin and development of this fundamental right and how and in what way it has reached our days through an analysis with different constitutions, constitutions that promote and develop this precept so that, once this is defined, we study the limits and consequences when it comes to manifesting this right, since, sometimes, a free will of this right, can consciously or unconsciously lead to a hate crime which we will also interconnect to study and analyze in detail, especially in its regulation in Spain . Last but not least, I will study the case and the alleged crime committed by rapper Josep Miquel Arenas Beltrán, better known by the stage name of Valtònyc for the content of the lyrics of some of his songs and derived from this, I will propose more than a solution for this type of crime based on administrative, criminal and civil penalties. //

CAPÍTULO I: Nociones fundamentales del derecho a la libertad de expresión

1. Consideraciones generales de la libertad de expresión en la constitución española

1.1 Origen y concepto de la libertad de expresión

En primer lugar, definiremos el concepto de Libertad ¿Qué se entiende por esta? La libertad según Oscar de la Fuente es *«hacer lo que se quiera, es decir, para poder actuar y decidir libremente el propio comportamiento en todos los casos, sin obstáculos, ni barreras ni coacciones de los poderes públicos, de otros grupos sociales y de los particulares»* (Óscar., 2014)

La libertad, hace a la persona actuar conforme considere oportuno y de esta libertad es el responsable de sus actos. *«La libertad es una condición imprescindible para la acción del ser humano en la vida social a través del derecho que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son expresión de la dignidad humana»* (Óscar., 2014)

De esta libertad de actuar libremente conforme nuestras propias convicciones y sin coacciones nace la libertad de expresión, esta es la libertad de manifestar y difundir libremente nuestras opiniones, ideas o pensamientos bajo nuestra responsabilidad y sin estar atados a amenazas o a algún tipo de coacción. Es un derecho fundamental de 1º generación. El derecho a la libertad de expresión. Dicho precepto ha ido de la mano de los grandes cambios sociales que ha vivido la sociedad a lo largo de la historia. Por tanto, podríamos decir que sin este derecho, la sociedad no hubiera evolucionado y avanzado hasta los niveles que tenemos hoy en día. Actualmente *«El derecho a la libertad de expresión está protegido por los diferentes sistemas de protección de derechos humanos a nivel internacional, regional y supranacional. No se trata sólo de un derecho individual, sino que tiene también una dimensión colectiva y una función social puesto que, permite manifestar la crítica, abrir debates en la sociedad, plantear reivindicaciones y también promover y proteger los derechos humanos»* (Freixes, Libertad de expresión y derecho a promover y proteger los derechos humanos., 2015)

Su origen tiene lugar en la Grecia clásica con las ideas de filósofos como Sócrates y Platón y durante el imperio romano. Durante esta época este derecho se hallaba restringido y coartado. En la antigua Grecia nació bajo las ideas de los grandes filósofos y la utilización del discurso exotérico-esotérico mientras que en Roma fue bajo el mandato del emperador Tiberio cuando este derecho vivió su época negra. La religión también tuvo que ver en esta restricción de libertad ya que los fariseos judíos forzaron a Poncio Pilato a dar muerte a Jesús por causa de sus enseñanzas, y prohibieron a los apóstoles no predicar las enseñanzas de su “Maestro”. Sin embargo, estos preferían morir a detener su obra.

1.2 La regulación de la Libertad de expresión en la Constitución Española

La libertad de expresión en España viene marcada bajo la doctrina de la Constitución Española. Se recoge en el artículo 20 de dicha norma dentro del título I, capítulo II (derechos y libertades) sección 1 de los derechos fundamentales y libertades públicas. En este artículo se reconocen y se protegen estos derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

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

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

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

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

(Boletín Oficial del Estado , 1978)

Durante este trabajo, desarrollaré el apartado a) de este artículo.

El marco constitucional de este derecho libertad de expresión conlleva un matiz subjetivo. La libertad de expresión va aparejada a la libertad de información ya que es frecuente introducir opiniones propias por parte del informador. Ambas libertades, podrán ser realizadas por cualquier persona sin perjuicio de que la segunda, habitualmente sea ejercida por los profesionales de la información, lo cual llevará a que éstos cuenten con garantías específicas como son la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional. Por otra parte, el ejercicio de la libertad de expresión puede verse restringido o matizado para determinados colectivos como funcionarios o fuerzas armadas o como consecuencia de una relación laboral.

En el apartado de los estatutos de autonomía, este derecho se recoge se recoge junto con los principios constitucionales de Igualdad, justicia, información, cátedra, acceso a las comunicaciones. Centrado en nuestra región, Andalucía atiendo a al Estatuto de autonomía (LO 2/2007, de 19 de Marzo) donde se recoge en el artículo 9 que *«Todas las personas en Andalucía gozan como mínimo de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos europeos e internacionales de protección de los mismos ratificados por España, en particular en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea»* vinculando sensiblemente el derecho a la libertad de expresión. El artículo que le precede también hace mención si bien no de manera directa a este derecho en el punto 18º de los objetivos básicos de la comunidad autónoma: *«La expresión del pluralismo político, social y cultural de Andalucía a través de todos los medios de comunicación»*

Por otra parte, el artículo 207 (derecho a la información) y 208 (medios audiovisuales) apuntan también a la libertad de expresión referida a la libertad de información independiente, veraz, plural y sujeta a los valores constitucionales y libertades que ampara la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico.

(EAA, 2007)

1.3 Desarrollo de la libertad de expresión y repercusión siglo XXI

A lo largo de la historia, la libertad de expresión ha tenido un desarrollo que ha venido marcado por los diferentes acontecimientos que se han ido sucediendo y el desarrollo de la sociedad desde una ética moral, política y jurídica. Sin duda ha ido de la mano de los cambios que han ido sucediéndose y evolucionando hasta concebirse en el siglo XXI como un derecho de incalculable valor y peso tanto político como social. A continuación y de manera breve, repasaremos la evolución la libertad de expresión hasta nuestros días:

- En Roma, tuvo lugar el inicio del período más tenebroso para la libertad de expresión. *«Durante el mandato de Tiberio (14-37 a.E.C.) no se toleraba a quienes criticaban al gobierno o sus procedimientos. Roma no fue la única que coartó este derecho sino que también «en aquella época los caudillos judíos obligaron a Poncio Pilato a dar muerte a Jesús por causa de sus enseñanzas, y ordenaron a los apóstoles que dejaran de predicar. Sin embargo, estos preferían morir a detener su obra».*Sobre todo en Roma, este acceso a la libertad se basó en el principio de libertad de “la patria”. La lucha por la libertad fue la lucha por el triunfo, pero como Publilio decía “nunca se triunfa del peligro sin peligro, por ello Cicerón afirmaba que «Un buen ciudadano no evitará los peligros en la defensa de su Patria, ¡pues, no queriendo morir por la Patria, morirá sin gloria alguna con la Patria!»
- En la Grecia clásica, continuó con Sócrates y Platón. El primero se ganó la aversión de la ciudadanía de Atenas *«A través de un constante volumen de*

preguntas, Sócrates filosofaba y le hacía ver a sus amigos y conciudadanos cuán ignorantes eran en aquello que decían tener conocimiento» Derivado de este rechazo a las ideas de Sócrates, este fue sentenciado a muerte injustamente. Sócrates razonó y dedujo que “...cuando las personas no filosóficas tienen poder, tal como lo tenía el pueblo en la democracia ateniense, buscarán silenciar al filósofo del modo que sea necesario, incluso cuando esto implique darle muerte”. Su homólogo Platón, tuvo constancia de esta situación y conflicto entre las personas no filosóficas y la filosofía. Platón entendió que «ni en la democracia existe algo tal como la “libertad de expresar” (...) la filosofía dentro de cuatro paredes tiene una deficiencia: su mensaje se extingue en la medida en que no puede ser transmitido, o por lo menos en la medida en que su transmisión es lenta y reducida al número de personas con las que se filosofa directamente

Desde el posicionamiento clásico «el discurso exotérico-esotérico en la filosofía es necesario en la medida en que el filósofo quiera transmitir sus enseñanzas sin el riesgo de la persecución por parte de las personas no filosóficas. Aún así, habría que determinar qué personas no podrían ser personas filosóficas.

- *En los siglos XVII, XVIII y XIX hubo autores que se pronunciaron en favor de la libertad de expresión. En 1644, el poeta inglés John Milton, conocido por su novela El Paraíso perdido, escribió su famoso libelo Areopagítica, en el que denunciaba las restricciones impuestas a la libertad de prensa.*
- *La libertad de expresión experimenta en el siglo XVIII un gran avance, aparecen múltiples publicaciones de diversa índole ideológica que servirán para movilizar al pueblo en la lucha por el poder. Las colonias norteamericanas propugnaban la libertad, tanto de palabra como de prensa y en algunas constituciones como la del estado de Pensilvania ya se dejó ver las intenciones; “La gente tiene derecho a la libertad de expresar, escribir y publicar sus opiniones, por lo que la libertad de prensa no ha de ser coartada”.*
(Evolución histórica de la libertad de expresión ¡Despertad 1996!, 1996)

- En el siglo XIX, las ideas liberales, contribuyeron al desarrollo de la libertad de expresión. Esta época estuvo marcada por la lucha de estas libertades públicas frente al sistema político establecido durante buena parte del siglo: el despotismo ilustrado
- El siglo XX sin duda será el siglo de la consecución plena de este derecho que aún así pasó por grandes apuros durante el desarrollo de las 2 grandes guerras mundiales, los regímenes totalitarios en América Latina y en España durante la dictadura Franquista. La formación de instituciones como la Unión Europea, la organización de las naciones unidas (ONU) y el consejo de Derechos Humanos, Amnistía internacional entre otras sumado a los diferentes convenios y tratados internacionales; Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948) Convenio Europeo de los Derechos humano (4 de noviembre de 1950) han favorecido que a raíz de esto, se obtenga una libertad real reconocida y amparada en más de un millar de constituciones.

En el siglo XXI, la libertad de expresión está consolidada en más de un millar de países. Esta, está influenciada por el libre acceso a internet, medios de comunicación y plataformas de noticias tanto en formato papel, electrónico o radiofónico pero, sobre todo se hace manifiesta en las redes sociales. Estas han contribuido a poder expresar libremente nuestras opiniones y pensamientos sin ningún altivo de reparo ni coacción. Aún así, la libertad de expresión tiene unos límites. Límites derivados del derecho al honor, intimidad o imagen y que a veces son vulnerados, en alusión al primero produciéndose delitos de odio contra la persona o personas. En el apartado jurídico está reconocida en multitud de constituciones, declaraciones y convenios otorgándole a este, un valor fundamental de obligado reconocimiento y cumplimiento. Sin embargo en otros países no se reconoce o no se aplica con suficiente garantía jurídica este derecho perjudicando a millones de personas y produciéndose violaciones y penalizando y castigando este mismo derecho muchas veces con la pena capital. La sociedad actual ha avanzado mucho sin embargo todavía necesita hacer de forma plena y efectiva la aplicación de este derecho, sin coartar la libre expresión y precisando el sentido de la libertad cuando se injuria, calumnia o atenta al honor o imagen de la persona.

2. Regulación en constituciones europeas y en declaraciones de derecho

2.1 Constitución francesa

La constitución francesa (4 de octubre de 1958) no refiere muchos artículos al principio de libertad ni hace mención de forma directa al derecho a la libertad de expresión. En cambio, la constitución ha otorgado a Francia y a los franceses derechos y libertades fundamentales, expresados de una forma lo suficientemente precisa para otorgar una verdadera protección y lo suficientemente abierta para evolucionar al ritmo de la conciencia colectiva. Por ello su preámbulo menciona su firme adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional como fueron definidos por la Declaración de 1789 (*Déclaration des Droits du Homme et du Citoyen de 26 de agosto de 1789*). También en éste, expresa su voluntad a los territorios que la nación tiene en ultramar de adherirse a esta carta de derechos y a nuevas instituciones basadas en los principios de libertad, igualdad y fraternidad.

Dentro del articulado se hace una ligera mención al principio de libertad. Más concretamente a la figura del defensor de los derechos. Según el artículo 71-1 dicta: *«El Defensor de los derechos velará por el respeto de los derechos y las libertades por parte de las administraciones del Estado, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, así como cualquier organismo encargado de una misión de servicio público o respecto del cual la ley orgánica le atribuya competencias.»* (Francia) Para matizar, la figura del defensor de los derechos es similar y cumple la misma función que la del defensor del pueblo en España.

2.2 Constitución alemana

La constitución de la república federal alemana dedica su primer capítulo a los derechos fundamentales. Comprendidos en los artículos 1 al 19 de la también dicha Ley fundamental de Bonn (8 de mayo de 1949)

En dichos artículos se hace mención a los derechos fundamentales y libertades públicas. Así el artículo (en adelante art.) 1.1 nos cita que: *«La dignidad humana es intangible.*

Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público» En todas sus vertientes hay que respetar la dignidad de cada individuo y no atentar contra esta.

Pero es en el art.5 donde se remite al derecho de nuestro estudio. A la libertad de opinión, de los medios de comunicación, artística y científica. En dicho artículo cita lo siguiente referido al derecho a la libertad de expresión y un punto donde alude a que este derecho tiene límites.

(1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida.

(2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

En el segundo punto se observa que el derecho a la libertad de expresión dispone de un límite cuando se atenta contra el derecho al honor personal. En muchas constituciones europeas, no viene un punto específico donde restringe en ocasiones que la libertad de expresión dispone de límites. Y no solo es en este artículo donde te interpela a la existencia de límites sino que es también en el 18 y 19 donde recogen dos supuestos de límites a los derechos fundamentales. Cuando se privan de estos y cuando se restringen.

El artículo 18 cita que *«Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal»*. (alemania)

Mientras que el artículo 19 nos cita que la restricción de este derecho, de acuerdo con la constitución y en virtud de la aplicación de una ley o de la propia ley, no tendrá carácter particular ni individual sino colectivo. En este punto pienso que las restricciones no deberían ser de forma colectiva sino para casos concretos de vulneración de este derecho.

2.3 Constitución americana

La constitución americana en su primera enmienda mención al derecho a la libertad y libertad de expresión. La enmienda I dice así: *«El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión o prohibiendo la libertad de culto; o que coarte la libertad de expresión o de la prensa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al gobierno la reparación de agravios»*. Esta, hace alusión a la pluralidad de religiones y a que la norma suprema americana no va coartar entre otros, el derecho a la libertad de expresión y de libe información. Por tanto, hace excepciones a censurar de forma total o de menor grado, algunos discursos y expresiones en marcos previamente definidos, limitando de este modo el derecho constitucional de la libertad de expresión en los Estados Unidos.

Otras enmiendas que hacen alusión a estos derechos pero de forma global son las recogidas en la enmiendas IX *«La enumeración en la Constitución, de ciertos derechos no ha de interpretarse para negar o menosprecia otros que mantiene el pueblo»*. Y en la enmienda XIV sección I: *«Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni imponer ley alguna que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción igual protección de las leyes»* (America)

2.4 Declaración universal de los derechos humanos

En su preámbulo, reivindica el ideal de libertad que debe ser identificado bajo el reconocimiento de una dignidad intrínseca y de derechos iguales e inalienables. Apela que el desconocimiento de estos derechos, ha conseguido un clima de terror, vulneración y barbarie que hace que todavía en muchas partes del mundo no disfruten millones de personas de estos derechos.

Entrando en materia, el artículo II ya menciona el derecho a la libertad primero desde una visión global del concepto y posteriormente desde su visión jurídica. *«Toda*

persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole (...) Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona» (unidas)

El artículo 10 también hace eco al derecho a la libertad de expresión en este epígrafe:

«Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal» (unidas)

Es en el artículo 19 donde se concibe de forma directa el derecho a la libertad de expresión: *«Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión»* (unidas)

La libertad de expresión es un derecho que ha ganado fuerza y reconocimiento internacional. Aún así todavía quedan muchos pasos por realizar para que esta declaración se extienda a todos los países del mundo y así millones de personas puedan tener acceso al ejercicio de expresarse libremente sin que por ello suponga condena, coacción o vulneración de derechos al no tener el estado norma, ley ni garantía jurídica que proteja este derecho. Ya lo decía el filósofo francés Voltaire (1694-1778): *«No estoy de acuerdo con lo que dices pero defenderé con mi vida tu derecho a expresarlo»*

3. Limitación de la libertad de expresión

3.1 Concepto de Límite y aplicación a los derechos humanos y libertad de expresión.

En primer término, la función de los DDF se encuentra reducida por diversas exigencias propias de la vida en sociedad. Si bien estos, no deben estar supeditados en cuanto a su ejercicio, pueden estar sujetos a límites, explícitos o no. En palabras de José Luis Cea, estos derechos se *tratan "de atributos que jamás tienen alcance absoluto,*

pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos" Cea (2002). Por tanto, que los derechos estén sujetos a limitaciones no significa restar a estas facultades del máximo valor y relevancia en el ordenamiento jurídico. Los DDFE no son absolutos ni ilimitados, sino que se encuentran sujetos a una serie de restricciones o limitaciones que provocan que su titular no pueda ejercer de manera eficaz una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias.

El concepto de límite posee unas restricciones a los DDFE que pueden ser clasificadas según diferentes criterios, a saber:

- según las circunstancias en las que operan, pueden ser limitaciones ordinarias o extraordinarias:
 - Son limitaciones ordinarias aquellas que operan siempre, y que afectan el ejercicio de un derecho tanto bajo condiciones de normalidad constitucional, como bajo situaciones de excepción constitucional. Representan la regla general y se aplican en todo momento.
 - Son limitaciones extraordinarias (también llamadas "excepcionales"), aquellas que se producen sólo durante circunstancias de emergencia social o institucional, y que han dado curso a la declaración de estados de excepción constitucional.

En relación al derecho a la libertad de expresión, los límites actuantes se derivan del derecho al honor, intimidad y propia imagen. Aunque si bien es cierto que en el párrafo 4, del artículo 20 de la Constitución se formula los límites de la libertad de expresión y de información. Este, se refiere de manera concreta al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Sin embargo, este párrafo no determina de forma notoria hasta qué punto se pueden ejercer estas libertades ni, cuáles son los límites del derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen en aras de la libertad de expresión o información.

Por tanto, observamos que la frontera es muy difusa, casi inapreciable. No hay una línea clara que separe la libertad de expresión del delito. Y cuando ambos chocan se produce el conflicto.

4. Conclusión capítulo: ¿Cómo determinar la ofensa o agravio de los afectados?

Para la doctrina, es muy complicado identificar cuando, el ejercicio de la libertad de expresión sobrepasa la barrera de la libre opinión y pensamiento produciéndose una ofensa contra la persona y un posible delito de ataque a su honor o imagen. Si bien, es cierto que toda libertad de expresión va acompañada de unos límites cuando se ofende a la persona sin embargo, estos no son aplicados muchas veces pues se considera que el agravio causado es insuficiente como para categorizarlo como delito. También, el derecho al honor no establece una especificación clara sobre lo que se considera o no libertad de expresión. En la ley española si bien es cierto existe la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la que regula los límites al derecho a la libertad de expresarse como también en política se consta en el artículo 103 del reglamento del congreso de los diputados en su capítulo octavo sección 2ª hace referencia a la disciplina parlamentaria la cual dice que “*Los Diputados y los oradores serán llamados al orden: 1º. Cuando profirieren palabras o vertieren conceptos ofensivos al decoro de la Cámara o de sus miembros, de las Instituciones del Estado o de cualquiera otra persona o entidad*” (diputados, 1982)

Aún así, no solo este límite está determinado a lo que rijan las leyes sino también a un nuevo concepto de libertad de expresión el cual ha tenido su notable crecimiento estos años y el cual muchas personas sobre todo los que se dedican a la comedia traspasan esta línea roja con total inmunidad porque saben que cuando se trata de humor, de hacer comedia, todo vale, sus opiniones no son personales porque vienen en el guión o simplemente alegan que por humor, sea del tipo que sea, no se le pueda incurrir en una sanción ya que limitar el humor y la libre expresión es propio de dictaduras. Hacemos referencia al humor negro. Actualmente en España, el humor negro aunque ha tenido controversia y se ha creado en torno a este juicio de valor sobre lo que es o no gracioso, no se le ha castigado tal vez con la misma severidad con la que se castigarían en *otros países de nuestro entorno más cercano*. En palabras de la escritora María Eloy para el diario, El Confidencial, “*Nos tomamos demasiado en serio y eso hace que las palabras se conviertan en armas arrojadas. el humor no tiene límites, lo que tiene límites es la*

moral del ser humano". (Prado Campos, Peio H. Riaño , 2015) Andrés Lima, dramaturgo afirma que *"Si es humor, es benigno. No se hace daño físico a nadie*. Por tanto, Son tantos los programas, series de televisión, "gags" y chistes que se hacen usando una doble capa para protegerte que ya es difícil distinguir entre lo que es ofensa, atentado al honor o agravio porque cuando la cometes, no solo te defiendes aclarando que es humor negro, sino que también eres un personaje y que por ello lo que dices no es tu opinión personal sino que entra dentro del "papel" que interpretas. Y excusarse por medio del humor negro y de ser figura pública para acosar a alguien en España actualmente tiene vía libre y ante esto, jueces y magistrados poco pueden hacer.

CAPÍTULO II: El delito de odio como límite a la libertad de expresión

5. Delito de odio

5.1 Síntesis

El delito de odio, hace referencia a la promoción de la violencia en cualquiera de sus formas contra una o un grupo de personas o instituciones determinadas por motivos racistas, étnicos, ideológicos, religiosos, etc. Con el impulso de este delito, se pretende dar auxilio y protección a la persona u organismo que es atacado. Esta protección, viene emanada de un principio superior: «la igualdad y dignidad de todos los ciudadanos».

El delito de odio posee unas conductas que determinan en función de estas el tipo y la cuantía del castigo a aplicar. Se entienden estas por las siguientes:

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

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra

clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

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

En este trabajo, estudiaré varias conductas referentes a la libertad de expresión y la línea roja que se da cuando la libertad de expresión enaltece un sentimiento de odio.

Por último el delito de odio es regulado en España por el código penal en su artículo 510, castigando las anteriores conductas con la pena de prisión de uno a cuatro años y además con la pena de multa de 6 a 12 meses. Sin embargo, a lo largo del código penal se refiere también otros artículos que constituyen delito de odio y que más tarde enumeraremos.

Las penas por este delito, se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas. (Castillo, 26)

5.2 Tratamiento en el siglo XXI

La evolución que ha tenido el delito de odio ha sido bastante significativa dotándose actualmente de las nuevas tecnologías como arma arrojadiza para el insulto, amenazas sin ningún tipo de límites y bajo la premisa de la libre expresión. Es así que ha nacido lo que se conoce como, el denominado “ciber odio”. El Comité Europeo de Ministros del Consejo de Europa estima que el “discurso de odio” abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras las formas de odio, incluida la expresada a través del nacionalismo y el etnocentrismo y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes (*Rec. de la Comisión, de 20 de septiembre de 2012*). Añade también que dicho contenido se difunde también en páginas webs, redes sociales y mensajes de texto que permiten la difusión masiva de sus ideas protegidos en la dificultad que ofrece su investigación y persecución cuando los autores de los hechos se encuentran en países en los que este tipo de conductas no son delictivas.

En España, este tipo de delito no quedan impunes y son denunciados en el Informe Raxen elaborado por Movimiento contra la Intolerancia (2014: 80) En este, vienen recogidos algunos ejemplos como el de páginas de facebook que ponen “Mata a los negros”, con la imagen de un negro colgando de una soga, “Odio a las gitanos”, “Contra la invasión inmigrante”, “Rudolf Hess vive”, “Mata gays”, “Hay que legalizar la violación”, entre donde se incita al odio, la discriminación o la violencia hacia colectivos vulnerables. Otro de los factores que contribuye a la propagación del discurso del odio es el éxito electoral de partidos políticos y movimientos de extrema derecha en toda Europa.

La lucha en España contra estos tipos de discursos de odio no se queda atrás y en el año 2010 se creó en Barcelona la primera Fiscalía de Delitos de Odio. Se consideró este servicio como ejemplo de buenas prácticas en el marco del proyecto “Stop Hate Crimes in Europe” financiado por la Unión Europea en el año 2012.

En el ámbito del “Derecho Internacional aplicable” el TEDH hace alusión a la guía titulada Preventing and responding to hate crimes (Prevenir y hacer frente a los delitos de odio), publicada por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa

(OSCE) en 2009, reconociendo que, a la hora de investigar un delito de odio, el problema más común es la negativa o la incapacidad de las autoridades para identificar un acto criminal como un delito de odio.

En cuanto a la libertad de expresión, las redes han servido para la propagación de este derecho en tal grado que en ocasiones no se llega “a medir” el impacto y las consecuencias del uso de la libre opinión. Es de difícil precisión medir cuando en redes sociales, hacer comentarios ofensivos, bromas o verter opiniones puede constituir una vulneración del derecho al honor por "divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre" o por "la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación". Aparte para los CEOS de las redes sociales, es complicado establecer un estándar para considerar una publicación por ejemplo como delito de odio. En algunos países como Reino Unido, tras el suicidio de una menor de edad víctima del acoso en redes, se pusieron planes para regular los contenidos de rrs. Una especie de “Cleaners” cuya función era limpiar las plataformas de contenidos peligrosos.

5.3 Relación entre libertad de expresión y discurso de odio

Como ya he comentado anteriormente, los derechos a la libertad de expresión e ideológica son bienes jurídicos y sociales protegidos por la democracia. Sin embargo este bien, nunca debe atentar contra la dignidad u honor de la persona y contra la respetuosa convivencia con los derechos de los demás.

Cuando estos derechos se restringen, se deben de tomar los mecanismos oportunos para que el fin último no sea utilizar el recurso a la sanción penal como última ratio, el cual requiere de una justificación que según el TC solo se encontraría cuando choca con otros bienes jurídicos justificables que, revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de análisis.

Ya la jurisprudencia, nos hace alusión a este hecho ya que *la STC 214/1994 nos cita que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión puede defender manifestaciones o expresiones determinadas a menospreciar o a generar sentimientos*

de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales.

En el ámbito de la doctrina europea, Tribunal Europeo preserva que en la libertad de expresión “*no debe de haber el discurso del odio. Este, como dice el TEDH, aplicando e interpretando el “art. 10.2 del CEDH ha considerado -por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999- que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, lo que suponga una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”*

Y en relación a la doctrina española, el TC, ha enclavado fuera del ámbito de protección de estos derechos, la difusión de frases y expresiones ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por lo tanto, insignificantes a este objetivo – *SSTC 204/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 204) , 11/2000, de 17 de enero (RTC 2000, 11) , 49/2001, de 26 de febrero (RTC 2001, 49) , 160/2003, de 15 de septiembre (RTC 2003, 160) -.*

En el ordenamiento jurídico español, el discurso del odio no está configurado como forma delictiva tipificada en el Código Penal, sin embargo, añade una interpretación de política criminal que los tribunales, en algunos casos, acogen en sus resoluciones para justificar o agravar sanciones y penas sobre conductas ilícitas tipificadas penalmente, relacionadas con la libertad ideológica, la libertad de expresión y la dignidad humana

Por tanto, nuestro ordenamiento jurídico, no da protección constitucional al discurso del odio, a las ofensas con intento de gravamen ni a la ofensas.

6. Delito de odio en España, regulación y aplicación

6.1 Regulación

En España, el delito de odio viene recogido en primer lugar, en el capítulo IV; De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. En su sección 1.ª De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos

fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. En este, vienen recogidos los límites del delito de odio los cuales ya hemos explicado anteriormente, castigando las anteriores conductas con la pena de prisión de uno a cuatro años y además con la pena de multa de 6 a 12 meses.

Por otra parte el TS en sentencia de 9 de Febrero de 2018, declara lo siguiente:

«...sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica.

(...)

El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipificad».

En cuanto al elemento de la tipicidad, la doctrina recoge a través del TS esta anotación la cual nos ayuda a entender el límite derivado del delito de odio:

«No requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas; el dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar»

Asimismo, en el CP también se recogen artículos los cuales se refieren al delito de odio en otras circunstancias no contempladas en el art 510 CP.

Art. 22.4 CP: Apunta al agravante cometido por discriminación (por racismo, antisemitismo u otra clase de discriminación religiosa, ideológica, identidad sexual, enfermedad ente otras)

Artículo 510.6: Referido al ciber odio y su consiguiente consecuencia penal. Cita: “Bloqueo del acceso o interrupción en portales donde se difundan exclusiva o

preponderantemente contenidos relativos a los delitos del artículo 510 (incitación al odio y a la violencia) y se ordenará la retirada de esos contenidos”

(Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal., 1995)

En segundo lugar, en la norma superior del derecho, la constitución cita de forma indirecta varios artículos los cuales protegen a la persona ante cualquier tipo de odio. Estos se basan en otros principios los cuales defienden a la persona víctima del hecho delictivo y actúan como una balsa de contención a los derivados delitos de odio que puede cometer una persona sobre otra:

Art 1.1 CE, aboga por el principio la igualdad

Art 9.2 CE, La igualdad que implica a los poderes públicos en el correcto desarrollo de la sociedad.

Art 10.1 Alude a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás

Art 14 CE, La igualdad ante la ley, limitando la libertad a que no prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social

Por último, el ministerio del interior desde hace varios años viene desarrollando un plan de acción contra los delitos de odio, en colaboración con las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado. En dicho plan, se detallan y se hacen estudio de la incidencia de delitos de odio en los últimos años, la coordinación, el seguimiento así como los indicadores e informes que desde las distintas administraciones públicas hacen y publican y ponen de manifiesto la total colaboración del gobierno con diferentes entidades a nivel europeo y estatal para detener

En materia autonómica, las comunidades autónomas de rigen a la hora de aplicar doctrina, a los artículos y leyes de ámbito estatal. Sin embargo, en sus estatutos, se recogen artículos que tratan sobre el principio a la no discriminación. Tomando el ejemplo de Andalucía, viene recogida esta defensa en el artículo 14, título I, capítulo I, disposiciones generales de la LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, cuyo título es “prohibición a la discriminación”

Igualmente, la comunidad andaluza elaboró a través de la consejería de igualdad y políticas sociales, una guía de delitos de odio dirigida a las personas LGTBI. Colectivo que a día de hoy todavía sigue sufriendo tanto en el ámbito laboral como social, diferentes muestras de desprecio, rechazo y vejaciones que están tipificadas como delito de odio por las normas superiores.

(Landa Gorostiza, Jon-Mirena, and Enara Garro Carrera, 2018)

6.2 Casos más sonados en España, repercusión y desenlace

España no se queda al margen de materia jurisprudencial relacionada con los delitos de odio y libertad de expresión. Muchos de estos casos son denunciados ante el TJUE y el TEDH por vulnerar derechos referidos a violaciones de las FYCSE con los terroristas presos de la banda ETA. Sus familias alegan que estos reciben brutales palizas y son tratados de forma y en condiciones inhumanas, violando con ello los derechos humanos. Sin embargo, en este apartado me centraré en la jurisprudencia relacionada en delitos de odio y libertad de expresión. Casi todas las sentencias de esta índole van acompañadas de otros delitos relacionados contra el honor, intimidad e imagen.

Así pues, en primer lugar, tenemos una sentencia la cual el TEDH no considera delito contra la imagen y/o honor de la persona por lo que ampara y defiende la libertad de expresión. La sentencia sitúa al periodista Federico Jiménez Los Santos contra España, se sitúa en la **demanda nº 53421/10, sentencia del tribunal de Estrasburgo conocido el fallo el 14 de junio de 2016**. En esta, el demandante que fue el periodista, se quejaba de una violación del artículo 10 del Convenio alegando que su condena penal por un delito reiterado de injurias graves con publicidad proferidas contra el ex Alcalde de Madrid, vulneraba su derecho al respeto a la libertad de expresión. Los Santos de forma continuada había estado valorando la gestión del alcalde de Madrid por ese tiempo, Alberto Ruíz Gallardón en los atentados del 11M de 2004 de manera nefasta e ineficaz hasta el punto de, presuntamente haberle dañado a este su imagen y honor llamándole entre otras expresiones “traidor, bandido y farsante”. Los Tribunales consideraron probada la no autenticidad de las opiniones e informaciones vertidas por el periodista. En cuanto al fondo, los Tribunales nacionales, siguiendo la jurisprudencia del TC, consideraron que si bien la libertad de expresión defendía la divulgación de opiniones que pudieran desagradar, no podía ocultar la emisión de expresiones insultantes e

inútiles, calificativos vejatorios que de manera gratuita habrían atentado contra la dignidad del perjudicado. Por tanto, Los Santos acudió a los tribunales europeos para defender su derecho a la expresión. Estos fallaron en favor del periodista, resolviendo que la multa impuesta (cien euros diarios durante un año (36.000€ en total, según el auto) no es compatible con la libertad de expresión que garantiza el artículo 10 de la Convención. Por tanto, le dieron la razón en base a la interpretación que estos le dieron al artículo 10 del convenio de DDHH.

La segunda sentencia que analizo, es la interpuesta a Baltasar Adolfo (**STS 79/2018, 15 de Febrero de 2018**) por el delito de enaltecimiento del terrorismo y de sus autores y de humillación a las víctimas. El acusado, fue condenado por la composición de diferentes canciones, reunidas en sendos discos que el mismo cantaba en sus conciertos y que asimismo publicó a través de Internet; consintiendo que otras personas también difundieran en la red social, diversos archivos de audio y/o vídeo, conteniendo canciones de su creación.

Un caso muy parecido al que a continuación estudiaremos del rapero Valtynec. En este caso, La pluralidad de mensajes contenidos en las canciones publicadas en Internet y con acceso abierto tienen un indudable carácter elogioso de las organizaciones terroristas GRAPO y ETA y de sus miembros, comporta una alabanza de los medios violentos empleados y contiene una incitación a su reiteración, sin que los contenidos queden amparados por la libertad de expresión o difusión de opiniones. En esta sentencia, los jueces se ampararon de la doctrina internacional en base al art 5.1 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo bajo las siguientes rúbricas:

"provocación pública para cometer delitos terroristas ", establece que "[a] los efectos del presente Convenio, se entenderá por provocación pública para cometer delitos terroristas' la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos."

<la provocación pública para cometer delitos terroristas tal como se define en el apartado 1, cuando se cometa ilegal e intencionadamente">.

Y es que en el art. 5.2 autoriza a los Estados parte, entre ellos España, el acogimiento a *"las medidas necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno*

(STS. supremo Vlex , 2018)

Finalmente, el auto se resolvió con que la demanda que se interpuso, no fue admitida a trámite, por lo que fueron considerados los 3 años de prisión.

La **STS 206/2017, 28 de Marzo de 2017** fue llevada bajo procedimiento penal por los hechos ocurridos que a continuación le daré un breve detalle. Tiene como “actor principal” a Nemesio, que fue juzgado por un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo; en esta ocasión, sumidos en plena era tecnológica en la que utilizamos las redes sociales como elemento arrojado a la libertad sin importar el límite y/o la ofensa que pudiera tener los comentarios, opiniones o valoraciones, utilizó la red social twitter para justificar y alabar la actuación de la organización terrorista ETA y su propia existencia, al mismo tiempo que vertía comentarios vejatorios sobre las víctimas de los delitos cometidos por la organización. El anterior dictamen fue recurrido anteriormente bajo el procedimiento de casación por presentar el acusado un trastorno mental, y por haberse vulnerado el principio a la presunción de inocencia del acusado.

El error iuris, refiere a que los reiterados mensajes, desprovistos de contexto, no puedan concluirse que excedan del mero ejercicio del derecho a la libertad de expresión, o fueran manifestaciones de humor negro o en clave irónica. Ciertamente como informa en su impugnación la acusación popular, tanto por parte de la Policía Nacional como de la Policía Autónoma Vasca, no sólo se examina el contenido de las publicaciones y mensajes del recurrente, sino de las personas con las que mantiene contacto, como su madre, u otros usuarios de la red social dándose por demostrado que la mayor parte de los tuits publicados obedecen a publicaciones de mensajes que no son contestaciones a mensajes previos sino publicaciones motu proprio dirigidas a todos los usuarios que le siguen, llevando insertados muchos de los mismos, fotografía, anagramas o vídeos de la organización terrorista ETA y de sus acciones criminales.

Sin embargo, la sentencia fue recurrida entre otros hechos, por el atinente trastorno emocional de la personalidad, del recurrente, así como discapacidad psíquica del 36%. La representación de Nemesio comprende que integra una circunstancia eximente con el carácter de completa y no meramente parcial. No sin pretender que la pena le fuera rebajada de 1 a 2 grados. Sin embargo la sentencia declara que la imputabilidad del acusado no pueda reafirmarse ya que la capacidad de entender y querer del sujeto no debe de estar disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal. También a la sentencia se le añadió el componente de las circunstancias familiares, que también influyeron considerablemente a la hora de la realización del delito en su odio al Estado y a la justicia del mismo. Pero según la STS 124/20102, de 6 de marzo, *“la mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas o de doble vía en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, ya que no es la pena la consecuencia esencial de la infracción penal, sino que son posibles la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales en aquellos casos en que el sujeto posee determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad repetitiva, y además que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales.”*

Finalmente este recurso falló con la estimación parcial del mismo con la absolución de Don Nemesio del delito de amenazas de que venía acusado. La condena de prisión del delito enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas a través de internet, reducida a 6 meses y las costas le fueron reducidas a un tercio.

Otra sentencia, esta vez referida al ámbito laboral y cuyo dictamen tuvo que ser elevado a instancias supranacionales fue la STEDH de 29 de febrero de 2000, asunto Fuentes Cobo. En dicha sentencia, se apreció que el Estado había incurrido en vulneración del artículo 10 del Convenio, derivado de las de las críticas recibidas por un programador de TVE (el Sr. Fuentes Bobo) contra parte del personal directivo del Ente Público, y contra este mismo. En este asunto se imputó a diversos directivos de TVE, en un programa radiofónico, corrupción, abusos y desprecio de los derechos de los trabajadores, calificándoles a estos mismos de “sanguijuelas”. . El Tribunal, reconoció que las expresiones utilizadas fueron ofensivas, también añade que se produjeron en un contexto de “largo debate público que concierne a cuestiones de interés general relativas a la gestión de la televisión pública”. De este modo, estima que podían haberse

considerado sanciones menos graves y más apropiadas, que la de extrema severidad, que fue el despido; así como que los argumentos recurridos por el Estado demandado no fueron suficientes “para demostrar que la injerencia denunciada respondía, teniendo en cuenta la gravedad de la sanción, a una “necesidad social imperiosa”. Por ello, se declaró que existió violación del artículo 10 del CEDH, condenando a España a abonar al actor una indemnización por daños morales y perjuicios materiales, en aplicación del artículo 41 del CEDH.

La última sentencia a analizar, de una larga lista de sentencias que siguen este mismo cauce es la sentencia 38/2017, de 24 de abril. Aquí, se pone de manifiesto la vulneración del derecho a la libertad de expresión. Se corresponde a una sanción disciplinaria impuesta por la emisión de un juicio crítico sobre el comportamiento que, respecto de la actividad asociativa, mantuvieron otros miembros de las Fuerzas Armadas El recurrente en amparo, fue el subteniente del Ejército del Aire y delegado de la Asociación Unificada de Militares Españoles, que convocó una reunión a través del correo interno del Ministerio de Defensa para “dar apoyo solidario a la delegada para asuntos femeninos a la que estaban complicando la vida por su labor asociativa”. Dicho comentario fue considerado una aseveración falsa constitutiva de una falta grave lo cual acarreó para el recurrente una sanción disciplinaria de un mes y tres días de arresto en establecimiento militar.

Se otorga el amparo. De acuerdo con la doctrina de la STC 272/2006, de 25 de septiembre. Esta, reitera que el ejercicio de la libertad de expresión por los militares no puede llegar a exigir la veracidad de lo manifestado. Por otra parte, explica que el mensaje contenía una crítica sobre la actuación de terceros, pero que no de expresiones irrespetuosas ni desmesuradas, y más teniendo en cuenta que el juicio de valor que formuló recayó sobre un aspecto estrechamente vinculado a la actividad propia de la referida asociación. Por ello, se concluyó que el mensaje estaba amparado por el derecho a la libertad de expresión del recurrente. Por tanto, en este caso, sí se estimó el recurso y se reconoció el derecho fundamental del demandante a la libertad de expresión que como ya conocemos, se encuentra inserto en el art. 20.1.a CE.

De la crisis derivada por el Covid-19, ha habido un repunte en delitos de odio, contra la población china, contra el gobierno/políticos, contra los mismos sanitarios, médicos y

enfermeros que se encargaron de parar este virus, y en general con el personal que mantuvo a España social y económicamente. Entre estos delitos de odio, destaco el de un madrileño de 61 años que grabó un vídeo¹ que después compartió por redes sociales afirmando que se había desplazado a la localidad alicantina de Torrevieja para “putear” a los residentes y “contagiar” el virus en plenas vacaciones de Semana Santa. La policía lo localizó procediendo a su detención, como en muchos delitos de esta índole, el detenido alegó que se trataba de una broma, broma que fue calificada en el auto del juez como un delito que incita claramente al odio hacia la población de Torrevieja al desear un contagio masivo de la enfermedad

La gravedad de los hechos comportó la “alteración de la paz pública” en dicho municipio que vino motivada por la creación de un estado de inseguridad al afirmar que vino de Madrid (uno de los principales focos de contagio) en compañía de otras 4.000 personas. El auto de la condena expone que el vídeo refleja “absoluto menosprecio” hacia “la población de Torrevieja” y hacia “las personas enfermas de COVID-19 o familiares, o incluso familiares de fallecidos por el virus letal”. Por eso, el juez dictaminó una sanción civil de libertad provisional, pero imponiendo la medida cautelar de prohibición de residir o acudir al municipio alicantino como también la prohibición de salir del territorio nacional y la retirada de su pasaporte.

7. Delitos de odio en Europa y aplicación

7.1 Estándar de protección del Tribunal Europeo Derechos Humanos.

Una vez vista, estudiada, analizada y comentada la doctrina española, pasaré a explicar de manera breve lo que previamente he podido apreciar en algunas de las sentencias que he citado anteriormente, qué interpretación presenta la legislación europea en materia de derechos humanos y en concreto al derecho de mi estudio de investigación. Para ello, recogeré el punto de vista del estándar de protección de los derechos humanos aplicable en Europa.

Repaso de primer modo la adhesión de España en el año 1977, al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. He de

¹ https://www.youtube.com/watch?v=4M9_eRMo978 UpNewsTV

considerar que España mantiene se reserva en su aplicación parte del artículo 10, el cual menciona la libertad de expresión. Se reserva, la disposición del punto tercero del párrafo 1.º del artículo 10, como compatible con un régimen que corresponda a la organización de la radiodifusión y televisión en España; corresponde a que en España, la televisión pública, Radio Televisión Española, es una entidad pública empresarial (EPE) perteneciente a la Administración General del Estado (AGE)

Las resoluciones del TEDH, sobre las que gira nuestro trabajo, constituyen un factor determinante del marco de los derechos fundamentales, en el Derecho español. Primero, por la propia disposición de la Constitución (art. 10.2), que otorga un valor interpretativo a lo dispuesto en el Convenio Europeo.

Dicho artículo, señala que las “normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”

La vinculación de España en el cumplimiento de los DDF se encuentra, supeditada en primer lugar al Consejo de Europa, habiéndose inscrito el Convenio de Roma sobre protección de los derechos humanos. Independientemente de esta relación con el Tribunal de Estrasburgo, es imprescindible tener en cuenta su integración en la Unión Europea para que se confirme que España se va a mover siempre en un triple escenario. Son cuatro los tribunales que entran en juego: el Tribunal Constitucional Español que controla el cumplimiento de la Constitución; los jueces españoles de jurisdicción ordinaria; el TEDH con sede en Estrasburgo, con vinculación al Consejo de Europa y su Convenio; y por último el TJUE con sede en Luxemburgo.

La obligación de los jueces españoles de aplicar el derecho comunitario de modo preferente dará paso a una fórmula muy similar a la cuestión de inconstitucionalidad. Tendrá que plantear a Luxemburgo, a través de un control concentrado del derecho comunitario, una cuestión prejudicial 582, si le surge alguna duda sobre la posible contradicción de una norma interna con el derecho comunitario

El TC está colaborando con otros, en el intento de ir consolidando un *Ius commune* europeo. El fin consistiría en “ir consolidando los espacios de libertad y de ciudadanía al mismo tiempo que convirtiendo a la Europa de los Tratados en una Europa constitucional y a la Europa de los Estados en la Europa de los ciudadanos”.

8. Caso Valtònc

Como ya he observado, la libertad de expresión es un derecho fundamental que posee una serie de límites, estos están condicionados al discurso de odio: cuando el fin del mensaje sea dañar la imagen, honor, dignidad de una persona, interpelar a realizar un acto delictivo, ver el mismo como algo normal o causar

La doctrina española sin embargo, dependiendo del *modus operandi*, aplica un tipo de pena para el acusado que en muchas ocasiones no se ajusta al criterio del demandante o demandado teniendo que recurrirse esta a instancias europeas. Aquí, en ocasiones comprobamos que la corte europea no aplica un criterio bastante estricto al acusado ya que desconoce que las supuestas referencias de odio que puede haber manifestado, provoque en la sociedad o cultura de un país. Por ello, el “*Ius commune*” europeo es más necesario que nunca para regular delitos de odio hacia gobernantes, jefes de estado, exaltación de terrorismo o crímenes lesa humanidad de una manera más estricta y asimismo la ley en España debería de endurecerse ante este tratamiento de delitos para dejar como último recurso acudir a los tribunales europeos.

Con todo ello, me propongo a analizar el caso de libertad de expresión con más repercusión en estos últimos años en España. El actor principal de este, responde al nombre de Josep Miquel Arenas Beltrán, artísticamente conocido por el nombre de Valtònc. Este raperero mallorquín de ideología comunista, anticapitalista, republicana y antifascista se dio a conocer a la esfera pública por la publicación y difusión de varias canciones de un “*indudable contenido laudatorio*” de las organizaciones terroristas ETA y GRAPO a las cuales justificaba, incitaba y reincidía en de las acciones violentas. También se reflejó un menosprecio y humillación a las víctimas del terrorismo. Igualmente, el delito de odio fue hacia el jefe del estado, la monarquía en su conjunto, y diversos representantes políticos (la mayoría de derechas) y grandes empresarios.

En total, son 16 las canciones con contenido de odio las que se le imputaron. Lo que derivó que la sentencia impuesta fuera la más estricta en este tipo de delitos de odio. 3 años y 6 meses de prisión. Repasamos el contenido de algunas de las 16 canciones para valorar la dureza de la condena:

- "Llegaremos a la nuez de tu cuello, cabrón, encontrándonos en el palacio del Borbón, kalashnikov" Canción: Circo Balear.
- "Un pistoletazo en la frente de tu jefe está justificado o siempre queda esperar a que le secuestre algún GRAPO" (en alusión a un policía) Canción: Deberían tener miedo.
- "Sofía en una moneda pero fusilada" (Reina Sofía) Canción: España o Goma2
- "Nena, no apoyo la violencia gratuita, pero justicia sería pasarlos por la guillotina" (Alusión al gobierno del PP) Canción: Dolores de Amonal
- "Un día coches volarán como Carrero Blanco y no colgaremos ningún lazo en el Ayuntamiento" Canción: Noves degeneracions del PP
- "Mataría a Esperanza Aguirre, pero antes, le haría ver como su hijo vive entre ratas" Canción: El Mundo dona llicencia per a matar.

Estas, junto con otras piezas musicales, fueron motivo suficiente para que la dureza de la condena fuera a ojos de los magistrados justificable por los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de sus autores y de humillación a las víctimas, previsto y penado en los arts. 578 y 579 CP, por un delito de calumnias e injurias graves a la Corona recogido en el artículo 490.3 CP y de un delito de amenazas no condicionales del art.169.2 CP. El acusado, recurrió la sentencia alegando que se incurrió en una mala interpretación de los artículos 578 CP, 590 CP, 169.2 CP y del 20 CE en concordancia con el artículo. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si bien, el Ministerio fiscal y la acusación particular evaluaron el recurso y la alegaciones presentadas resultando estas inadmitidas e impugnadas. Para la evaluación de la sentencia, los jueces tomaron en consideración la STC 177/2015, de 22 de julio, el punto el cual hace referencia que el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto y que el TEDH afirma que tanto la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen fundamento de una sociedad democrática y pluralista. Por tanto, toda forma

de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio y violencia basadas en la intolerancia han de ser castigadas. Recuerda que la libre expresión de las ideas no puede estar destinada al uso la violencia para imposición de criterios propios.

Y es que, Valtònyc no solo criticó la figura del Monarca en su esfera pública sino también su vida privada. Matiz que resulta de vital relevancia ya que los jueces basaron su enjuiciamiento en esta prueba y fue secundado en gran parte por la jurisprudencia del TEDH. Que citó a sensu contrario la sentencia Standard Verlags GmbH contra Austria de 4 junio 2009 la cual se enjuició el asunto que versó sobre los aspectos íntimos de la vida privada del presidente austríaco e igualmente también la sentencia Von Hannover contra Alemania [TEDH 2004, 45]. Con ello, las manifestaciones fueron consideradas por el tribunal como ultrajantes y claramente atentatorias para la honorabilidad, por lo que, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resultó en este caso, con toda claridad, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, innecesario, superándose con mucho lo que pudiera considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas”. El rapero, aunque dijese que no pretendía amenazar, no podía ignorar el contenido de carácter intimidatorio de los textos de sus canciones y la idoneidad para ocasionar temor o miedo en las personas contra las que se dirigía.

Una vez confirmada la condena firme, la audiencia nacional el 14 de mayo, le impuso un plazo de 10 días para presentarse voluntariamente a las autoridades y cumplir su condena. Una condena que no llegaría a ejecutarse ya que el 24 de Mayo no se presentó ante estas. Desde hacía días, se apuntaba que dada su condición de no tener ninguna medida cautelar y disfrutar de libertad de movimiento, había huido a Bélgica o Suiza siguiendo recomendación de los líderes independentistas catalanes fugados. Es por ello que la sección segunda de lo Penal de la Audiencia Nacional decidió interponer una orden nacional, internacional y europea de detención y el reiterado requerimiento de pago de 3000€ en concepto por los daños y perjuicios ocasionados a Jorge Campos, el denunciante y objeto de algunas de las amenazas del rapero incluidas en algunas de sus canciones. El 4 de junio, se confirmó que Valtònyc había huido a Bélgica y tan solo un día después, el Tribunal de Estrasburgo rechazó la petición de Valtònyc para retrasar su ingreso en prisión. Desde entonces está puesto a disposición de la justicia belga dejándolo en libertad sin fianza con la condición de no salir de Bélgica mientras se tramite su caso.

El caso actualmente se encuentra en suspense ya que la Justicia belga rechaza la extradición del rapero al considerar que los delitos por los que está condenado, no tienen equivalencia en la legislación local descartando que sus actos estén relacionados con el terrorismo en cualquiera de sus formas, afirmando que todo lo hecho está amparado bajo la libertad de expresión. En España, el TC inadmitió el recurso de la Defensa de Valtònyc, por los abogados de este, han recurrido al Tribunal de Derechos Humanos. Sin embargo, el proceso es largo y llevará varios años para que se vuelva a abrir su causa. Mientras tanto, sigue en Bélgica sin poder regresar a España. Durante su exilio ha compuesto 2 discos titulados Poemes per no tornar y Piet Hein, el último de ellos según asegura el rapero para el portal electrónico UH Noticias se lo ha financiado el gobierno belga: *“En Bélgica se respeta mucho la cultura y el Estado me ha financiado todo el disco. Todo. Hasta el último céntimo”* (Zurimendi, 2019)

Por último, las últimas novedades que tenemos de este caso es la decisión que a principios de 2020 tomó el TJUE sobre el caso Valtònyc. Un nuevo revés para el rapero ya que la justicia belga debe tener ahora en cuenta el código penal español de 2012 para decidir sobre la entrega a España del rapero y no el de 2015 “que endurecía las penas”. Es así que la nueva tesitura a la que se enfrenta el tribunal de Apelación de Gante, es la de resolver la entrega o no a España de Valtònyc después de que el Tribunal de Primera Instancia de Flandes Oriental de Gante rechazase su traslado.

9. ¿Castiga la justicia la libertad de expresión?

Como hemos repasado en el trabajo, la libertad de expresión es un derecho fundamental de 1º generación que viene recogido en diversas leyes y pactos de carácter local, nacional e internacional. Reconocido y protegido en multitud de países, viene emanado de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos. Constatamos como este derecho dispone de unos límites civiles y penales que son aplicados cuando son vulnerados.

A lo largo del tiempo libertad de expresión y sociedad han seguido un mismo patrón evolutivo. En otras palabras, la libertad de expresión ha ido evolucionando a medida de los cambios que registraba la sociedad. Hoy en día, el acceso a las tecnologías y las conductas de la sociedad y nueva cultura social y artística instalada, ha propiciado un

aluvión de opiniones, ideas y pensamientos de dudosa legalidad o moralidad que sin embargo son protegidas bajo la doctrina de este derecho y del conocido como humor negro.

Sin embargo, la doctrina dispone de mecanismos cuyo objetivo es diferenciar qué mensajes, opiniones o ideas se ajustan al pleno ejercicio de la libertad de expresión para así poder evaluarlo y castigarlo si es preciso.

En el discurso del odio, Reflejamos que existe hipocresía y ha sido en el caso Valtòncy cuando se ha dejado ver con mayor clarividencia. Cuando el discurso del odio salpica a la esfera política, son muchos los que difieren en el tratamiento de la doctrina que, dependiendo de la persona, no se la defiende de igual modo al receptor del mensaje el cual recibe las mismas amenazas

Como he repasado, la libertad de expresión precisa de límites pero estos con frecuencia son tratados bajo intereses partidistas. Por tanto, se podría afirmar que la sociedad atañe este ejercicio a unos pocos, de manera que dependiendo de la persona, podemos o no lanzar mensajes de odio y excusarnos en la libertad de expresión como medio de escape ante los tribunales. La diferencia en este hecho muchas veces radica en la ideología.

Raperos como Pablo Hasel usan el argumento de que no todo el mundo puede tener derecho a la libertad de expresión, según apunta Hasel, lo importante es lo que dices, Valtòncy secunda que sus canciones quieren dar una ideología, son canciones con calado ideológico. Se quejan que la libertad de expresión no es justa para todos y que ellos no tienen el poder de poder censurar el mensaje de los demás. En España y en multitud de países, se le pone un especial foco a la canción protesta o reivindicativa porque ésta usa de lenguaje cuyo fin es el de ofender y provocar. Lo que la justicia persigue, no es ni la canción, al autor ni tan siquiera el mensaje provocador que puede tener sino si a raíz del mensaje, hay un odio que puede usarse como arma arrojadiza para la realización de actos contrarios a la ley. De actos que inspiren la propagación muchas veces de bulos y mentiras y de crear una cultura de odio y rechazo contra la persona o colectivo de manera que la misma puede verse amenazada y con un miedo irracional por ejemplo a salir a la calle.

Sin embargo, lo que afirma Pablo Hasel, se viene abajo ya que la justicia española actúa de manera objetiva sin fijarse en ideologías. Pongo de ejemplo de esta afirmación el

mitin de democracia nacional celebrada en Barcelona el 12 octubre 2015. En este, su líder, Pedro Chaparro amenazó al fotoperiodista Jordi Borràs el cual cubría la noticia de un mitin de ultraderecha en el día de la hispanidad. Se le amenazó y cito textualmente "Hemos visto por allí esta rata, Jordi Borràs, os pido a todos que si él ve le deis una buena hostia" en vista de tal amenaza interpuso denuncia en la cual demandaba que la Fiscalía actuase de oficio por delitos de odio y discriminación

De igual modo, se interpuso condena a 11 años de prisión a una banda neonazi por la difusión de ideología nazi, promover la violencia en sus letras y por la comercialización de diferentes productos con simbología fascista.

Por último, compruebo que la afirmación de Pablo Hasel se viene abajo cuando observamos como dada la situación provocada por el Covid-19 se estuvo limitando la libertad de expresión y también el derecho a la libertad de información. En primer lugar desde un principio, las preguntas ofrecidas en las sucesivas ruedas de prensa del gobierno y del comité de emergencias se seleccionaban y filtraban las preguntas que no pusieran en compromiso al gobierno, hasta que dada la repercusión que hubo, se cambió la forma de hacer estas, por otro lado la televisión pública interrumpía y cortaba emisión a las respuestas en rueda prensa al ministro Salvador Illa Grande Marlaska, en dicha grabación en pleno directo se le preguntaba por el número real de infectados y fallecidos en España, por las quejas de sindicatos de sanitarios por las cifras de médicos y enfermeros más altas de Europa y por la desescalada y por la independencia judicial. Interrumpían diciendo que la rueda de prensa solo se podía ver por plataformas móviles y por internet.

Son muchos los medios televisivos que han ofrecido información manipulada entrevistando a sanitarios muy afines y cercanos a partidos del gobierno censurando o cortando entrevistas a periodistas críticos con la gestión del gobierno. También censurando en pleno directo a que un periodista de mediaset diera su opinión sobre la gestión del gobierno en el caso concreto del 2º vicepresidente del gobierno.

Añado que España ha sido un país muy benévolo en el ejercicio de libertades públicas, dando cabida, repercusión, voz y voto durante muchos años al brazo político de ETA "Herri Batasuna" y a todas sus refundaciones hasta que la justicia española en colaboración con la europea las ilegalizó.

Por tanto la justicia en España no distingue de clases sociales, de ideologías o del tratamiento y forma de difusión de la opinión sino que es aplicable, atendida y cumplida por todos de igual grado.

En los últimos años en España se ha instalado una cultura del odio la cual el rapero, el cómico, el creador de contenido, o la persona se ampara en la libertad de expresión para promulgar su discurso de odio. Esto genera que al rapero le aplaudan por decir que quiere matar a Esperanza Aguirre aunque no llegue a ejecutar el acto. La Tolerancia y respeto siempre tiene que ser respetada por igual y no depende de para quién va la ofensa. No podemos defender la libertad de expresión cuando directamente se amenaza de muerte a una persona y tampoco encubrirlo en el humor negro o en libertad de expresión. Tampoco, podemos llamar fascista al que piensa diferente.

En el caso de Valtònyc, han sido muchas las voces que se han cuestionado el tratamiento de la libertad de expresión en España. Muchas de estas llegadas desde diversos ámbitos no solo el artístico sino el político y el social

La libertad de expresión comprobamos que muchas veces se evalúa atendiendo al tratamiento de la ofensa, expresión, tono usado... de forma que la libertad de expresión no es enjuiciada cuando el mensaje aparte de herir u ofender no provoca amenaza o desea que a la persona que es insultada reciba acoso. Y se demuestra cuando tenemos los siguientes ejemplos:

Eva Hache insulta al Rey en un programa de TVE Durante una broma a un hombre que se encontraba entre el público, aseguraba: “Esto es heredado, es como si te apellidaras Borbón y, en vez de dedicarte a ser Rey o a hacer regata te dedicarás, no sé... ¡A trabajar!”.

O la difusión de un tweet mofándose de Dani Rovira al que hace poco se le detectó cáncer: “Le ha venido bien pillar cáncer justo en cuarentena, cuando todos se rapan, así se camufla. Adjunta foto de un directo que hizo en instagram en el cual se le aprecia que está rapado.”²

Por último, otra denuncia que en este caso fue llevada a la fiscalía fue la puesta al humorista Daniel Mateo por sonarse en directo en horario de máxima audiencia los mocos con una bandera de España. Un delito de ultraje a la bandera que sin embargo

² Usuario @GolDeLoren (actualmente la cuenta está suspendida por incumplir las normas de twitter)

quedó archivado por el llamado principio de intervención mínima regulado en el Derecho Penal y por la amplia libertad de expresión que viene custodiada por el TEDH y, aunque se trate de una actuación muy desafortunada y provocadora, el juez amparado por los anteriores principios no vio carácter denigratorio solo una puesta en escena desafiante o crítica.

CAPÍTULO III: Soluciones planteadas para el límite a la libertad de expresión en casos de delitos de odio.

10. Sanción Penal

En el ámbito del derecho, el castigo penal al uso sin límites de la libertad de expresión es el más común, basándose en la doctrina, jurisprudencia y leyes penales de cada país (en el caso de España a través del código penal) como en las mencionadas anteriormente, el DUDH, CEDH como declaraciones principales así como en multitud de convenios y tratados relacionados en la defensa de los derechos humanos y derechos fundamentales.

Si es cierto que en la mayoría de sentencias de atentado a la libertad de expresión, los tribunales suelen apoyarse en leyes penales para reforzar sus argumentos. La pena impuesta al acusado suele llevar consigo en uno de sus puntos, “Se le impone pena de prisión de...” aunque en la mayoría de los casos esta queda rebajada tras las alegaciones o no se llega a imponer ya que el condenado la exime con el pago de una multa u otros castigos.

Todos los ordenamientos jurídicos reconocen que los delitos que causan daños más graves, o resultan especialmente nocivos para los valores comunes, deben recibir penas más estrictas. Para determinar si la aplicación de una sanción penal es justa, debemos de atender a las siguientes circunstancias:

Consideramos la norma sustantiva, disposición de gran relieve porque nos ayuda a definir si hay un prejuicio subyacente que se considere elemento constitutivo del delito. Este, lleva dispuesta una pena más rigurosa que la correspondiente al mismo acto cuando carece de dicha motivación.

Una segunda consideración la tenemos, en la definición de la pena, cuando esta lleva consigo violencia o amenazas graves de lesiones contra un grupo de personas o un individuo en función de la característica protegida de que se trate. Y más si es de manera reiterada y consciente de que su mensaje es constitutivo de delito.

En esto, hago especial hincapié ya que la rigurosidad de la sanción penal debe ir determinada a cuál es el elemento agravante, así como los antecedentes y prejuicios que pudiera tener la persona sobre la otra o el colectivo. Por tanto, pienso que el tratamiento que hacemos a este tipo de sanción debe de ser estudiado con detalle y no interponer todos los delitos pena de prisión aunque esta pena de imponerla, debería ser más rigurosa

11. Sanción administrativa

En primer lugar, la separación entre el ámbito penal y la sancionadora-administrativa resulta compleja, porque viene supeditado de la proyección que haga el legislador de la política criminal en atención de evolución de los valores y principios básicos que la sociedad considera dignos de una especial protección jurídica.

No existen apenas infracciones administrativas de expresión. Y cuando estas existen son polémicas, como es el caso de la Ley catalana de Comunicación Audiovisual o la Ley madrileña de Igualdad. En el caso de la 1º, medidas se pueden aplicar para mejorar la protección de la audiencia en el ámbito de los menores, personas con discapacidad y contenido de interés general, lucha contra contenidos que incitan al odio o al terrorismo

Esto, nos lleva a un tema particular y poco analizado, que es del ámbito de la potestad sancionadora de la Administración en función de heterotutela (nueva forma de denominarse a la autotutela administrativa y tutela judicial efectiva) Lo que apunta a nuestra tradición de desconfianza hacia la administración para la protección de bienes tan personales como el honor o la intimidad (aunque sí que existan en materia de protección de datos) y, a su vez, para la restricción de ciertas libertades básicas.

No hay que buscar en el Derecho Administrativo sancionador la protección a la que renunciamos en el Derecho Penal. Tampoco la busquemos en el Derecho Civil, que nos

aportaría la garantía judicial, porque el Derecho Civil no busca directamente prevenir, sino indemnizar.

Lo único punible que podemos encontrar en materia administrativa es el artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, más conocida como Ley Mordaza. En dicho artículo hace referencia a las distintas sanciones que coartan algunas libertades como las de reunión, de identificación personal, daños, de ingerir alcohol en vía pública, desordenes en vías o establecimientos públicos, desobediencia en muchos grados... Por lo demás no encontramos en el ámbito del derecho, sanciones que regulen de manera específica el derecho a la libertad de expresión.

En la propia constitución, compruebo el artículo 25 CE el cual reconoce de forma específica la potestad administrativa sancionadora y la somete de manera expresa al principio de legalidad, añadiendo además, la exclusión en el ámbito civil de las sanciones que supongan privación de libertad.

He de partir del reconocimiento de la potestad sancionadora administrativa y su vinculación al ámbito penal en el seno del ius puniendi del Estado. La facultad de dicha potestad sancionadora se comprende en el artículo 25 CE el cual establece *que «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»*³. Puede considerarse cómo dentro de los derechos fundamentales que se regulan en esta Sección 1ª del Capítulo II, se disponen estas garantías básicas frente a la capacidad punitiva del Estado que se reconoce implícitamente. Y así se hace en pie de igualdad para la dimensión administrativa-sancionadora y la penal, al hacer referencia a delitos, faltas (ambas penales) o infracciones (administrativas).

La gravedad del delito es difícil de evaluar y más cuando no existe doctrina específica para imponer la sanción, La mayoría de sanciones producidas por delitos contra la libertad de expresión, deberían ser tipificadas mediante sanciones administrativas, del hecho delictivo en cuestión, la sanción penal debería ser el último medio a aplicar así que por tanto se debería recurrir más a este tipo de sanciones e idear o reformular una

³ Constitución Española 1978

ley que aglutine un cuadro de sanciones administrativas referidas a los delitos de odio y libertad de expresión.

12. Sanción civil

Actualmente no se contempla en la legislación española vigente ningún mecanismo de aplicación de sanción civil específica para el delito contra la libertad de expresión o discurso de odio. Los jueces en función del delito cometido aplican una derivada sanción civil para de esta forma subsanar el daño causado. Una vez visto diferente jurisprudencia, la mayoría de estos no contemplan este tipo de sanción como la idónea para los que cometen este tipo de delito decantándose por aplicar sanción penal o administrativa. Sin embargo, muchas veces pensamos que estas son las más adecuadas cuando tal vez la más beneficiosa para la misma persona y la sociedad sería plantear un tipo de castigo civil proporcionado a la magnitud del delito, ya que una sanción civil excesiva puede tener un efecto lesivo de la libertad de expresión tanto o más grave incluso que una sanción penal.

Según relatores especiales de la OEA, la ONU y la OSCE para la libertad de expresión en su Declaración Conjunta de 2000, estas responsabilidades

“No deben ser de tales proporciones que susciten un efecto inhibitorio sobre la libertad de expresión, y deben ser diseñadas de modo de restablecer la reputación dañada, y no de indemnizar al demandante o castigar al demandado; en especial, las sanciones pecuniarias deben ser estrictamente proporcionales a los daños reales causados, y la ley debe dar prioridad a la utilización de una gama de reparaciones no pecuniarias”⁴

Aquí en España, la última ratio de sanción debe ser la penal por eso desde la abogacía del estado se debe de implantar mecanismos y regular una ley que dicte las posibles condenas a aplicar cuando se comete este tipo de delitos.

Si el delito es enaltecimiento del terrorismo, una pena cuyo fin sea comprender el dolor de las cientos de familias. Si el delito es de injurias u odio, aparte de compensarle

⁴ Corte I.D.H., Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 129.

administrativamente, tener que estar x tiempo por algún medio compensando a la persona o colectivo afectado de alguna forma social.

Es ilustrativo ver como aunque en nuestra legislación no haya doctrina, si la hay en otros países. Hago mención a la doctrina jurídica de La real malicia. , Es utilizada utiliza para casos de calumnias o injurias divulgadas por cualquier medio de difusión masiva, difundidas respecto de funcionario, personalidades o cualquier persona involucrada en alguna cuestión de interés público. Tiene su origen en Los Estados Unidos de América con el caso New York Times contra Sullivan del año 1964 y esta doctrina se ha llevado a la práctica en Argentina la cual tiene cabida en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en otras palabras en el máximo tribunal judicial de la República Argentina.

La Real Malicia por tanto lo que pretende comprobar es que la persona que se expresó, lo hizo con mala fe y con la intención de causar el daño a la reputación, imagen o privacidad de los demás o con excesiva negligencia y desprecio por la verdad. Luego, aplicar esta doctrina en la legislación española sería provechosa para estudiar con otra visión este delito y así darle más salida y no enfrascarse en la sanción penal o administrativa que más que reparación, subsanación y arrepentimiento, crea más odio, más rencor, más justificación para cometer estos actos y más incidencia de este delito.

13. Conclusiones Generales

Una vez finalizado este trabajo, en el cual he estudiado el origen de la libertad de expresión, su desarrollo a lo largo del tiempo, tras haber hecho un análisis comparativo de este con distintas constituciones, posteriormente relacionar y diferenciar la libertad de expresión con el delito de odio para aplicarlo al caso del rapero Valtòny, hago los siguientes apuntes y llego a estas conclusiones:

- Que la libertad de expresión en todas sus formas y manifestaciones es un derecho fundamental, inalienable e inherente a todas las personas. Además, un requisito indispensable para la existencia mínima de una sociedad democrática.
- Que esta, ha constituido un derecho de indudable valor y en muchas épocas ha estado coartado. A nuestros días ha llegado bajo la forma de matices que son refundados por una serie de límites que si bien hemos visto son aplicados atendiendo a la forma y magnitud del hecho delictivo acaecido

- Siempre habrá voces críticas en la aplicación de este derecho, se aplique como se aplique. Por ello es preciso tener una buena base jurídica y también saber diferenciar cuando empieza la ofensa para ser capaces de aplicar en su justa y equitativa medida la sanción correspondiente.
- La relación libertad de expresión y delito de odio van de la mano y están conectadas a través de una serie de deberes y responsabilidades que podrá ser sometida a condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley si se actúa con dolo. El tratamiento que le damos al delito de odio y consiguiente discurso del odio depende en gran medida de la frontera que ponemos a la libertad de expresión
- El discurso del odio se manifiesta en gran medida a través del ciberodio. Que ha ido en aumento estos últimos años y en la que los magistrados se encuentran en ocasiones dudosos a la hora de aplicar o no sanción por lo que en consecuencia, deben evaluar, distinguir y aplicar un tipo de doctrina que diferencie de manera clara qué expresión está considerada de odio y cual no.
- Cuando la justicia detecta un hecho delictivo, lo aplica con justicia, imparcialidad, honestidad y firmeza. El poder judicial es independiente y no se dejan embaucar por el símbolo o ideología política, tampoco por presiones. Si bien hemos de proteger este derecho, también debemos de resguardarlo cuando “no llueva a nuestro gusto” la libertad de expresión y el delito de odio es para todos igual.
- Para que este derecho no quede deslegitimado y por ende se convierta en un derecho sin relevancia y poco peso es imprescindible la creación y puesta en valor de un Ius Commune europeo para de esta forma regular este delito sin que haya contrariedades ni tampoco divergencias. La Unión Europea es patria común de todos y defiende muchos valores entre los que se encuentran la justicia. Si entre países ponemos trabas para que se aplique, significará que después de 63 años no hemos entendido el proyecto común creado en 1957 y ratificado en el año 1993.
- De igual modo para que tampoco se desvirtualice, existen más formas de aplicar este delito, no solo la sanción penal que es recurrida en multitud de ocasiones y lo que consigue más que el arrepentimiento del acusado es el rencor y crear más odio hacia este delito, más presión a los jueces y rechazo a la justicia y al estado

democrático y social de derecho que con tanto esfuerzo costó conseguir y construir aquí en España.

- El derecho a la libertad de expresión del rapero valtònyc no se encuentra coaccionado, ningún juez le acusa por cantar o le prohíbe estar en contra de algo o alguien ni tampoco le coarta hacer canción protesta. Es totalmente falso. Lo que los jueces condenan sin embargo es el contenido de sus canciones que incurren en un delito de odio por tanto la canción protesta no está penada en España sino el enaltecimiento del terrorismo y la amenaza. Este rapero abusó de su derecho a expresarse de manera reiterada y es por ello en lo que se le juzgó y condenó. La situación de este reo está estancada ya que depende de los tribunales belgas los cuales se muestran proclives a colaborar con la justicia. De ahí a que nuevamente vuelva a poner énfasis en la creación de un *Ius Commune*, una norma europea común para todos que regule del mismo modo el derecho a la libertad de expresión y el consiguiente delito de odio que supone.

A diferencia del pasado, este derecho está sujeto a deberes y responsabilidades. La evolución de este y la introducción del delito de odio han supuesto restricciones a este derecho los cuales primaba la ofensa y la intimidación. Sin duda alguna he descubierto que en España la libertad de expresión se encuentra protegida y respaldada por los tribunales europeos aunque a veces se produzcan choques los cuales la doctrina tanto española como europea no pueden resolver de manera sencilla, ni tan siquiera saber con certeza si se ha aplicado bien el criterio. Por último, concluyo este trabajo con una frase de uno de los mayores poetas, dramaturgos y novelistas románticas del siglo XIX y de la historia que resume en una frase lo que este derecho implica para la sociedad:

“Cuando aumenta la libertad siempre aumenta la responsabilidad” Víctor Hugo

14. Bibliografía y jurisprudencia

Gregorio Peces-Barba . (2004). *Lecciones Derechos fundamentales* . dykinson .

alemania, L. f. (s.f.). *btg-bestellservice* . Recuperado el enero de 2020, de <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

America, L. c. (s.f.). *wipo* . Recuperado el enero de 2020, de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/us/us181es>

Aravena, H. T. (2010). *Estudios constitucionales* . Santiago : Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales. Publicación online .

Aravena, H. T. (s.f.). *scielo* . Recuperado el 2020, de Tórtora Aravena, Hugo. (2010). LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *Estudios constitucionales*, 8(2), 167-200. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200007>

asesoría y empresas . (s.f.). Recuperado el 6 de 3 de 2018, de <http://www.asesoriayempresas.es/jurisprudencia/JURIDICO/58601/sentencia-tsj-andalucia-de-25-de-enero-de-2011-funcionarios-reconocimiento-de-los-servicios-pre>

asesoría y empresas . (s.f.). Recuperado el 6 de 3 de 2018, de <http://www.asesoriayempresas.es/jurisprudencia/JURIDICO/116229/sentencia-ts-sala-3-de-23-de-diciembre-de-2011-personal-estatutario-acceso-baremacion-de-mer>

Asunción, F. (9 de 4 de 2020). *Detienen a un hombre que dijo querer contagiar de coronavirus a los vecinos de Torre vieja "en broma"* . Recuperado el 12 de 4 de 2020, de https://www.vozpopuli.com/espana/Detienen-contagiar-coronavirus-vecinos-Torre vieja-madrid-alicante-sucesos-detenido-guardia-civil-video_0_1344466253.html

Ayala Corao, C. M. (2006). *Red lus et Praxis* . Recuperado el febrero de 2020, de Red lus et Praxis, 2006. ProQuest Ebook Central, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/ujaen/detail.action?docID=3163564>

BOE . (s.f.). Recuperado el 22 de 11 de 2018, de Ley 39/2015, de 1 de octubre : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>

BOE . (s.f.). Recuperado el 21 de 11 de 2018, de Ley 40/2015, de 1 de octubre : https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10566

BOE . (s.f.). Recuperado el 22 de 11 de 2018, de RDL 781/1986 de 18 de abril : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg781-1986.html

BOE . (s.f.). Recuperado el 23 de 11 de 2018, de Ley 58/2003 de 17 de diciembre : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>

BOE.es . (s.f.). Recuperado el 12 de 3 de 2018, de <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Boletín Oficial del Estado . (29 de 12 de 1978). Recuperado el diciembre de 2019, de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

bufete buades . (s.f.). Recuperado el 17 de 3 de 2020, de <https://www.bufetebuades.com/delito-de-odio-y-libertad-de-expresion/>

Castillo, I. (2019 de 10 de 26). *Mundo jurídico* . Obtenido de Mundo Jurídico : <https://www.mundojuridico.info/el-delito-de-odio/>

Catalunya, P. G. (2019). *Participa generalitat de Catalunya* . Obtenido de Anteproyecto de modificación de la Ley de la comunicación audiovisual de Cataluña:
<https://participa.gencat.cat/processes/ComunicacioAudiovisual?locale=es>

congreso . (s.f.). Recuperado el 24 de 11 de 2018, de Constitución Española 1978 :
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>

diputados, c. d. (1982). *web del congreso de los diputados* . Recuperado el febrero de 2020, de
http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/reglam_congreso.pdf

EAA. (2007). *Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Sevilla: Junta de Andalucía.

Evolución histórica de la libertad de expresión ¡Despertad 1996! (1996). *WatchTower Libray, la biblioteca en línea* , 3-5.

Felipe González, Paulo Sergio Pinheiro, María Silvia Guillen, Dinah Shelton, Rodrigo Escobar Gil, Luz Patricia Mejía Guerrero, José de Jesús Orozco Henríquez . (2010). *MARCO JURIDICO INTERAMERICANO SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*. OAS Cataloging-in-Publication.

Francia, C. 4. (s.f.). *Senat*. Recuperado el enero de 2020, de
https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf

Freixes, N. S. (2015). *Libertad de expresión y derecho a promover y proteger los Derechos Humanos*. J.M. Bosch Editor .

Freixes, N. S. (2015). *Libertad de expresión y derecho a promover y proteger los derechos humanos*,. J.M. BOSCH EDITOR, 2015.

García, M. J. (s.f.). *derecho administrativo* . Recuperado el 3 de 3 de 2018, de jcyL.es :
www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/579/849/Garcia_Garcia.pdf?blobheader

Landa Gorostiza, Jon-Mirena, and Enara Garro Carrera. (2018). *Delitos de odio derecho comparado y regulación española* . Valencia : Tirant lo Blanch.

Ley Orgánica 1/1982, d. 5. (1982). *Boletín Oficial del Estado* . Obtenido de
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (1995). Obtenido de
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

LOPSC. (2015). *Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*. Obtenido de BOE: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3442>

Maldonado, L. G. (20 de 2 de 2018). *El Español* . Recuperado el 13 de 4 de 2020, de Estas son las canciones por las que el rapero Valtonyc irá a la cárcel:
https://www.elspanol.com/cultura/musica/20180220/canciones-rapero-valtonyc-ira-carcel/286472442_0.html

(2013). Manual de Protección de Derechos de la Sociedad Civil. Caracas : sinergia .

Ministerio de Sanidad, consumo y bienestar social . (s.f.). Recuperado el 22 de 3 de 2020, de https://www.msrebs.gob.es/ssi/familiasInfancia/PoblacionGitana/docs/Documento_9.pdf

MIRANDA, M. M. (2016). JURISPRUDENCIA SOCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Revista Jurídica de los derechos sociales Lex Social* , 375-376.

noticias jurídicas ley 58/2003 del 17 de diciembre . (s.f.). Recuperado el 4 de 1 de 2018, de http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/I58-2003.t1.html#a4

noticias jurídicas RD 33/1986 de 10 enero. (s.f.). Obtenido de http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd33-1986.t1.html#c4

noticias jurídicas RD 781/1986. (s.f.). Obtenido de http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg781-1986.t7.html#t7

noticias jurídicas RD128/2018 de 16 marzo . (s.f.). Obtenido de http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/617104-rd-128-2018-de-16-mar-regimen-juridico-de-los-funcionarios-de-administracion.html#t4

Óscar., P. d. (2014). *Libertad de expresión y discurso político: propaganda negativa y neutralidad de los medios en campañas electorales*. México D.F: Tirant lo Blanch, 2014. Print.

Prado Campos, Peio H. Riaño . (16 de 6 de 2015). *El confidencial* . Recuperado el febrero de 2020, de https://www.elconfidencial.com/cultura/2015-06-16/tiene-limites-el-humor-negro_886805/

STS. supremo Vlex . (2018). Recuperado el 3 de 4 de 2020, de <https://supremo.vlex.es/vid/704212725>

Torres, M. B. (2006). *Dialnet Filosofía 2006 interiores: La libertad de expresión en la filosofía de John Stuart Mill* . Obtenido de <file:///C:/Users/sebasti%C3%A1n/Downloads/Dialnet-LaLibertadDeExpresionEnLaFilosofiaDeJohnStuartMill-2476026.pdf>

TS. (s.f.). *el mundo, sentencia terrorismo* . Recuperado el 13 de 4 de 2020, de https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2018/02/20/sentencia_terrorismo.pdf

unidas, N. (s.f.). *Naciones unidas* . Recuperado el enero de 2020, de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Zurimendi, A. (20 de 5 de 2019). Josep Miquel Arenas 'Valtònyc': «En Bélgica, el Estado me ha financiado el nuevo disco». Bélgica .