

Enmiendas**Iniciativa: 122 / 124**

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.

Plazo de enmiendas: 15/09/2021 18:00

<u>Fecha Presentación</u>	<u>Número</u>	<u>Tipo de Enmienda</u>	<u>Autor</u>	<u>Observaciones</u>
13/09/2021 17:07	1	Enm. total. texto alternativo	Grupo Parlamentario Popular en el Congreso	



A LA MESA DE LA COMISIÓN DE JUSTICIA

El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 110 y siguientes del Reglamento de la Cámara, presenta la siguiente enmienda a la totalidad, con texto alternativo que se acompaña, a la **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.** (122/000124).

Madrid, 13 de septiembre de 2021



Fdo.: Concepción GAMARRA RUIZ-CLAVIJO

PORTAVOZ

1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

En el Preámbulo de la Constitución de 1978 se declara la voluntad de la Nación española de “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes”; por tal razón, el artículo 1.1 considera como valores superiores del ordenamiento jurídico “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, de modo que en España se ha de asegurar que puedan convivir en libertad e igualdad personas que tengan opiniones políticas y convicciones ideológicas muy diferentes, siempre que se respeten los derechos y libertades de los demás y se desarrollen dentro del marco constitucional y legalmente establecido.

En su artículo 20, la Constitución reconoce los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de información, que define como el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” ; “a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”; “a la libertad de cátedra” y el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”.

De igual forma, en su apartado 4, ese artículo 20 añade: “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”. Por lo tanto, la libertad de expresión, al igual que el resto de los derechos, no es absoluta, sus límites se encuentran en los demás derechos que garantiza la Constitución.

La estructura del precepto informa de lo que, a efectos interpretativos, la jurisprudencia constitucional ha asentado en numerosas sentencias: “no existen derechos ilimitados”. Y por ello, la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido límites al derecho a la libertad de expresión, límites necesarios e imprescindibles que deben ser respetados por todos y que si se traspasan merecen el correspondiente reproche, incluido el penal.

1 cont

El máximo intérprete de la Constitución define la libertad de expresión como “la libre manifestación de creencias, juicios o valoraciones subjetivas, esto es, como libre difusión de ideas u opiniones”; por lo tanto la libertad de expresión conlleva un matiz subjetivo. Estas ideas las podemos compartir, aunque sean contrarias a las del resto, pero precisamente para evitar que la expresión libre de las ideas pueda afectar o vulnerar derechos de otros, el Tribunal Constitucional introduce la necesaria aplicación de la ponderación ante los derechos en colisión. La ponderación exigirá valorar caso por caso, considerando junto con la relevancia subjetiva y objetiva de lo expresado, la afectación de los derechos en colisión para determinar si el ejercicio de la libertad de expresión es o no legítimo. Y si no lo es, la ley punitiva determinará las consecuencias de tal vulneración, correspondiendo a los jueces y tribunales, incluyendo al propio Tribunal Constitucional, por la vía del recurso de amparo, apreciar y ponderar si ha habido o no transgresión de otros derechos en el ejercicio de la libertad de expresión.

En la práctica, el ejercicio de la libertad de expresión entra en colisión con frecuencia con los derechos al honor, a la intimidad y la propia imagen, límites expresamente reconocidos en el precepto constitucional. De igual forma, al amparo de la misma, suelen vulnerarse la libertad ideológica, religiosa y de culto, algunos de los derechos más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, garantizados en el artículo 16 de la Constitución.

Por otra parte, al margen de las lógicas diferencias de todo orden que puedan existir entre los miembros de nuestra sociedad, la Nación española se fundamenta en una “indisoluble unidad” (artículo 2.1 CE), que se manifiesta en una serie de símbolos nacionales. El primero y principal de todos ellos es el Rey, como Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia (artículo 56.1 CE), pero también se regulan otros símbolos en el texto constitucional, como son la bandera nacional y las banderas de las distintas Comunidades Autónomas (art. 4 CE), a los que se unen algunos otros vinculados como el himno nacional. Los símbolos nacionales reflejan quiénes somos, son expresión de la convivencia común de todos los ciudadanos a lo largo de la historia de España y los que nos identifican ante el resto del mundo. Representan la Nación, como patria común e indivisible de todos los españoles, fomentan la adhesión

1 cont. emocional hacia nuestra patria, el arraigo a nuestra tierra, y, al tiempo, muestran la diversidad y riqueza cultural de las nacionalidades y regiones que la integran.

Bajo un pretendido amparo en la libertad de expresión, se comenten con frecuencia delitos contra el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas, calumnias o injurias al Rey o a miembros de la Familia Real, injurias graves a órganos constitucionales, a las Fuerzas Armadas o los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad; “delitos de odio” contra una persona por razón de su pertenencia a una determinada opción política o por su pertenencia a un determinado grupo, que incluyen la promoción o incitación al odio o violencia contra determinados colectivos, la negación o trivialización del genocidio, fascista o comunista, la humillación a las víctimas del terrorismo, la justificación o el alentar delitos de odio contra un grupo; el delito de ofensa de los sentimientos religiosos o de escarnio o vejación de sus dogmas, creencias o ceremonias o el enaltecimiento o justificación del terrorismo.

Por eso, cuando se produce un conflicto entre derechos deberá llevarse a cabo la correspondiente ponderación, teniendo que analizar cada una de las circunstancias concurrentes, de forma tal que cada caso necesitará de un examen particularizado sin que quepa la aplicación automática de reglas generales.

La jurisprudencia constitucional ha ido desgranando criterios a los que atenerse cuando se produzca colisión de derechos con la libertad de expresión:

La Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2020, de 17 diciembre de 2020 resolvió un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia del Tribunal Supremo confirmando una sentencia de la Audiencia Provincial de Girona condenando al recurrente como autor de un delito contra los sentimientos religiosos por interrumpir en febrero de 2014, con otras 10 o 15 personas, una misa durante dos o tres minutos arrojando pasquines, gritando “aborto libre y gratuito” y exhibiendo una pancarta que decía “fuera rosarios de nuestros ovarios”. El Tribunal Constitucional confirmó la condena penal y concluyó que no se estaba ante un ejercicio lícito de la libertad de expresión al conllevar el sacrificio de la libertad religiosa de terceros, en su dimensión externa, que debía prevalecer atendiendo al modo, tiempo y lugar en que se hizo la

1 cont. • protesta pues cuando un grupo de fieles celebra un acto religioso en una iglesia no puede considerarse que la ceremonia está abierta a un intercambio de ideas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 190/2020, de 15 diciembre de 2020, resolvió un recurso contra una Sentencia de apelación confirmatoria de la condena a un representante de los trabajadores de un sindicato nacionalista gallego por ultraje a la bandera española. La Sentencia recordaba que existen tipos penales semejantes en otros Estados miembros (Alemania, Francia, Italia) y consideró que se actuó con ánimo de ultrajar la bandera, con publicidad, con expresiones innecesarias y desconectadas de las reivindicaciones laborales, que generaron un intenso sentimiento de humillación en los militares (y el rechazo de algunos trabajadores), en el momento de mayor solemnidad militar del izado de bandera con la guardia formada y el himno nacional.

II

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 19, establece que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de 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”. Por su parte, el artículo 29.2 añade que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 19, dice que “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Pero de igual forma, el apartado 3 añade que “El

Δ cont. ejercicio del derecho previsto en el apartado 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Y el artículo 20 va más allá: “1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 13 que “1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

En Europa, el artículo 10.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, suscrito por España, se refiere a la libertad de expresión: “ Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”.

Pero de igual forma, en su apartado 2 se refiere a los límites: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que

1 cont.

constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

El análisis de estos derechos requiere tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero como puede apreciarse, en todos ellos se reconoce, junto a su garantía, los correspondientes límites.

III

En las Constituciones de los países de nuestro entorno, se recoge también la protección de la libertad de expresión, pero también su legislación establece delitos muy semejantes a los recogidos en nuestro Código Penal para proteger otros derechos que pueden entrar en conflicto.

En Alemania, la libertad de expresión es reconocida por el artículo 5 de su Constitución y se establecen limitaciones a su ejercicio en diferentes ámbitos de internet, especialmente en las redes sociales. Los límites al derecho, según la Constitución, deben ser establecidos por leyes generales. Los más importantes están recogidos en el Código Penal alemán, especialmente sobre el insulto y la difamación, la incitación a las masas, la incitación que pueda causar perturbaciones de la paz pública, la que pueda llamar a acciones contra personas o colectivos especialmente protegidos, y la que viole la dignidad de las víctimas del régimen nazi. En todas ellas tipifica los diferentes delitos y establece diferentes penas, tanto pecuniarias como de privación de libertad. Así, en el Código Penal de Alemania se castiga con hasta cinco años de prisión la apología del nazismo; con entre tres meses y cinco años las injurias al presidente federal; hasta cinco años por injurias a las instituciones del Estado y de los länder; por injurias a la bandera y al himno; de tres a cinco años por injurias a los órganos constitucionales.

1 cont.

En Francia, el derecho está reconocido por el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. La regulación más extensa y general sobre la materia se encuentra en la Ley sobre la Libertad de Prensa, de 29 de julio de 1881, cuyo Capítulo IV trata sobre la responsabilidad penal aplicable también a los delitos difundidos por medios diferentes a los de la prensa tradicional y afecta a la regulación sobre la libertad de expresión en internet. Su Código Penal incluye la apología del terrorismo, y el delito de ultraje a la bandera y al himno nacional, castigado con multa y hasta seis meses de prisión.

En Italia, la Constitución recoge el derecho de libertad de expresión en el art. 21, especialmente detallado, y objeto de una amplia jurisprudencia constitucional. Su regulación es diferente para cada forma de manifestación: su Código Penal castiga la instigación a la desobediencia de las leyes o a delinquir, incluidas la apología del terrorismo y de crímenes contra la humanidad, los conocidos como “delitos de odio”, para los que se establecen diferentes penas, tanto pecuniarias como de prisión.

En Bélgica la libertad de expresión está reconocida por el artículo 19 de la Constitución. Los límites principales establecidos por la legislación son los delitos de calumnia y difamación, delitos de odio inspirados en el racismo y la xenofobia o delitos relacionados con el negacionismo, que incluyen penas de prisión, además de las multas.

En Portugal también el Código Penal ha regulado los límites a la libertad de expresión. Destacan los delitos contra la honra, contra la identidad cultural e integridad personal, la incitación a la guerra, discriminación e incitación al odio y a la violencia. En los dos últimos casos está prevista la pena de prisión.

1 cont. España ha sufrido duramente los estragos del terrorismo, cuya violencia ha causado más de mil víctimas. Esta larga historia de sufrimiento -padecido de manera directa por la ciudadanía, por los servidores públicos, por los miembros de las Fuerzas Armadas, por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y por numerosos representantes políticos- ha provocado una alta concienciación en la sociedad, como lo demuestra el apoyo constante y la solidaridad con las víctimas.

El Código Penal recoge dentro del Título XXII -dedicado a los delitos contra el orden público- un capítulo dedicado en su integridad a los delitos de terrorismo bajo la rúbrica “de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”.

Los artículos contenidos en dicho Capítulo VII han sido modificados a lo largo de estos años, siendo la reforma más reciente la acometida por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, mediante la cual se transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, que obtuvo un amplísimo respaldo parlamentario, lo que supone una muestra más del compromiso de los poderes públicos con la lucha contra el terrorismo.

En una de las reformas previas -la realizada por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre- el artículo 578 fue modificado en profundidad dándosele una nueva redacción con el fin de introducir un nuevo tipo penal de enaltecimiento del terrorismo dirigido a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Tal y como se dice en el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, las acciones que se penalizan “constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas”. Añade que “no se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o

1 cont.

incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad” sino que “por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares”. Concluye dicho párrafo diciendo que son “actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal”.

Mediante la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, además de elevar las penas, se completó dicho precepto con nuevos apartados con el fin de que las penas previstas para el delito de enaltecimiento del terrorismo sea impuesta en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, o cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella. En este último caso, además e imponerse la pena en su mitad superior, la pena podrá ser elevada hasta la superior en grado.

Tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo 106/2015, de 19 de febrero, el bien jurídico protegido con el delito de enaltecimiento del terrorismo es “la interdicción de lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -SSTEDH de 8 de Julio de 1999, Sürek vs Turquía, 4 de Diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía- y también nuestro Tribunal Constitucional -STC 235/2007 de 7 de Noviembre-- califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más

△ cont.

absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrorización colectiva como medio de conseguir esas finalidades” . Añade la misma sentencia que “en relación al delito de exaltación del terrorismo, partiendo del hecho indiscutible que el terrorismo constituye la más brutal negación de los derechos humanos, resulta más que aceptable que las expresiones de alabanza a los autores de delitos terroristas o de sus actos en la medida que integran hechos tipificados como delitos en el artículo 578 del Código Penal, se hagan merecedores de la respuesta penal prevista”.

Cuando en el año 2000 se introdujo este delito en el Código Penal se hizo con la intención de reprochar a los autores la comisión de estos actos “que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal”.

Por desgracia, esas vejaciones que tanto dolor causan a las víctimas del terrorismo siguen siendo una realidad veinte años más tarde, siendo el ejemplo más reciente el anunciado homenaje al criminal etarra Henri Parot en Arrasate: un acto execrable, pues lo único que debe esperar de la sociedad quien ha sido condenado por cerca de cuarenta asesinatos es el cumplimiento más estricto de la ley y el absoluto desprecio por sus crímenes, por los que nunca ha mostrado ningún arrepentimiento. Todo ello demuestra el acierto que tuvo el legislador al incorporar este tipo a los delitos de terrorismo, así como la necesaria elevación de la pena prevista para quienes exalten o enaltezcan el terrorismo.

V

En definitiva en España, la libertad de expresión está suficientemente garantizada, y por eso nuestro país aparece año tras año en todas las clasificaciones internacionales de sistemas democráticos más avanzados y con los más altos estándares.

El Código Penal de 1995 dedica en su brevísima exposición de motivos un párrafo a la ponderación de derechos cuando dice que “se ha dado especial relieve a la tutela de los derechos fundamentales y se ha procurado diseñar con especial mesura el recurso al instrumento punitivo allí donde está en juego el ejercicio de cualquiera de

Δ cont.

ellos: sirva de ejemplo, de una parte, la tutela específica de la integridad moral y, de otra, la nueva regulación de los delitos contra el honor. (...) Al configurar los delitos contra el honor del modo en que se propone, se otorga a la libertad de expresión toda la relevancia que puede y debe reconocerle un régimen democrático”.

Los artículos 90.3 y 91 - las calumnias e injurias al Rey y otros miembros de su Familia y de la Regencia, y la indebida utilización de la imagen- dentro de los Delitos contra la Corona mantienen prácticamente la redacción original dada en 1995. Los artículos 525 -ofensa pública de los sentimientos religiosos- y el 543 - ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas- no han sufrido modificación alguna desde la promulgación del Código Penal. Lo mismo ocurre con el apartado primero del artículo 504 -injurias y calumnias a Poderes e Instituciones- al que se añadió un segundo apartado en el año 2000 para incluir en este delito a quienes injurien o calumnien a las Fuerzas Armadas o la Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

En definitiva, y tal y como se desprende de la referida Exposición de Motivos del Código Penal, el legislador de 1995 redactó todos los tipos penales contenidos en dicha norma con “especial medida” y dando especial relieve “a la tutela de los derechos fundamentales”. Todo ello hace innecesaria la modificación de los delitos mencionados -y mucho menos su supresión- a excepción de la elevación de la pena del delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del Código Penal, tal y como se ha expuesto.

Por todo ello, se presenta el siguiente texto alternativo, Proposición de Ley Orgánica.

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

El apartado primero del artículo 578 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, queda redactado como sigue:

“1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de dieciocho a veinticuatro meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.”

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en esta Ley Orgánica.

Disposición final primera. Título competencial.

Esta ley orgánica se dicta en ejercicio de la competencia exclusiva en materia de legislación penal que atribuye al Estado el artículo 149.1.6.^a de la Constitución.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

La presente ley orgánica entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».