



BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

XII LEGISLATURA

Serie B:

PROPOSICIONES DE LEY

23 de marzo de 2018

Núm. 239-1

Pág. 1

PROPOSICIÓN DE LEY

122/000211 Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión.

Presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

La Mesa de la Cámara, en su reunión del día de hoy, ha adoptado el acuerdo que se indica respecto del asunto de referencia.

(122) Proposición de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso.

Autor: Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión.

Acuerdo:

Admitir a trámite, trasladar al Gobierno a los efectos del artículo 126 del Reglamento, publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales y notificar al autor de la iniciativa.

En ejecución de dicho acuerdo se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 20 de marzo de 2018.—P.D. El Secretario General del Congreso de los Diputados, **Carlos Gutiérrez Vicén**.

A la Mesa del Congreso de los Diputados

Al amparo de lo establecido en el Reglamento de la Cámara, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presenta la siguiente Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión.

Palacio del Congreso de los Diputados, 16 de marzo de 2018.—**Alberto Garzón Espinosa**, Portavoz del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie B Núm. 239-1

23 de marzo de 2018

Pág. 2

PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Exposición de motivos

I

La libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales reconocidos a todo ser humano en la práctica totalidad de los países democráticos por ser un elemento nuclear para el pleno desarrollo de la personalidad y para la existencia de una convivencia plural y libre. Este derecho debe ser reconocido en igualdad de condiciones para el conjunto de las personas que conforman una sociedad. Es así que la libertad de expresión ocupa un lugar eminente en los textos constitucionales de todos los países de nuestro entorno, también en los pactos y declaraciones internacionales que consagran los derechos humanos. Entre otros, así lo recogen el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos así como el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

Las restricciones que conforman las fronteras de la libertad de expresión deben ser muy medidas y justificadas, con sanciones proporcionadas, y sin que en ningún momento estas restrinjan el debate público y la libre participación política de la ciudadanía. Tal es así que nuestro texto constitucional establece límites en torno al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia, o en el propio artículo 10.2 de la CEDH los emplaza en aras a la protección de la seguridad nacional, de la salud o de la prevención de crímenes, entre otras. El artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica por su parte expresamente que «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

La jurisprudencia constitucional indica además en nuestro país que en caso de conflicto ha de prevalecer la libertad de expresión si no se ejerce con la intención de insultar o herir, si lo expresado responde a un hecho veraz de interés público o, de manera especial, si esta se ejerce desde un medio de comunicación. Pese a esto, en los últimos años estamos asistiendo en España a una deriva autoritaria que ha llevado a restringir de manera alarmante el derecho fundamental a la libertad de expresión, recogido en el artículo 20 de la Constitución Española, más allá de estos límites. Esto se está produciendo principalmente por dos vías.

La senda administrativa, a través de la Ley Orgánica 4/2015 de 30 marzo, de protección de la seguridad ciudadana, como forma silenciosa y discreta de disuadir del ejercicio del derecho fundamental a la manifestación. Esto se busca mediante multas de carácter administrativo que, tal y como reflejan informes de organizaciones en defensa de los derechos humanos, han tenido un efecto desmovilizador en la ciudadanía. La gente, aun teniendo ganas de salir a la calle para protestar, ya no se moviliza tanto por miedo a la imposición de multas en aplicación de dicha ley.

La segunda vía que amordaza y reprime la libertad de expresión es el cauce penal. A través de la aplicación de determinados artículos del Código Penal se criminalizan conductas como enviar mensajes a través de las redes sociales, cantar rap, utilizar la imagen de un Cristo y publicarla en redes sociales, manifestarse mediante una performance a modo de procesión reclamando la igualdad de la mujer en la sociedad —la procesión del coño insumiso—, criticar al Rey o silenciar el himno nacional mediante silbidos en un estadio de fútbol en presencia de los Reyes de España. En esta última vía, en la que se aplica el Código Penal, se han detectado dos tipos de problemas:

I. En unos casos se han utilizado tipos penales totalmente obsoletos, no ajustados a la Constitución Española e impropios de una democracia desarrollada.

II. En otras ocasiones se ha aplicado un tipo penal nada definido como es el del enaltecimiento del terrorismo, así como se han introducido conceptos abiertos e indeterminados en torno a los llamados delitos de odio. La ambigüedad de su definición ha permitido su aplicación de forma errática y con variables tendencias doctrinales, sin que los propios órganos de Justicia se hayan puesto de acuerdo para unificar criterios, conculcando con un derecho fundamental como es el de la libertad de expresión.

En el problema I estaríamos hablando de delitos que chocan frontalmente con la libertad de expresión desde su propio enunciado y que procede derogar. Son artículos del Código Penal cuya influencia

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

proviene de la dictadura y que por tanto no tienen cabida en un sistema democrático y plural. Se trataría de los siguientes artículos y delitos:

1. Delito contra los sentimientos religiosos o de escarnio público, reflejado en el artículo 525 del Código Penal.

En un Estado aconfesional no han de primar los sentimientos de unos ciudadanos frente a otros. Lo único que habría que proteger es la libertad religiosa como derecho fundamental. En este sentido la legítima crítica contra las religiones, dogmas y creencias está amparada por la libertad de expresión.

En el actual Código Penal se exige que el escarnio o burla se realice «para ofender los sentimientos religiosos». Por lo tanto, la jurisprudencia ha entendido correctamente que en un sistema democrático la crítica expresada mediante burla, sátira o cualquier otro tipo de opinión contra las confesiones religiosas está amparada por la libertad de expresión. Es por ello que hasta ahora han sido pocos los procedimientos que se han materializado en juicio oral y, de éstos, una cantidad menor han acabado en condena. Esta situación sin embargo está cambiando en los últimos años, donde no solo asociaciones privadas sino también la propia fiscalía lo utiliza para formalizar acusaciones, por ejemplo, contra personas que realizan montajes artísticos con imágenes religiosas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sentenció el pasado 30 de enero de 2018 en el caso *Sekmadienis Ltd. c. Lituania* en contra de este Estado, pues encontró que había violado el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), referido a la libertad de expresión, en el caso conocido como «Jesús en vaqueros». Este contencioso se había saldado en Lituania con una multa a la empresa textil por una campaña publicitaria que exponía las figuras de María y José en vaqueros. Tras el recurso al TEDH por parte de *Sekmadienis Ltd.*, la reciente sentencia afirma:

«El Tribunal reitera que la libertad de expresión también se extiende a ideas que ofenden, conmocionan o perturban (...) También reitera que en una sociedad democrática pluralista quienes eligen ejercer la libertad de manifestar su religión no puede razonablemente esperar estar exento de toda crítica. Deben tolerar y aceptar la negación por parte de otros de sus creencias religiosas e incluso la propagación por parte de otros de doctrinas hostiles a su fe.»

Es preciso asimismo recordar que la protección de la libertad religiosa en España se encuentra suficientemente recogida en otros artículos del Código Penal, como el delito discriminatorio contemplado en el artículo 510: provocación del odio, hostigamiento y violencia contra colectivos vulnerables, por razón de sexo, etnia, religión y otros supuestos recogidos. Es decir, las críticas que pudieran ofender a los sentimientos de los creyentes, por gratuitas que sean, se entienden que entran dentro del ámbito de la libertad de expresión y quedarían protegidas con la derogación de este artículo 525, mientras la incitación directa a la violencia, el odio y la discriminación religiosa quedaría sancionada en el artículo 510 del Código Penal.

2. Delitos contra la Corona, recogidos en los artículos 490.3 y 491 del Código Penal.

Esta especial protección de la más alta institución política del país, en cuanto que ostenta la Jefatura del Estado, constituye un verdadero ataque contra la libertad de expresión. En un sistema democrático cuanto más poder tiene una institución mayor ha de ser la exposición a la crítica legítima por parte de la ciudadanía. De otra manera no se entiende la libertad política ni la democracia.

En su Observación general n.º 34 de julio de 2011, relativa al artículo 19 —sobre libertades de opinión expresión— del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresaba que la libertad de expresión era «la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas». Esta libertad se considera asimismo como la «condición necesaria para el logro de los principios de transparencia y rendición de cuentas». Es así muy claro el Comité de Derechos Humanos cuando, más adelante, expresa directamente que «el Pacto atribuye una gran importancia a la expresión sin inhibiciones en el debate público sobre figuras del ámbito público y político en una sociedad democrática». Añadiendo asimismo un fragmento que será de referencia también para los artículos siguientes:

«Todas las figuras públicas, incluso las que ejercen los cargos políticos de mayor importancia, como los Jefes de Estado o de Gobierno, pueden ser objeto legítimo de críticas y oposición política. En

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie B Núm. 239-1

23 de marzo de 2018

Pág. 4

consecuencia, el Comité ha expresado su preocupación en relación con leyes sobre cuestiones tales como la “lèse majesté”, el desacato, la falta de respeto por la autoridad, la falta de respeto por las banderas y los símbolos, la difamación del Jefe de Estado y la protección del honor de los funcionarios públicos. Las leyes no deben establecer penas más severas según cual sea la persona criticada. Los Estados partes no deben prohibir la crítica de las instituciones, como el ejército o la administración.»

El Relator especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, abundó en la misma línea y así incluyó en su informe de junio de 2012, entre sus recomendaciones a los Estados, lo siguiente: «La difamación no debe constituir un delito penal en ningún Estado. Las leyes penales sobre difamación son intrínsecamente severas y surten un efecto desproporcionado y paralizante sobre el derecho a la libertad de expresión».

La Resolución 1577 de 2007, «Hacia la despenalización de la difamación», emitida por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, abundaba en la misma línea que el Relator de Naciones Unidas:

«La Asamblea considera que las penas de prisión por difamación deben abolirse sin más demora. En particular, exhorta a los Estados cuya legislación todavía prevea penas de prisión —aun cuando estas no se impongan en la práctica— a eliminarlas inmediatamente, para no servir de excusa, aun siendo injustificada, a los Estados que siguen imponiéndolas, provocando así la degradación de las libertades fundamentales.»

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ya tuvo ocasión de pronunciarse en la sentencia de 15 de marzo de 2011, del caso Otegi Mondragón contra España, donde se condenó a España por vulnerar la libertad de expresión. Desde entonces tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han dictado numerosas sentencias, algunas de ellas con votos particulares discrepantes, que hacen caso omiso del TEDH y continúan condenando por injurias a la Corona, sin primar en absoluto la libertad de expresión ni realizar una interpretación acorde a esta sentencia, a lo recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o a lo ya referido desde Naciones Unidas.

De hecho ya en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 2015, aunque denegó el amparo a los dos jóvenes de Girona, Enric Stern Taulats y Jaume Roura Capellera —que en 2007 habían quemado fotos del entonces Jefe del Estado, el rey Juan Carlos I, y de su esposa la Reina Sofía—, tras haber sido condenados por la Audiencia Nacional, se venía a reconocer que los vigentes tipos penales sobre injurias a la Corona confrontan con el derecho fundamental a la libertad de expresión. De este modo la sentencia mantuvo la condena de instancia mediante un complejo andamiaje jurídico que insertaba la conducta típica extramuros de lo que literalmente indica el tipo de los artículos 490.3 y 491 del Código Penal. Lo incluía así, difusamente, entre los delitos de odio, lo que para diversos juristas y magistrados ha supuesto un paso más en la banalización de este tipo de delitos.

Esta última sentencia del Tribunal Constitucional, que contó con cuatro votos particulares disidentes que enfatizan aún más la polémica que estos tipos penales generan dentro del propio Tribunal, muestra claramente la necesidad de derogar estos artículos en aras de asentar, no solo el derecho a la libertad de expresión, sino también la seguridad jurídica y la respetabilidad de nuestro país en lo concerniente a los estándares europeos sobre libertad de expresión.

Por último, cabe destacar la reciente y contundente sentencia de 13 de marzo de 2018 del TEDH sobre este caso, Stern Taulats y Roura Capellercí c. España, adoptada de forma unánime y donde se concluye que el Estado español ha violado el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos relativo a la libertad de expresión. En la sentencia se indica que la quema de las fotografías de los reyes se encuadraba dentro de la crítica política, no personal, a la institución monárquica en general y en particular al Reino de España como nación. Todo ello además se enmarca en la sentencia dentro de un debate público que no se debe coartar penalmente. Es una crítica a lo que el rey representa, se dice, en tanto que jefe y símbolo del Estado. Una provocación que busca la atención mediática para transmitir su mensaje político crítico, de insatisfacción y protesta con la institución, y por tanto amparado por la libertad de expresión. La sentencia prosigue recordando que la libertad de expresión en una sociedad democrática abierta y plural también ha de valer para aquellas ideas o informaciones que puedan herir, chocar o inquietar. Desestima también el TEDH de forma clara que la acción de Stern y Roura pueda enmarcarse como delito de odio, toda vez que este responde a una incitación directa a la violencia, hostilidad o discriminación para promover el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia. En consecuencia, reitera, el Estado español ha violado el artículo 10 de la CEDH por el que se protege la libertad de expresión.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

3. Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, recogido en el artículo 543 del Código Penal.

Este delito se está aplicando para atacar la libertad de expresión, reprimiendo la crítica contra los símbolos de nuestro país, materializados en la bandera y el himno nacional. Ponerse de acuerdo cientos de personas en un estadio, previo reparto de silbatos a la entrada de un partido de la Copa del Rey de fútbol y en el marco de una protesta ciudadana, no es delito. Silenciar el himno nacional no entraña ataque contra la patria, sino una legítima expresión de la libertad de expresión.

Nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la mejor jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya referida, viene estableciendo que hay que dar amparo a las opiniones y expresiones que pudieran parecer hirientes. Aunque se traten de ideas que cuestionan el propio sistema, pues en un sistema democrático no se debería exigir una democracia «militante» por parte de la ciudadanía. Todas las opiniones, aun las que parezcan que tiendan a socavar los cimientos del sistema establecido, están amparadas por la libertad de expresión.

Asimismo, conviene recordar sucintamente la propia jurisprudencia del TEDH en asuntos que podrían considerarse similares a las conductas por las que este tipo penal ha venido siendo utilizado en nuestro país. Así, procede señalar la sentencia del TEDH en el caso Murat Vural contra Turquía, de 21 de octubre de 2014, que no consideró que fuera un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión la conducta de cubrir de pintura efigies o estatuas de personajes representativos del Estado. Esa misma conclusión ha sido defendida por la sentencia del TEDH en el caso Christian Democratic People's Party contra Moldavia, de 2 de febrero de 2010, en relación con la destrucción mediante el fuego de retratos de representantes políticos institucionales.

Esta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entronca con la visión más extendida de que este tipo de actos de expresión o difusión de ideas o pensamientos mediante acciones de evidente plasticidad son comportamientos socialmente conocidos que han sido considerados como manifestación de la libertad de expresión por otros Tribunales Constitucionales, señaladamente el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América: Sentencias dictadas en el caso *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968), en relación con cartilla militar; en el caso *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), y en el caso *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990), en relación con la bandera nacional.

Por tanto, la derogación del artículo 543 del Código Penal es razonable y está plenamente justificada.

4. Las injurias al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma y a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, recogido en el artículo 504.

Apenas se ha aplicado, pues lógicamente las instituciones en un sistema democrático tienen que estar expuestas a la crítica de la ciudadanía, aunque es preciso conjurar el riesgo de que se active su aplicación. Los razonamientos que se desarrollan en esta exposición de motivos para derogar los artículos 490.3, 491 y 543 del Código penal son plenamente aplicables a este artículo 504 del mismo código, por lo que no se hace necesaria una mayor argumentación que la mera remisión a lo indicado en epígrafes precedentes.

II

En el problema II, relativo a la indefinición de los tipos penales, nos encontramos en primer lugar con problemas de ambigüedad en la definición del enaltecimiento del terrorismo, recogido en el artículo 578 del Código Penal.

Este delito nació en el año 2000, fruto de un pacto de Estado entre los dos partidos entonces mayoritarios en España, en un momento de extrema violencia perpetrada por la organización terrorista ETA. En el año 2015, tras una oleada de protesta social y a la vez que se reformaba la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, un nuevo pacto de Estado lo endureció. Está constatado que durante los primeros 11 años de vida de este delito apenas hubo juicios por la comisión de delitos de enaltecimiento. No ha sido hasta el año 2011, justamente cuando ETA declaró el cese de su criminal actividad, cuando comenzaron a perseguirse estos delitos y, desde entonces, se han multiplicado estos casos. Amnistía Internacional, en su último informe de marzo de 2018 donde solicita la derogación de este artículo, cifra en tres personas condenadas en 2011 por este delito y cerca de 70 en los dos últimos años.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie B Núm. 239-1

23 de marzo de 2018

Pág. 6

Es así que ya entre 2014 y 2016 se produjeron numerosas detenciones bajo el paraguas de operaciones policiales producto de investigaciones prospectivas en la red social Twitter, denominadas por el Ministerio del Interior como «Operaciones Araña». Fruto de las 4 operaciones «Araña» se detuvieron a 73 personas, todas ellas están siendo enjuiciadas, de forma separada, por la Audiencia Nacional, órgano históricamente competente para enjuiciar delitos terroristas.

El enaltecimiento terrorista, según nuestros tribunales, es un delito de opinión, que consiste en incitar «indirectamente» a la comisión de delitos terroristas. En un contexto en el que ni ETA ni GRAPO ni su entorno están ya activos, este delito no tiene ningún sentido salvo para reprimir la libertad de expresión. Nuestro ordenamiento jurídico ya dispone de otras figuras jurídicas, como la apología del delito, que castiga la provocación directa para la comisión de delitos terroristas, o lo indicado en el vigente artículo 170.2 del Código Penal, que castiga a los que amenacen o reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones terroristas. Es decir, ya existen diversos tipos penales en los que perfectamente se pueden encauzar los excepcionales casos que puedan ligarse a un terrorismo que sí está activo en Europa como es el yihadista.

Tuiteros, cineastas y raperos están siendo enjuiciados por sus mensajes en la red, sus largometrajes y las letras de sus canciones. Sin embargo, pese a la dureza de sus expresiones se ha puesto de manifiesto que no existe ningún peligro de comisión de delitos terroristas.

El legislador no definió taxativamente este tipo penal y los jueces van dictando sus sentencias condenatorias sin orden ni concierto, sin unidad de criterio. Esta situación crea una indeseable inseguridad jurídica que impide que la ciudadanía conozca con meridiana claridad qué está prohibido hacer, decir o cantar. La libertad artística se ve así también seriamente atacada. Sabemos del riesgo que todo esto produce en la democracia, por cuanto se percibe el efecto desaliento que están creando todos estos procedimientos penales, de tal forma que estamos inmersos en una atmósfera de autocensura impropia de un sistema democrático y plural.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene manifestando que en los excepcionales casos en que se sancione la opinión —refiriéndose a los delitos discriminatorios o los llamados discursos del odio— el castigo nunca habrá de conllevar pena de prisión. Hay que recordar asimismo que España tiene pendiente aplicar, antes de septiembre de 2018, la Directiva Europea (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo. Criticada también por asociaciones europeas de derechos humanos por su ambigüedad, esta Directiva sin embargo en su artículo 5 se refiere a la apología del terrorismo, ya regulado en el artículo 579 del Código Penal español, sin contemplar la figura del enaltecimiento.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, su sesión 25952 (CCPR/C/SR.2595), celebrada el 30 de octubre de 2008, incluyó entre sus recomendaciones lo siguiente: «El Estado parte debería dar una definición restrictiva al terrorismo y hacer de modo que sus medidas contra el terrorismo sean plenamente compatibles con el Pacto. En particular, el Estado parte debería prever la modificación de los artículos 572 a 580 del Código Penal para limitar su aplicación a las infracciones que revistan indiscutiblemente un carácter terrorista y merezcan que se las trate en consecuencia». Todo ello no se tuvo en cuenta en el año 2015, cuando precisamente se reformó el Código Penal para endurecer estos artículos.

Precisamente en 2008, el Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, recomendó al Gobierno español tras visitar nuestro país, la puesta en marcha un proceso de revisión por expertos independientes de la idoneidad de las definiciones de terrorismo contenidas en el Código Penal, incluidas las del artículo 578, al que criticaba específicamente en los puntos 11 y 53 de su informe.

En su reciente informe de marzo de 2018 Amnistía Internacional ponía el acento también en las consecuencias sobre los acusados y condenados por este delito: «Aplicar el derecho penal a estas expresiones no solo estigmatiza, sino que las graves consecuencias que puede conllevar —como los antecedentes penales, la cárcel y la inhabilitación— son preocupantemente desproporcionados [...] El impacto del artículo 578 es devastador para las personas».

Es así que este delito de enaltecimiento del terrorismo resulta por tanto de difícil encaje en un sistema democrático y debe ser derogado de forma urgente, tal y como están solicitando ya las principales asociaciones de derechos humanos de ámbito nacional e internacional.

Por lo que respecta a la cuestión de las acciones tipificables como humillación a las víctimas del terrorismo, la derogación del artículo 578 del Código Penal no supone ningún tipo de desprotección

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie B Núm. 239-1

23 de marzo de 2018

Pág. 7

respecto de este colectivo en lo concerniente a las conductas tendentes a vejear o menoscabar su dignidad. Por un lado en esta ley se reforma el agravante 42 del artículo 22 al introducir entre los colectivos protegidos en este punto al de víctimas del terrorismo, y por otro lado ante cualquier conducta vejatoria o humillante a las víctimas existe para su protección el delito de injurias.

III

En cuanto al artículo 510 del Código Penal, que tipifica los llamados delitos de odio, hay que recalcar que en general nuestra legislación penal antidiscriminatoria resulta amplia y profusa. Esto ha dado lugar a confusiones y redacciones ambiguas, genéricas o indeterminadas, que interpretando extensivamente conductas no punibles finalmente han invadido la esfera propia del derecho fundamental a la libertad de expresión. Este derecho debe quedar protegido mediante una ley que se exprese al respecto de forma clara y accesible, proporcionando seguridad jurídica a la ciudadanía.

Junto a la falta de orden y claridad en relación a las conductas discriminatorias que se castigan en el Código Penal, está el hecho de que se haya desnaturalizado el concepto de discurso del odio, hasta el punto de identificar socialmente el odio como sentimiento punible.

Discurso del odio se entiende como el desarrollo de una idea u opinión motivada por el odio contra personas o grupos vulnerables a quienes históricamente se ha puesto en la diana de persecuciones por razón de pertenencia a una etnia concreta, por el color de la piel, por su orientación sexual, por el género o identidad sexual, por sus discapacidades, por su ideología o creencia o religión. Es decir, el Estado ha de intervenir para castigar conductas que alienen o provoquen la creación de un ambiente hostil o violento contra estos colectivos tradicionalmente perseguidos o sojuzgados, animando directamente a otras personas a cometer un delito reconocible y probable.

La falta de regulación ordenada o sistemática, y la desnaturalización social del denominado discurso del odio, requieren una redacción que determine con claridad cuál es la conducta punible en relación a los delitos discriminatorios contenidos en un artículo 510 del Código Penal ambiguo y confuso. Todo ello junto con la contundencia y debidos efectos disuasorios, a fin de dar respuesta a situaciones hirientes y sumamente lesivas para la dignidad de las personas afectadas, a quienes hay que reconocer el derecho a vivir con la misma tranquilidad e igualdad de oportunidades de que dispone el resto de la ciudadanía. Es por tanto que se hace necesario que la redacción de este artículo sea compatible con el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Así, se propone una redacción acorde con el principio de taxatividad de los tipos penales y el principio de seguridad jurídica, teniendo como guía indispensable la Decisión Marco 2008/913DAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Se suma, como precedente a tener en cuenta, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007, sentencia n.º 135/2007. Aun siendo anterior a la Decisión Marco, esta sentencia no la contradice y resulta sumamente esclarecedora a los efectos que aquí se reclaman: claridad, determinación y taxatividad.

Por otra parte, se hace necesario revisar también la penalidad de estas conductas por estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad y de la consideración del derecho penal como última ratio.

En primer lugar, se suprimirá el término de incitación pública «indirecta», en cuanto que la incitación directa al odio o la violencia contra grupos vulnerables por razones discriminatorias colmaría la exigencia de perseguir la apología de discriminación recogida en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se trata de volver a los razonables criterios anteriores a la reforma de 1 de marzo de 2015, contenidos en la jurisprudencia, que asimilaron la incitación pública al artículo 18.1 del Código Penal, referido a la apología, como forma de provocación o incitación directa.

En segundo lugar, se castigarán aquellas conductas «particularmente graves», según se desprende del apartado Sexto de la Decisión Marco 2008/913/JAL. Estas serán aquellas conductas o actitudes que impliquen actos de discriminación, entre ellas las consideradas como divulgación del discurso del odio, pudiendo entenderse por tal el desarrollado en términos que supongan una «incitación directa a la violencia» contra determinados colectivos o creencias en particular, según la STC 135/2007.

Según abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, —entre muchas, la STS 2.ª n.º 791/1998— son elementos definidores de la provocación: a) La iniciativa para la ejecución de uno o varios hechos delictivos, no bastando con una estimulación vaga y generalizada; b) la percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes; c) y que la incitación tenga virtualidad suasoria y de convencimiento.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Se concluye, por tanto, que la conducta a castigar debe de ser una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados, discriminadores, odiosos o violentos contra estos colectivos vulnerables.

En tercer lugar, en cuanto a la proporcionalidad de la pena y atendida la penalidad mínima establecida en el artículo 3.2 de la Decisión Marco, se entiende una pena máxima razonable de 1 año de prisión y pena de multa para el subtipo menos grave. Y ello si tenemos en cuenta la existencia de otros delitos, de directo ataque moral o físico, que suponen menor penalidad que la incluida actualmente en el artículo 510.

En cualquier caso, junto con la pena de prisión o multa, se establece de forma ponderada la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de un mínimo 10 o 15 días y un máximo de 20 o 30 días respectivamente para cada uno de los dos supuestos incardinados en el artículo. Se entiende que junto a la sanción de prisión o multa resulta necesario, en atención a las conductas que se están sancionando, estímulos en la reorientación y reeducación de los penados como mejor forma de disuadir en la reiteración así como para razonar sobre lo impropio e inmoral de tales conductas, en coherencia por otra parte con lo establecido en el artículo 25 CE.

En cuarto lugar, se suprime la especial agravación por el uso de Internet o redes sociales. Lo relevante no es el medio de publicidad empleado sino la efectiva y grave difusión del discurso discriminatorio. El objetivo no ha de ser criminalizar el uso de redes sociales y otras herramientas de Internet sino conjurar el riesgo de actos violentos, mediante la difusión masiva de consignas o discursos de odio.

En quinto y último lugar, se hace necesario modular las menciones al revisionismo o negación del genocidio, por cuanto estas acciones sólo deberían castigarse «cuando constituyan claramente una incitación a la violencia o al odio», según se recoge en las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la discriminación racial.

Finalmente, el artículo 510 bis, referido a la responsabilidad penal de las personas jurídicas también ve reducida la penalidad, al suprimirse la especial agravación del uso de medios de comunicación social e Internet. Respecto al artículo 515, sobre asociaciones ilícitas de carácter discriminatorio, se suprime la incitación «indirecta» al odio o a la violencia, en coherencia con los cambios realizados en el artículo 510.

IV

Las derogaciones y reformas recogidas en los epígrafes precedentes de esta exposición de motivos son los elementos nucleares de una reforma penal encaminada a la protección de la libertad de expresión. A ello debe sumarse además una reforma penal que venga a amplificar de forma activa la protección de la libertad de expresión, en sus diferentes modalidades de plasmación, en lo concerniente a las acciones restrictivas de derechos fundamentales que en determinadas ocasiones han sido cometidas por funcionarios o autoridades de nuestro país y que, por falta de un claro acomodo en el Código Penal, han quedado sin sanción.

Así, son notorias las identificaciones realizadas por la autoridad sobre personas que participaban en asambleas populares de carácter político o sindical o actos organizados por la sociedad civil y cuyo objetivo era, por una parte, disuadir de la participación de la ciudadanía en la actividad política y social de nuestro país y, por otro, establecer un control sobre los activistas que participaban de las muy diversas movilizaciones que han acompañado la vida de nuestro país en los últimos años.

Igualmente son conocidas determinadas actuaciones llevadas a cabo por diversas autoridades públicas con el objeto de restringir la libertad de expresión, actuaciones que podemos enumerar en diferentes supuestos como la retirada de símbolos políticos plenamente constitucionales por incomodar al Jefe del Estado, la denegación de espacios públicos para la realización de actos de carácter político, e incluso la cancelación de espectáculos o la retirada de obras de arte. Todo este elenco de actuaciones gubernativas han tenido una clara incidencia en la restricción de derechos fundamentales como el derecho a la libertad ideológica y de pensamiento, derecho de reunión, derecho a la participación política y derecho a la libertad de expresión, todos ellos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por ello, se hace necesaria una clara adecuación de la protección del ejercicio de los derechos fundamentales en la actual redacción del Código Penal, lo que se plasma en la incorporación de un nuevo artículo 536 bis así como la incorporación de un apartado 22 al artículo 538.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie B Núm. 239-1

23 de marzo de 2018

Pág. 9

V

El objeto principal de esta Ley es derogar y modificar aquellos artículos del Código Penal que chocan frontalmente con la libertad de expresión o que tienen un difícil encaje en un sistema democrático.

Para ello, esta Ley Orgánica cuenta con un artículo único, que reforma la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para suprimir los artículos 490.3, 491, 504, 525, 543 y 578, así como para modificar los artículos 22, 510, 510 bis, 515, 536 bis y 538, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se introducen las siguientes modificaciones en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre:

Uno. Se suprime el apartado 3 del artículo 490.

Dos. Se suprime el artículo 491.

Tres. Se suprime el artículo 504.

Cuatro. Se suprime el artículo 525.

Cinco. Se suprime el artículo 543.

Seis. Se suprime el artículo 578.

Siete. Se modifica la redacción de la agravante 4.^a del artículo 22, que queda redactada de la siguiente forma:

«4.^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad, o por razón de ser víctima del terrorismo.»

Ocho. Se modifica el artículo 215 que queda redactado de la siguiente forma:

Nueve. Se modifica el artículo 510 que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 510.

1. Serán castigados con una pena de prisión de 6 meses a 1 año de prisión y trabajos en beneficio de la comunidad de 15 a 30 días:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directamente 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 directamente 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) 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

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie B Núm. 239-1

23 de marzo de 2018

Pág. 10

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 claramente constituyan clara y directamente una incitación a la violencia o al odio contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días:

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

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a 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, o a quienes hayan participado en su ejecución.

3. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

4. El Juez o Tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.»

Diez. Se modifica el artículo 510 bis que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 510 bis.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Once. Se modifica el artículo 515 que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 515.

Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

3.º Las organizaciones de carácter paramilitar.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Serie B Núm. 239-1

23 de marzo de 2018

Pág. 11

4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad.»

Doce. Se introduce un nuevo artículo 536 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 536 bis.

La autoridad, funcionario público o agente de éstos que, fuera de los supuestos previstos por la ley, proceda a identificar a una o varias personas para develar la identidad con el propósito de conocer o controlar su participación en actividades de índole político, sindical, religioso u otras actividades en las que se ejerciten los derechos a la libertad ideológica o de pensamiento o de libertad de expresión, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.»

Trece. Se modifica el artículo 538, introduciendo un nuevo apartado segundo, quedando redactado el artículo de la siguiente forma:

«Artículo 538.

1. La autoridad o funcionario público que establezca la censura previa o, fuera de los casos permitidos por la Constitución y las Leyes, recoja ediciones de libros o periódicos o suspenda su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva o contenidos de Internet, incurrirá en la pena de inhabilitación absoluta de seis a diez años.

2. La autoridad o funcionario público que, fuera de los supuestos previstos legalmente, impida el derecho a la libertad de expresión de una o varias personas será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.»

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la presente Ley Orgánica.

Disposición final primera. Título competencial.

Esta Ley Orgánica se dicta al amparo de la competencia que el artículo 149.1.6.ª de la Constitución atribuye al Estado en materia de legislación penal.

Disposición final segunda. Habilitación normativa.

Se habilita al Gobierno para dictar las disposiciones que sean necesarias para la ejecución y desarrollo de lo establecido en esta Ley.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica de reforma del Código Penal entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».