

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
MÁSTER DE ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO



**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

*LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA Y DISCURSO DEL ODIOS A LA  
LUZ DEL «CASO VALTÒNYC»*

Autor:

**DANIEL SIMANCAS SÁNCHEZ**

Bajo la dirección de la tutora:

**PROFA. DRA. MARÍA DE LOS ÁNGELES GARROTE DE MARCOS**

Tribunal evaluador:

**PROF. DR. GERMÁN GÓMEZ ORFANEL**

**PROF. DR. ÁNGEL SÁNCHEZ NAVARRO**

**PROF. DR. JOSÉ CARLOS CANO MONTEJANO**

Calificación:

**MATRÍCULA DE HONOR (9,5)**

Convocatoria:

**2018/2019**

## RESUMEN

*El «caso Valtònyc» ha puesto de manifiesto la complicada relación que existe entre el derecho a la libertad artística y el denominado «discurso del odio». Este célebre caso, que se encuentra aún pendiente de ser resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sido analizado desde múltiples disciplinas jurídicas: Derecho procesal-penal, Derecho penal, Derecho constitucional y Derecho internacional. La ausencia de doctrina constitucional y europea acerca de los límites del derecho a la libertad artística empujó a los tribunales españoles a analizar las expresiones del artista conforme a los parámetros propios del derecho a la libertad de expresión. En aplicación de estos criterios, los tribunales rechazaron que las expresiones pudieran gozar de amparo constitucional y terminaron imponiendo al artista una pena de tres años y seis meses de prisión, poniendo en cuestión la observancia del principio de proporcionalidad penal.*

**Palabras clave:** *Valtònyc, libertad de expresión, libertad artística, discurso del odio*

## ABSTRACT

*The "Valtònyc case" has highlighted the complicated relationship between artistic freedom and so-called "hate speech". This famous case, which is still pending to be resolved by the European Court of Human Rights, has been analyzed from multiple legal disciplines: criminal procedure law, criminal law, constitutional law and international law. The absence of constitutional and European doctrine about the limits of artistic freedom prompted Spanish courts to analyze the artist's expressions in accordance with the parameters of freedom of speech. In application of these criteria, the courts rejected the expressions could enjoy the constitutional protection and ended up imposing a prison sentence of three years and six months on the artist, which calls into question the observance of the principle of penal proportionality.*

**Keywords:** *Valtònyc, freedom of speech, artistic freedom, hate speech*

## ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	4
INTRODUCCIÓN .....	6
1. HECHOS DEL CASO.....	8
2. PROCEDIMIENTO Y CUESTIONES PROCESALES .....	9
2.1 Inicio.....	9
2.2 Competencia .....	11
2.3 Procedimiento <i>stricto sensu</i> : abreviado u ordinario .....	14
2.4 Recursos.....	15
3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: UN DERECHO PENALMENTE LIMITADO ...	21
3.1 Libertad de expresión y delito de exaltación del terrorismo y humillación a las víctimas.....	22
3.2 Libertad de expresión y delito de injurias a la Corona .....	29
3.3 Libertad de expresión y delito de amenazas .....	34
4. RECURSO DE AMPARO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA .....	36
5. DEMANDA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	43
5.1 Legitimación.....	44
5.2 Agotamiento de los recursos internos.....	45
5.3 Plazo para la presentación de la demanda .....	47
5.4 Demanda ante otra «instancia internacional de investigación o arreglo» .....	48
CONCLUSIONES.....	50
BIBLIOGRAFÍA .....	52
LEGISLACIÓN.....	54
JURISPRUDENCIA.....	55
OTRAS FUENTES CONSULTADAS .....	58

## ABREVIATURAS

AH	Antecedente de Hecho
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
<i>apud</i>	‘en la obra de’
art.	artículo
arts.	artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
AVT	Asociación Víctimas del Terrorismo
c.	contra
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DUE	Directiva de la Unión Europea
Ed.	Editorial
ETA	Euskadi Ta Askatasuna
FJ	Fundamento Jurídico
FNCB	Fundación Nacional Círculo Balear
GRAPO	Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre
<i>Ibid</i>	<i>ibidem</i> , ‘allí mismo’
<i>Id</i>	<i>idem</i> , ‘el mismo’
LCEur	Legislación de la Comunidad Europea
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> , ‘en la obra citada’
pág.	página
PA	Procedimiento Abreviado
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
págs.	páginas
PTC	Providencia del Tribunal Constitucional
RAE	Real Academia Española
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
<i>Vid</i>	Véase

## INTRODUCCIÓN

«Si el sentido de la vida consiste en libertarse del yugo de la animalidad, como ocurre entre los budistas, se reputa arte bueno aquel que eleva el alma y rebaja la carne, y por malo aquel que expresa sentimientos que tienden a favorecer las pasiones corporales». Con esta reflexión maniquea, el novelista León Tolstói, en su obra ensayística *¿Qué es el arte?*, realiza una breve aproximación al concepto de «arte». Este trabajo, sin embargo, no tiene por objeto pronunciarse acerca de si las letras del cantante deben ser calificadas de «arte bueno» o «arte malo», ni siquiera si se ajustan a aquello que denominamos «arte», sino tratar de aclarar la controvertida relación que existe entre el derecho a la libertad artística y el discurso del odio, a través del análisis de uno de los casos más mediáticos de los últimos años en el panorama judicial español, como es el «caso Valtònyc».

El objeto del trabajo se justifica asimismo por la ausencia de doctrina constitucional acerca de la naturaleza, del contenido y de los límites del derecho a la libertad de expresión artística. El TC ha dibujado, a través de una extensa y reiterada jurisprudencia, la libertad de expresión como uno de los pilares fundamentales sobre los que se construye nuestro sistema democrático. Por este motivo, sorprende que el TC, habida cuenta de la colorida doctrina que existe sobre los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en nuestra CE, no haya tenido ocasión, en casi cuarenta años de funcionamiento, de analizar en detalle una de las vertientes constitucionales del derecho a la libertad de expresión: la libertad artística.

En este sentido, han surgido dos posturas que explicarían esta paradoja: la primera consistiría en el resurgimiento de movimientos atávicos y preconstitucionales que persiguen domeñar el discurso del adversario a base de cercenar el derecho a la libertad de expresión; mientras que la segunda versaría sobre el auge que han experimentado las redes sociales en los últimos años (véanse, por ejemplo, *YouTube*, *Twitter* o *Facebook*), que han servido de altavoz para que sectores marginales de la población expresen, a través de un lenguaje azorado e hiperbólico, su malestar por la situación política, económica y social de España, sobrepasando, en ocasiones, las fronteras de la libertad de expresión. Sin perjuicio del estudio que se realizará en las próximas páginas, anticipamos nuestra preferencia por la segunda postura.

La estructura del trabajo ha quedado fijada de la siguiente manera: en primer lugar, se presentará el relato fáctico del caso, agrupándose las expresiones del cantante por cada uno de los delitos que se le imputan (enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, injurias a la Corona y amenazas no condicionales); en segundo lugar, se repasará el recorrido judicial del caso, que comienza con la presentación de la denuncia por el expresidente de la FNCSB y que termina con la resolución del recurso de casación por la Sala Segunda del TS; en tercer lugar, se estudiará si, a tenor de la jurisprudencia europea y constitucional acerca del contenido y de los límites del derecho a la libertad de expresión, así como de la doctrina jurisprudencial sobre los tipos penales referidos, las letras del cantante deben gozar de la protección del art. 20.1 CE o si, por el contrario, resultan incluso merecedoras de una respuesta penal; en cuarto lugar, se valorará, con independencia de las conclusiones del punto anterior, la posibilidad de presentar un recurso de amparo ante el TC, exponiéndose los motivos que justificarían la «especial trascendencia constitucional» del recurso; en quinto lugar, se analizará si se cumplen las condiciones para que el TEDH admita a trámite la demanda y se pronuncie sobre la presunta violación del art. 10 CEDH; y, por último, en el apartado dedicado a las conclusiones, se realizará una breve reflexión acerca de la proporcionalidad de la injerencia en la libertad de expresión del cantante.

## 1. HECHOS DEL CASO

Don José Miguel Arenas Beltrán, popularmente conocido como «Valtònyc», es un compositor y cantante español que, durante los años 2011, 2012 y 2013, compartió sus canciones a través de la red social *YouTube* -de acceso libre y gratuito-, así como mediante conciertos abiertos al público. Dichas canciones fueron agrupadas, al menos en su mayor parte, en dos discos, «Residus de un poeta» y «Mallorca es Ca nostra», los cuales fueron publicados a través de la plataforma social mencionada.

El primero de estos discos recoge, bajo el título *Circo Balear*, una canción en la que aparecen las siguientes frases: «Jorge Campos [antiguo presidente de la FNCSB] merece una bomba de destrucción nuclear»; «queremos la muerte para esos cerdos»; «llegaremos a la nuez de tu cuello, cabrón, encontrándonos en el palacio del Borbón, kalashnikov» y «le arrancaré la arteria y todo lo que haga falta».

Por otra parte, tanto en el disco «Residus de un poeta» como en el de «Mallorca es Ca nostra», el cantante dirige una retahíla de expresiones contra el actual Rey emérito y a otros miembros de la Familia Real. Comenzando por el primer disco, destacan las siguientes frases: «Sofía en una moneda, pero fusilada» (*España 0 Goma 2*), «el Rey tiene una cita en la plaza del pueblo, una soga al cuello y que le caiga el peso de la ley» (*Que se levanten los caídos*). Asimismo, en el disco «Mallorca es Ca nostra» se dedica una canción al Rey emérito, cuyo título es *El Rey Borbón*, en la que aparecen, entre otras, las siguientes locuciones: «El Rey [...] y sus movidas no sé si era cazando elefantes o iba de putas, son cosas que no se pueden explicar, como para hacer de diana utilizaba a su hermano, ahora sus hermanastros son los árabes y les pide dineritos para comprar armas [...] mientras Doña Sofía en un yate follando»; «[...] Que la Infanta Elena pida disculpas, (puta), por ser analfabeta y no ir a estudiar a Cuba»; «Por qué no se fractura la cabeza y no la cadera [en alusión al Rey emérito]»; «Él [de nuevo refiriéndose al Rey emérito] respetuoso con la Constitución, en cambio los derechos humanos se los pasa por los cojones». En este mismo sentido, resaltamos una frase de la canción *Herbes Mesclades* que dice así: «Burgués, ni tu ni nadie me harán cambiar de opinión, cabrón, seguir el acto de fusilar al Borbón».

Por último, son continuas las referencias a las organizaciones terroristas ETA y GRAPO y, en menor medida, a las acciones de sus integrantes y a las víctimas del



terrorismo: «Un pistoletazo en la frente de tu jefe está justificado o siempre queda esperar a que le secuestre algún GRAPO» (*Deberían tener miedo*<sup>2</sup> de «Residus de un poeta»); «A ver si ETA pone una bomba y explota» (*España 0 Goma 2* de «Residus de un poeta»); «Quiero transmitir a los españoles un mensaje de esperanza, ETA es una gran nación» (*Microglicerina* de «Residus de un poeta»); «siete tiros de la glock de Iñaki Bilbao [terrorista condenado por, entre otros delitos, el asesinato del concejal socialista Juan Priede y las amenazas terroristas contra los magistrados Fernando Andreu y Alfonso Guevara] al juez» (*Que se levanten los caídos* de «Residus de un poeta»); «Un día coches volarán como Carrero Blanco y no colgaremos ningún lazo en el Ayuntamiento» (*Noves Degeneraciones del PP* de «Mallorca es Ca nostra»); «Junto a Puelles [Inspector de Policía Nacional asesinado por ETA] todos desfilaréis de luto», «Terrorismo invicto como los GRAPO» y «No me quedaré mudo, no me callaré, aunque tenga que inmolarme en la sede del PP» (*Yo reventé el culo de Eduardo Puelles*); «Matando a Carrero Blanco ETA estuvo genial, a la mierda la palabra, viva el amonal» y «Kale borroka en el Ministerio de Educación, esto es amor: goma2 y kalashnikovs» (*Marca España*).

## **2. PROCEDIMIENTO Y CUESTIONES PROCESALES**

En este apartado trataremos de desgranar y explicar el iter judicial del caso, que parte de la denuncia presentada por el expresidente de la FNCB, con fecha de 2 de agosto de 2012, hasta la resolución del TS, la cual confirma la condena de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la AN.

### **2.1 Inicio**

A diferencia del proceso civil dispositivo, donde la incoación se encuentra condicionada a la presentación de la demanda y en el que se ventilan intereses estrictamente privados, el proceso penal puede iniciarse de múltiples maneras: de oficio (art. 303 LECrim), por medio de una denuncia (arts. 259 a 269 LECrim) o querrela (arts. 270 a 281 LECrim), o bien mediante un atestado policial (arts. 282, 770 y 771 LECrim). La extensa legitimación activa del proceso penal responde al interés público de la materia, pues, al contrario que en los procesos civiles dispositivos, los hechos rebasan el interés privado de las partes alcanzando así naturaleza pública<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Julio Banacloche Palao y Jesús Zarzalejos Nieto, *Aspectos Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, La Ley, Madrid, 2015, pág. 142.

Sin ánimo de ofrecer una explicación detallada de la denuncia, conviene al menos reflejar sus principales características por ser el medio utilizado para la incoación del presente proceso. Así, el denunciante pone en conocimiento -de manera oral o escrita- de cualquier autoridad -policial, judicial o fiscal- unos hechos que, a su juicio, revisten naturaleza delictiva, sin verse obligado -y aquí las principales diferencias con la querrela- a estar asistido y representado por abogado y procurador o a constituirse en parte acusadora de un proceso penal posterior<sup>2</sup>.

Por otra parte, debemos preguntarnos si cualquier delito es susceptible de ser perseguido y, en su caso, castigado a través de estas formas de incoación, sin importar en modo alguno la forma concreta elegida o si, por el contrario, existen determinados delitos que por su naturaleza requieren el empleo específico de una de estas figuras para provocar la iniciación del proceso penal.

El art. 215.1 CP dispone que «nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal», añadiendo que «se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos». Este precepto reserva la persecución de los delitos de calumnia o injuria -cuyos bienes jurídicos protegidos son la dignidad y el honor de las personas- a la presentación de una querrela por parte del ofendido, siempre que el mismo sea un particular o, tratándose de un funcionario o una autoridad, el agravio recaiga sobre hechos de su esfera privada. Estos delitos, que reciben el calificativo de «privados», no cuentan, a diferencia de los «públicos» o «semipúblicos», con la participación del Ministerio Fiscal.

Siguiendo con la clasificación, nos encontramos con los delitos semipúblicos, los cuales exigen para su persecución, de acuerdo con el art. 105 LECrim, la denuncia previa de la persona agraviada, salvo que la misma sea menor de edad, persona con discapacidad o desvalida. Sin embargo, a pesar de exigirse con carácter general denuncia previa para su persecución, el Ministerio Fiscal, al contrario que en los delitos privados, tendrá la condición de parte en el proceso que pudiera instarse. En cuanto a la tercera y última categoría, esto es, la formada por los delitos públicos, se caracteriza por permitir la

---

<sup>2</sup> Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 192-193.

activación de la maquinaria judicial por medio de cualquiera de las formas señaladas, sin requerir, por ende, querrela o denuncia previa para su persecución.

Una vez repasada la teoría sobre las distintas formas de incoación del proceso penal, así como sobre la clasificación de los delitos según su «perseguidibilidad», corresponde estudiar si la iniciación del presente proceso se ajustó a las disposiciones legales referidas.

Como se acaba de anticipar, el proceso se incoó a raíz de la denuncia presentada por el antiguo presidente de la FNCB tras tener conocimiento de la publicación de la canción «Circo Balear», la cual, según refería el denunciante, contiene amenazas contra su persona y otros integrantes de la FNCB. La interposición de la denuncia provocó la elaboración de un atestado policial por la Brigada Provincial de Información de la Jefatura Superior de Policía de Baleares, en el cual se hizo constar las averiguaciones realizadas, así como las capturas de los contenidos publicados en *Internet* por el denunciado. Finalmente, después de llevar a cabo tales actuaciones, la Policía Nacional de Baleares procedió a su detención por la posible comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo.

A la vista de los antecedentes de hecho contenidos en la sentencia de instancia, observamos que tanto los hechos que motivaron la denuncia (delito de amenazas) como los que provocaron la detención del denunciado (delito de enaltecimiento del terrorismo), pertenecen a la categoría de delitos públicos, los cuales, recordamos, pueden ser perseguidos de oficio o a instancia de parte y cuentan siempre con la intervención del Ministerio Fiscal. En definitiva, podemos afirmar que el proceso se inició respetando plenamente las disposiciones legales referidas.

## **2.2 Competencia**

La Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la AN enjuició y condenó a D. José Miguel Arenas Beltrán, en concepto de autor, por los siguientes delitos: enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (antiguos arts. 578 y 579 CP), injurias graves a la Corona (art. 490.3 CP) y amenazas no condicionales (art. 169.2 CP). La pregunta que debemos hacernos en este apartado y que, por supuesto, trataremos de responder, es la siguiente: ¿tenía la AN, a través de sus respectivos órganos, competencia para la instrucción y el enjuiciamiento de los presentes delitos?

La cuestión planteada no es baladí, pues el art. 24.2 CE dispone que «todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley». Esta exigencia constitucional aparece complementada, en el orden jurisdiccional penal, por los arts. 1 y 8 LECrim, los cuales señalan, por un lado, que no se impondrá pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el juez competente y, por otro lado, que las normas sobre jurisdicción y competencia penal son imperativas y, por tanto, indisponibles para las partes. El TC, en su Sentencia 47/1983, de 31 de mayo, interpretó dicha exigencia constitucional como el derecho a que «el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional»<sup>3</sup>. Estos principios constituyen una garantía de imparcialidad e independencia -pilares de la organización y funcionamiento del Poder Judicial (art. 117.1 CE)- ante las tentaciones de manipulación política de los tribunales<sup>4</sup>.

Una vez conocida la doctrina constitucional sobre el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y la «improrrogabilidad» de la jurisdicción penal (art. 8 LECrim), corresponde enunciar las normas de aplicación para conocer si la AN, como órgano jurisdiccional colegiado y con jurisdicción en todo el territorio nacional (art. 62 LOPJ), tenía o no competencia para instruir y enjuiciar los delitos referidos.

La doctrina procesalista ha dividido las reglas de la competencia objetiva en tres categorías: persona, materia y cuantía<sup>5</sup>. A diferencia de otros órganos jurisdiccionales penales, la AN solo tiene permitido fundar su competencia en una de estas categorías, esta es, por razón de la materia<sup>6</sup>. El art. 65.1º LOPJ dispone que la Sala de lo Penal<sup>7</sup> conocerá, entre otros, de los siguientes delitos: contra el titular de la Corona, su Consorte,

---

<sup>3</sup> Asimismo, destacan en esta materia otras SSTC como: 101/1984, de 8 de noviembre, FJ 2º, 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2º; 26/1987, 27 de febrero, FJ 4º; 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6º; 106/1989, de 8 de junio, FJ 2º; 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 7º; entre otras.

<sup>4</sup> Enric Fossas Espadaler, “Legislador y derecho fundamental al juez legal”, *Revista para el análisis del Derecho* 2, Barcelona, abril de 2016, págs. 11-12; o Julio Banacloche Palao y Jesús Zarzalejos Nieto, *op. cit.*, pág. 43.

<sup>5</sup> Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez, *op. cit.*, págs. 70-71; Julio Banacloche Palao y Jesús Zarzalejos Nieto, *op. cit.*, págs. 60-62.

<sup>6</sup> La STS 111/2010, de 24 de febrero, FJ 9º, califica de «excepcional» la competencia de la Audiencia Nacional, añadiendo que «en casos dudosos, [esta] habrá de decantarse por los criterios ordinarios de fijación».

<sup>7</sup> Como se verá a continuación, el art. 65.1 LOPJ «olvida» que el Juzgado Central de lo Penal también tiene competencia para enjuiciar los delitos atribuidos a la Sala de lo Penal de la AN.

su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno. Ahora bien, la lista de delitos prevista en el precepto no es *numerus clausus*, pues termina reconociendo que la Sala de lo Penal de la AN también conocerá «de cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes» (art. 65.7° LOPJ), como es el caso de los delitos de terrorismo. Así, la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuye la competencia para la instrucción y enjuiciamiento de los delitos «con elementos terroristas» al Juzgado Central de Instrucción y a la Sala de lo Penal de la AN.

De esta manera, la Sala de lo Penal de la AN podría fundar, al amparo del art. 65.1° LOPJ y de la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, su competencia para conocer de los delitos contra la Corona y de terrorismo, pero ¿podría hacerlo respecto del delito de amenazas? La respuesta se halla asimismo en el último párrafo del art. 65.1° LOPJ, el cual extiende la competencia de la Sala de lo Penal «al conocimiento de los delitos conexos con los anteriormente señalados». En este caso, dado que los tres delitos emanan de las mismas canciones investigadas, parece cumplirse esta exigencia de conexión.

La AN, como órgano jurisdiccional colegiado, dispone a su vez de varios órganos: el Juzgado Central de Instrucción, el Juzgado Central de Menores, la Sala de lo Penal y, por último, la Sala de Apelación. Corresponde, en consecuencia, determinar a cuáles de estos órganos compete la instrucción y el enjuiciamiento de tales delitos. La distribución de la competencia entre el Juzgado Central de lo Penal y la Sala de lo Penal se realiza, al igual que en los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales, atendiendo a la gravedad de la pena de los delitos: cuando estos presenten «una pena privativa de libertad no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras [penas] de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años» (art. 14.3 y 4 LECrim), serán enjuiciados por el Juzgado Central de lo Penal.

En suma, conociendo que los delitos serán instruidos por el Juzgado Central de Instrucción, la competencia para su enjuiciamiento dependerá de la pena prevista para cada uno de ellos, a saber: en primer lugar, el art. 490.3 CP castiga con la pena de seis meses a dos años de prisión a quien profiera injurias o calumnias graves contra la Corona; en segundo lugar, el art. 169.2 CP prevé una pena de prisión de seis meses a dos años

para aquel que amenace a otro con causarle un mal constitutivo de delito, sin exigirle una cantidad o imponerle una condición; por último, los antiguos arts. 578 y 579 CP establecían para los autores del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas una pena de prisión de uno a dos años, así como «una pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia»<sup>8</sup>.

A la luz de las penas reflejadas, debe resolverse que, si bien las penas de privación de libertad no superan los cinco años de prisión, la pena de inhabilitación absoluta del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas excede la pena prevista en el art. 14.3 LECrim, lo que provocará que los delitos sean enjuiciados, previa instrucción por el Juzgado Central de Instrucción, por la Sala de lo Penal de la AN. En este sentido, el TS, en su Sentencia 948/2016, de 15 de diciembre, desestimó el motivo de casación del recurrente fundado en la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), señalando que «la pena en abstracto que corresponde al tipo penal aplicable [enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas] rebasa los diez años de inhabilitación absoluta que es el límite de competencia de los Juzgados de lo Penal para poder imponer esa pena», añadiendo que «la pena de inhabilitación absoluta es una pena principal, careciendo del carácter de pena accesoria», que erróneamente sostenía el recurrente.

### **2.3 Procedimiento *stricto sensu*: abreviado u ordinario**

La estructura del proceso penal español descansa sobre tres grandes fases: la fase de instrucción, la fase intermedia y la fase de enjuiciamiento. La primera tiene como finalidad reunir los elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión sobre la apertura del juicio oral o la conveniencia de concluir, definitiva o provisionalmente, el proceso ante la escasez de elementos de cargo contra el encausado o la concurrencia de circunstancias concluyentes de descargo<sup>9</sup>.

Practicadas las diligencias de averiguación pertinentes, el juez de instrucción, de oficio o a instancia de parte, sellará la fase de instrucción por medio del auto de conclusión

---

<sup>8</sup> Recuérdese que los hechos del presente caso tuvieron lugar durante los años 2011, 2012 y 2013, años previos a la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que reformó, entre otros preceptos, los arts. 578 y 579 CP. De esta manera, atendiendo al principio de legalidad penal consagrado en los arts. 9 y 25 CE y 2 CP, se tendrá en cuenta la redacción anterior a la reforma.

<sup>9</sup> Julio Banacloche Palao y Jesús Zarzalejos Nieto, *op. cit.*, pág. 233.

del sumario (procedimiento ordinario) o del auto de transformación (procedimiento abreviado), abriendo así la segunda fase del proceso penal: la fase intermedia. Es en esta fase donde encontramos las principales diferencias entre ambos procedimientos, de manera que conviene tener presente, llegados a punto del proceso, ante cuál de estos dos procedimientos nos hallamos. Para ello debemos acudir al art. 757 LECrim, el cual dispone que «el enjuiciamiento de los delitos castigados con una pena privativa de libertad no superior a los nueve años, o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración» se realizará conforme a las disposiciones del procedimiento abreviado (arts. 757 y ss. LECrim).

Así pues, si recuperamos las penas de los delitos del presente caso, concluiremos que, a tenor de lo dispuesto en el art. 757 LECrim, el cauce procesal aplicable será el abreviado, pues ninguna de las infracciones lleva aparejada una pena de privación de libertad superior a los nueve años.

## **2.4 Recursos**

La representación del cantante presentó un recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Penal de la AN, alegando los siguientes motivos: por una parte, una triple infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por la indebida aplicación de los arts. 578, 490.3 y 169.2 CP; y, por otra parte, la infracción constitucional del art. 20.1 CE -precepto que reconoce el derecho de la libertad de expresión-, en conexión con el art. 19 PIDCP. Ahora bien, cabe plantearse si el recurrente debería haberse dirigido, de forma previa a la interposición del recurso de casación, ante la Sala de Apelación de la AN, tal y como parecen exigir los arts. 64.1 y 64 bis LOPJ, y 846.1 ter LECrim<sup>10</sup>.

El recurso de casación se caracteriza por ser un recurso extraordinario, lo que implica que solo cabe su presentación por determinados motivos y contra determinadas resoluciones, entre las que no se encuentran, como se verá a continuación, las sentencias dictadas en primera instancia por la Sala de lo Penal de la AN. Así, el art. 847.1 LECrim, modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, dispone que procederá recurso de casación por infracción de ley contra las sentencias dictadas en única instancia y

---

<sup>10</sup> El art. 11 de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, introdujo, a través del art. 846 ter 1 LECrim, la posibilidad de recurrir ante la Sala de Apelación de la AN las sentencias dictadas en primera instancia por la Sala de lo Penal de la AN.

apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ y por la Sala de Apelación de la AN, así como contra las sentencias dictadas en apelación por las AP y la Sala de lo Penal de la AN, limitándose en relación con estas últimas la alegación del motivo previsto en el art. 849.1 LECrim.

Atendiendo a los preceptos anteriormente reseñados, podría señalarse que el recurso de casación presentado por la representación del Sr. Arenas Beltrán debería haber sido inadmitido por prematuro, si no fuera porque las presentes disposiciones solo son aplicables, a tenor del principio de legalidad procesal-penal<sup>11</sup>, a los procesos incoados a partir de la entrada en vigor de la ya citada Ley 41/2015, de 5 de octubre, que tuvo lugar el 6 de diciembre del mismo año. Sin embargo, las primeras diligencias del caso se iniciaron, según puede deducirse de los datos recogidos en la sentencia de instancia, estos son, «PA 21/2013 del Juzgado Central de Instrucción», con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma. Por consiguiente, el debate sobre la necesidad de dirigirse, de forma previa a la interposición del recurso de casación, a la Sala de Apelación de la AN, debe resolverse a favor del recurrente.

Como acaba de indicarse, el recurso de casación no solo se encuentra limitado por el objeto de impugnación (art. 847 LECrim), sino también por los motivos que pueden alegarse: infracción de ley (art. 849 LECrim), quebrantamiento de forma (arts. 850 y 851 LECrim) y vulneración de precepto constitucional (art. 852 LECrim). Dentro de la infracción de ley, pueden distinguirse dos tipos: por una parte, el error *iuris*, que hace referencia a la infracción de norma penal sustantiva (art. 849.1 LECrim) y, por otra parte, el error *facti* o error en la apreciación de la prueba documental que obra en autos (art. 849.2 LECrim)<sup>12</sup>. La principal diferencia entre ellos radica en que el TS podrá modificar, cuando considere que existe un error en la apreciación de la prueba documental, los hechos probados de la sentencia de instancia, sin limitarse, a diferencia del error *iuris*, a anular la resolución impugnada y dictar una nueva sentencia sobre el fondo. En esta línea, la STS 606/2017, de 7 de septiembre, recuerda que el motivo del art. 849.1 LECrim «es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia

---

<sup>11</sup> El art. 2.2 CP exceptúa el principio de legalidad penal al señalar que «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo». Ahora bien, dicha previsión no resulta aplicable al proceso penal, donde regirán las normas vigentes al momento de cometerse los hechos.

<sup>12</sup> Julio Banacloche Palao y Jesús Zarzalejos Nieto, *op. cit.*, págs. 347-348.



recurrida a unos hechos ya definidos», añadiendo que «el motivo exige el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía del art. 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del art. 852 LECrim»<sup>13</sup>.

Por otra parte, el motivo por quebrantamiento de forma puede dividirse en dos grupos: error *in procedendo* (art. 850 LECrim) y error *in iudicando* (art. 851 LECrim). Si el primero de ellos se refiere a los errores «en la tramitación del proceso» (como la denegación indebida de la prueba o la celebración del juicio en ausencia, entre otros), el segundo alude a los cometidos «al resolver el asunto» (véanse, por ejemplo, la predeterminación del fallo, la vulneración del principio acusatorio o la falta de congruencia)<sup>14</sup>.

En nuestro caso, el recurrente funda el recurso de casación en dos motivos: por un lado, en la infracción de ley sustantiva, en su modalidad de error *iuris* (art. 849.1 LECrim), al entender que la Sala de lo Penal de la AN aplicó indebidamente los arts. 578, 490.3 y 169.2 CP; y, por otro lado, en la vulneración de precepto constitucional, concretamente en la violación del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE). Así pues, a la vista de los motivos y preceptos reseñados, el TS procedería a anular, en caso de estimar el recurso, la sentencia de instancia para dictar una nueva resolución que fuera respetuosa con el derecho a la libertad de expresión.

En relación con la infracción de precepto constitucional, el recurrente defiende que, si bien la libertad de expresión (arts. 20 CE y 19 PIDCP) no ampara el insulto, esto no lo convierte automáticamente en delito; añadiendo, por otro lado, que las canciones no transgreden los límites de la libertad expresión del art. 20 CE ni de la Decisión Marco 2008/913/JAI, sobre el discurso del odio, al no ir dirigidas contra ninguna minoría social, religiosa, étnica o sexual, sino contra la Monarquía.

Respecto a las infracciones de ley, argumenta, en primer lugar, que del contenido de las canciones no cabe deducir ninguna de las conductas contenidas en los arts. 571 a 577 CP -requisito que, como veremos, exige la apreciación del delito de enaltecimiento del terrorismo-, negando asimismo que las letras de las canciones puedan constituir una

---

<sup>13</sup> STS 606/2017, de 7 de septiembre, FJ 7º.

<sup>14</sup> Julio Banacloche Palao y Jesús Zarzalejos Nieto, *op. cit.*, pág. 347.

forma de menosprecio hacia las víctimas del terrorismo al no mencionarse el nombre de ninguna de ellas. En segundo lugar, refiere que la sentencia de instancia confunde la crítica política con una crítica personal al Rey emérito y otros miembros de la Familia Real, reiterando que las letras de las canciones pueden exceder del ámbito protegido por la libertad de expresión, pero en ningún caso constituir un delito del art. 490.3 CP. Por último, asegura que «una canción nunca puede ser considerada una amenaza por sí misma» y que las expresiones amenazantes deben presentar, para ser constitutivas de delito, cierta credibilidad o entidad, sosteniendo seguidamente que la expresión «Jorge Campos merece una bomba nuclear» es absolutamente alegórica e inverosímil y, en consecuencia, insuficiente para afectar a la víctima.

Una vez conocidos los motivos del recurso, corresponde abordar, a la vista de los hechos probados de la sentencia de instancia, la posibilidad de sumar un quinto motivo al recurso: la predeterminación del fallo. El art. 851.1º LECrim apunta que podrá interponerse recurso de casación cuando «[...] se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo». Existe una numerosa y consolidada jurisprudencia acerca de la predeterminación del fallo como motivo de casación. El último pronunciamiento del TS sobre esta cuestión se encuentra en la Sentencia 70/2018, de 8 de febrero, en la que interpreta la prohibición del art. 851.1, *in fine*, LECrim de la siguiente manera: «la predeterminación del fallo es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado, exigiéndose para su apreciación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial; c) que tengan valor causal apreciable respecto de fallo; d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal»<sup>15</sup>.

En este sentido, el TS rechaza que la expresión «el acusado incorporó a su patrimonio o al de un tercero la máquina excavadora» pueda considerarse un vicio procesal, sino «algo coherente e imprescindible, toda vez que no cabría condenar a un sujeto si los hechos que se describen en la premisa fáctica de la sentencia no resultaran subsumibles en un precepto penal [en este caso, el delito de apreciación indebida (arts.

---

<sup>15</sup> STS 70/2018, de 8 de febrero, FJ 2º.

253 y 254 CP)]]», añadiendo que «en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el *factum* en cuanto integra la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógico que la predetermine, salvo manifiesta incongruencia, de ahí que deba relativizarse la vigencia de este vicio formal»<sup>16</sup>.

Por lo que respecta a nuestra sentencia, los hechos probados dicen así: «en dichas canciones [...] aparecen expresiones [...] en apoyo y alabanza a las organizaciones terroristas GRAPO, ETA, y a algunos de sus miembros, justificando su existencia, ensalzando sus acciones e incluso instando a la comisión de las mismas y presentando a sus integrantes como víctimas del sistema democrático»<sup>17</sup>.

Atendiendo al primero de los elementos exigidos por la jurisprudencia para afirmar la concurrencia de este vicio procesal, observamos que nuestro párrafo incluye términos y expresiones que dan nombre y definen el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo (art. 578 CP), tales como: «apoyo y alabanza a organizaciones terroristas», «justificando su existencia» o «ensalzando sus acciones». La utilización deliberada de estos términos y expresiones se confirma, empero, con la conclusión del fundamento jurídico primero<sup>18</sup>, donde se señala que las canciones «encierran una clara carga laudatoria de ETA y GRAPO y sus miembros, una justificación de las organizaciones terroristas y de sus métodos, una incitación a la violencia y al odio y un grave desprecio a las víctimas»<sup>19</sup>. De la lectura de este último párrafo, puede concluirse, aparte de que presenta un parecido evidente con el de los hechos probados, que, a pesar de las continuas referencias jurisprudenciales realizadas durante el desarrollo del fundamento jurídico, no es posible extraer una idea enriquecida de la del *factum*, lo que permitiría intercambiar dichos párrafos sin que el nivel de motivación se viera mínimamente afectado.

Por otro lado, la STS 70/2018, de 8 de febrero, exige para la apreciación de este motivo que existan expresiones propias de la lingüística forense y que pueda percibirse una relación de causalidad entre tales expresiones y la decisión del tribunal. Analizando nuestro párrafo, vemos que, a más de utilizarse una expresión puramente técnica y estar complementemente alejada del lenguaje común, como es «instando a la comisión de las mismas

---

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> SAN 4/2017, de 21 de febrero, HP 1º.

<sup>18</sup> SAN 4/2017, de 21 de febrero, FJ 1º.

<sup>19</sup> El diccionario de la RAE recoge precisamente como segunda acepción del verbo «laudar» el término «alabar».

[en referencia a las acciones terroristas]», encuentra su nexo causal con el fallo de la AN, a través de la locución «incitación a la violencia y al odio», prevista en la conclusión del fundamento jurídico primero.

En cuanto al último elemento, esto es, que suprimidos los conceptos jurídicos el hecho delictivo carezca de base alguna y de justificación penal, ha de hacerse referencia al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (CETS nº196) y a la reciente DUE 2017/541, de 8 de marzo (LCEur. 2017, 533)<sup>20</sup>, así como a la jurisprudencia del TC (en especial, la STC 112/2016, de 20 de junio), los cuales advierten que constituye una injerencia ilegítima en el ámbito de la libertad de expresión la condena fundada en el art. 578 CP cuando las manifestaciones enjuiciadas no supongan una situación de riesgo para las personas, derechos de terceros o para el propio sistema de libertades<sup>21</sup>. En este sentido, la STC 112/2016, de 20 de junio, establece como «elemento determinante delimitador de la constitucionalidad [de la injerencia en el derecho a la libertad de expresión]», que previamente a la imposición de una condena por esta norma, se pondere en la resolución judicial si la conducta desarrollada por el acusado integra una manifestación del discurso del odio que incite a la violencia<sup>22</sup>.

En definitiva, admitiendo que los hechos probados deben predeterminar «en un cierto sentido» el fallo de la sentencia, consideramos que la expresión contenida en el *factum* («incluso instando a la comisión de las mismas») asegura la concurrencia del elemento objetivo exigido para sancionar penalmente las expresiones laudatorias del terrorismo, encorsetando de esta manera la posterior fundamentación jurídica de la sentencia hasta el punto de anticipar el fallo de la sentencia. Por todo ello, entendemos que concurren todos los elementos exigidos por la jurisprudencia para afirmar la existencia de este vicio procesal.

---

<sup>20</sup> En su art. 5, la Directiva insta a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de delitos terroristas, siempre que tal conducta, además de preconizar directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la ejecución de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos.

<sup>21</sup> Javier Muñoz Cuesta, «Interpretación del enaltecimiento del terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541, de 18 de marzo», *Revista Aranzadi Doctrinal* 28, octubre de 2017, pág. 44.

<sup>22</sup> STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 4º, *in fine*.

### 3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: UN DERECHO PENALMENTE LIMITADO

La problemática del presente caso radica en determinar si las expresiones vertidas por el cantante pueden envolverse en el aura protectora del derecho a la libertad artística o si, por el contrario, transgreden los límites fijados por la jurisprudencia europea y constitucional para su ejercicio.

La reciente STC 177/2015, de 22 de julio, recopila los elementos caracterizadores del derecho a la libertad de expresión, aclarando que, al igual que el resto de los derechos, tiene límites y que «cualquier ejercicio del derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional»<sup>23</sup>. Por su parte, el TEDH, a través de la Sentencia de 16 de julio de 2009, *caso Féret c. Bélgica*, ha declarado que «la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, de lo que se deriva que, en principio, se pueda considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia»<sup>24</sup>.

Siguiendo con el carácter limitable de la libertad de expresión, la STC 177/2015, de 22 de julio, recuerda que el órgano judicial penal deberá ponderar, de forma previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes del caso concreto, si las conductas constituyen un ejercicio lícito del derecho o si, en cambio, deben ser subsumidas en el discurso del odio<sup>25</sup>. Ahora bien, en caso de entenderse necesaria la injerencia represiva en el ejercicio del derecho, la sanción deberá ser, en todo caso, proporcional<sup>26</sup>.

Una vez presentada la doctrina jurisprudencial sobre los límites a la libertad de expresión y conocido el resultado de la ponderación practicada en este caso, donde no solamente se ha rechazado que las letras del cantante puedan incluirse en el ámbito de protección del derecho, sino que resultan merecedoras de una respuesta penal, procederemos a valorar si las expresiones del acusado resultan constitutivas de los delitos anteriormente referidos y, en caso de que la respuesta sea positiva, si las penas impuestas

---

<sup>23</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2º c).

<sup>24</sup> STEDH de 16 de julio de 2009, *caso Féret c. Bélgica*, § 64.

<sup>25</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4º.

<sup>26</sup> STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 2º.

en aplicación de los mismos respetan el canon de proporcionalidad exigido por la jurisprudencia.

### **3.1 Libertad de expresión y delito de exaltación del terrorismo y humillación a las víctimas**

El antiguo art. 578 CP señalaba que «el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años»<sup>27</sup>. De la lectura del precepto pueden distinguirse dos conductas: por un lado, la exaltación de los delitos comprendidos en la Sección 2ª del Capítulo V del CP, o bien de las personas que participaron en la ejecución de los mismos; y, de otro lado, la relativa a la humillación y vejación a las víctimas del terrorismo.

Desde una perspectiva penológica, la distinción de tales conductas presenta una importancia exigua, dado que bastaría la concurrencia de una de ellas para imponer la pena prevista en el precepto. Es por ello por lo que consideramos que la relevancia de tal distinción (además de la que pueda presentar desde un punto de vista político-criminal) está en el carácter pluriofensivo del delito, puesto que, si el bien jurídico protegido por la exaltación del terrorismo se halla en la seguridad de la ciudadanía frente a la comisión de nuevos atentados terroristas, la segunda conducta parece perseguir un valor más personal e individual como es el honor de las víctimas del terrorismo<sup>28</sup>.

El tipo objetivo de la conducta de enaltecimiento puede estructurarse en tres elementos: en primer lugar, la existencia de acciones o palabras por las que se enaltece o justifica; en segundo lugar, que el objeto de dicho ensalzamiento sean las conductas previstas en los tipos penales de los arts. 571 a 577, o las personas que participaron en la

---

<sup>27</sup> La reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, respeta la configuración del tipo, limitándose a elevar la pena prevista en el mismo: sustituye la pena de uno a dos años por la pena uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses.

<sup>28</sup> En esta línea, la STS 812/2011, 21 de julio, refiere, en relación con el delito de exaltación del terrorismo, que la alabanza o la justificación de acciones terroristas que no pueden ser incluidas 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, pues su discurso se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento (sic) colectivo como medio de conseguir esas finalidades. Respecto al delito de humillación a las víctimas, señala que «se trata de perseguir conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares; actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal».

comisión de tales delitos; y, por último, que la acción de enaltecer o justificar se realice por cualquier medio de expresión pública o difusión<sup>29</sup>.

Sin embargo, a pesar de esta inicial configuración del tipo<sup>30</sup>, debe añadirse un cuarto elemento, cuya concurrencia resultará imprescindible para castigar aquellas conductas que reúnan los tres elementos anteriores. Dicho elemento consiste en que la conducta exaltadora, con independencia de que incite o no directamente a la comisión de delitos terroristas, deberá generar o elevar el riesgo de que se produzcan nuevos atentados terroristas<sup>31</sup>. De esta forma, solo estará justificada la injerencia represiva en la libertad de expresión si, acreditado el cumplimiento de los elementos previstos en el precepto, concurre además el peligro de que se ejecuten nuevos delitos terroristas a consecuencia de tal exaltación del terrorismo.

La jurisprudencia constitucional (SSTC 177/2015, de 22 de julio, y 112/2016, de 20 de junio) parece asumir esta interpretación del precepto con el objetivo de posibilitar su encaje dentro del marco constitucional<sup>32</sup>, así como para ajustar su aplicación a la incuestionable derrota de las organizaciones terroristas ETA y GRAPO, y a la línea marcada por la jurisprudencia del TEDH (Sentencias de 8 de julio de 1999, *caso Sürek c. Turquía*, y de 20 de enero de 2000, *caso Hogefeld c. Alemania*) e instrumentos normativos como el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (CETS n°196) o la DUE 2017/541, de 8 de marzo (LCEur. 2017, 533).

Ahora bien, la STEDH de 16 de junio de 2009, *caso Feret c. Bélgica*, ha precisado que «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo»<sup>33</sup>. Esta doctrina ha sido recogida por la jurisprudencia del TS, quien manifiesta, en su Sentencia 79/2018, de 15 de febrero, que el riesgo

---

<sup>29</sup> Juan Manuel Fernández Martínez: “Enaltecimiento del terrorismo”, *Revista Aranzadi Doctrina* 10, octubre de 2010, pág. 39.

<sup>30</sup> SSTC 149/2007, de 26 de febrero, 539/2008, de 23 de septiembre y 106/2015, de 19 de febrero, entre otras.

<sup>31</sup> STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 6°.

<sup>32</sup> Teresa Rodríguez Montañés, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. págs. 324-325 y 327. La autora defiende que si se tiene presente la afirmación de que la democracia española no es una democracia militante, así como la delimitación realizada por la jurisprudencia del TC respecto del ámbito de protección de la libertad de expresión, la cual puede resumirse en que el mismo «no puede verse restringido por el hecho de que se difundan ideas u opiniones contrarias a la esencia de la Constitución, salvo cuando las mismas lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional» (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4°), resulta inevitable concluir que el mero enaltecimiento o justificación del terrorismo, sin ese componente incitador a la comisión de delitos terroristas, constituye un discurso amparado por la libertad de expresión.

<sup>33</sup> STEDH de 16 de junio de 2009, *caso Feret c. Bélgica*, § 78.

generado con los actos de enaltecimiento o justificación del terrorismo debe entenderse en abstracto, es decir, como «aptitud ínsita» en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio y personas afectadas<sup>34</sup>.

En cuanto al tipo objetivo del delito de humillación a las víctimas, ha de señalarse que, a diferencia del enaltecimiento del terrorismo, no requiere publicidad para su comisión, de manera que su consumación se producirá cuando el mensaje llegue al conocimiento de cualquiera de las víctimas, sin exigirse una pluralidad de afectados para su apreciación<sup>35</sup>. El contenido del mensaje deberá resultar idóneo, subjetiva y objetivamente, para lesionar la dignidad y el honor de la víctima, lo cual demandará un análisis meticuloso de las expresiones injuriosas<sup>36</sup>.

Por otro lado, el art. 4 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral de las Víctimas del Terrorismo, atribuye la condición de «víctima del terrorismo» tanto a las personas fallecidas o que han sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista, como, en caso de fallecimiento, al cónyuge o persona que mantuviera una relación análoga de afectividad con la víctima, y a los padres, hijos, abuelos y hermanos de la misma. De esta manera, atendiendo a la definición contenida en el precepto, así como a la STS 656/2007, de 17 de julio, el sujeto pasivo del delito queda confeccionado en las víctimas directas del terrorismo y en sus familiares<sup>37</sup>.

Respecto al tipo subjetivo, la jurisprudencia ha venido exigiendo, tanto para el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo como para el de humillación o menosprecio a las víctimas, un comportamiento doloso<sup>38</sup>. La STS 4/2017, de 18 de enero,

---

<sup>34</sup> STS 79/2018, de 15 de febrero, FJ 4º.

<sup>35</sup> Jesús Bernal del Castillo, “Enaltecimiento del terrorismo y la humillación de las víctimas como formas del 'discurso del odio'”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 16, julio de 2016, pág. 28.

<sup>36</sup> SSTS 752/2012, de 3 de octubre y 106/2015, de 19 de febrero, *apud* Jesús Bernal del Castillo, *op. cit.*, pág. 28.

<sup>37</sup> La STS 656/2007, de 17 de julio, desestima el recurso de casación presentado por la AVT, por el que solicitaba la inclusión en el concepto de «víctima» del terrorismo, a los efectos del delito de humillación a las víctimas, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En este sentido, el TS señala que «una cosa es que los hechos a que se refiere la norma no se limiten a la dignidad o al honor de una persona individual y puedan referirse a un colectivo o generalidad de afectados [...] y otra muy distinta que pueda extenderse el concepto de "víctima" a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que solo por su cargo ostentarían aquella condición, por cuanto ello implicaría que todos los ciudadanos serían "víctimas" en cuanto posibles sujetos pasivos de las acciones terroristas».

<sup>38</sup> Por su parte, Teresa Rodríguez Montañés, *op. cit.*, págs. 327-328, considera que la punición del discurso enaltecedor o justificar del terrorismo solo resulta constitucionalmente legítima si el mismo constituye una



ha entendido acreditada la presencia del dolo cuando el sujeto activo tiene «plena consciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista», añadiendo que resulta «absolutamente irrelevante» en términos de tipicidad conocer la finalidad con que se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación<sup>39</sup>. Sin embargo, la reciente STS 79/2018, de 15 de febrero, rectifica la anterior doctrina otorgando importancia al motivo con que se realizaron tales actos<sup>40</sup>. No deja de resultar llamativo este cambio jurisprudencial respecto a la construcción del tipo subjetivo de ambos delitos, habida cuenta del escaso espacio de tiempo que media entre tales resoluciones y la innegable actualidad de estos delitos. La doctrina, por su parte, sostiene que ambas infracciones poseen una naturaleza dolosa, precisando que en el delito de humillación se exige un dolo específico, definido como *animus iniuriandi* (propio de los delitos contra el honor), que consiste en la intención del sujeto activo de vilipendiar la dignidad y el honor de las víctimas directas e indirectas del terrorismo por el mismo hecho de serlo<sup>41</sup>.

Aplicando la anterior doctrina al caso concreto, deben separarse aquellas conductas que, a nuestro juicio, no reunirían los elementos típicos del delito de exaltación del terrorismo, de aquellas otras que, pudiendo ser subsumidas en los tipos penales mencionados, quedarían, a la luz de la nueva normativa y de la jurisprudencia, excluidas de cualquier sanción penal.

En la primera categoría se hallarían frases como «Quiero transmitir a los españoles un mensaje de esperanza, ETA es una gran nación», «Terrorismo invicto como los GRAPO» y «No me quedaré mudo, no me callaré, aunque tenga que inmolarme en la sede del PP». Si se recuerdan los requisitos de aplicabilidad del delito de enaltecimiento del terrorismo, se observará que tales expresiones cumplen el elemento relativo a la existencia de palabras enaltecedoras o justificadoras del terrorismo, así como el de su difusión o expresión pública, pero, en modo alguno, el elemento central del tipo, que consiste en exaltar delitos definidos como terroristas o en alabar a aquellas personas que participaron en su ejecución. En este sentido, entendemos que las expresiones «[...] ETA

---

incitación (directa o indirecta) dolosa a la producción de tales actos y encierra cierta idoneidad objetiva para ello.

<sup>39</sup> STS 4/2017, de 18 de enero, FJ 3º.

<sup>40</sup> STS 79/2018, de 15 de febrero, FJ 4º.

<sup>41</sup> Jesús Bernal del Castillo, *op. cit.*, pág. 30, apoyándose en las SSTs 587/2013, de 17 de julio, y 846/2015, de 30 de diciembre.

es una gran nación», «terrorismo invicto como los GRAPO» o «[...] tenga que inmolarme en la sede del PP», pudiendo resultar provocadoras u ofensivas<sup>42</sup>, no hacen referencia a ningún delito perpetrado por tales organizaciones terroristas ni alaban a ninguno de sus miembros, pues se limitan, por una parte, a negar que la organización terrorista GRAPO ha sido firmemente derrotada por el Estado de Derecho y, de otro lado, a compartir una definición que, desde una perspectiva jurídico-política, carece de sentido. Por todo ello, concluimos que el bien jurídico protegido, esto es, la seguridad de la ciudadanía o el orden constitucional<sup>43</sup>, no se ha visto lesionado a consecuencia de tales expresiones.

La segunda categoría estaría integrada por expresiones como «un pistoletazo en la frente de tu jefe está justificado o siempre queda esperar a que le secuestre algún GRAPO», «a ver si ETA pone una bomba y explota», «matando a Carrero Blanco ETA estuvo genial [...]», «siete tiros de la glock de Iñaki Bilbao al juez» y «kale borroka en el Ministerio de Educación, esto es amor: goma2 y kalashnikovs». Estas frases, a diferencia de las contenidas en el párrafo anterior, reúnen los elementos del delito de enaltecimiento, pues son difundidas a través de la red social *YouTube*, exaltan delitos cometidos por la organización terrorista ETA y alaban a miembros de tal organización. Sin embargo, a pesar de que el precepto no recoge ninguna otra exigencia para que tales expresiones sean sancionadas, la jurisprudencia europea y constitucional, así como otras normas internacionales y europeas ya citadas, han venido requiriendo, con intención de ensanchar el halo de la libertad de expresión, la concurrencia del peligro de que se cometan nuevos delitos terroristas.

Para pronunciarnos acerca de la presencia de tal elemento, resulta obligado analizar la situación en que se encuentran tales organizaciones terroristas. El día 20 de octubre de 2011, la banda terrorista ETA, empujada por el Estado de Derecho, emitió un comunicado por el que declaraba el «cese definitivo de su actividad armada». En dicho comunicado admitía que el nuevo ciclo político debía estar marcado por «el diálogo y el acuerdo», llamando a la sociedad vasca a implicarse en la construcción de un escenario de «paz y libertad»<sup>44</sup>. Estas palabras tendrían un escaso valor jurídico-político, teniendo en cuenta

---

<sup>42</sup> Por su parte, la STS 95/2018, de 26 de febrero, FJ 4º, dispone que, a tenor del principio de *ultima ratio* que caracteriza al sistema penal, no todo mensaje que ocasione el rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo, aun cuando no pueda ser incluido dentro del halo de la libertad de expresión.

<sup>43</sup> Jesús Bernal del Castillo, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>44</sup> Comunicado de la organización terrorista ETA, País Vasco, octubre de 2011, [https://elpais.com/politica/2011/10/20/actualidad/1319131779\\_738058.html](https://elpais.com/politica/2011/10/20/actualidad/1319131779_738058.html).

la nula credibilidad y el desprecio de sus dirigentes a cualquier salida pacífica y democrática a sus aspiraciones independentistas, si no fuera porque este anuncio no se ha visto desmentido por ningún atentado terrorista. De esta manera, entendemos que, si bien en el momento en que fueron proferidas tales expresiones no se había anunciado la disolución definitiva de la banda, el abandono definitivo de la violencia impide la apreciación del riesgo de que se produzcan nuevos atentados terroristas.

En esta misma línea, la STS 378/2017, de 25 de mayo, acogiendo los argumentos del voto particular de la sentencia de instancia (SAN 29/2016, de 28 de noviembre), absolvió al acusado del delito de exaltación del terrorismo al rechazar que el mensaje (difundido a través de la red social *Facebook*) aumentara la eventualidad de nuevos delitos terroristas, basándose, entre otros motivos, en la «inexistencia de un contexto de violencia terrorista relacionada con los GRAPO», pues tal organización «desapareció hace años y no comete atentados»<sup>45</sup>. Esta interpretación resulta, en nuestra opinión, plenamente extensible a la banda terrorista ETA<sup>46</sup>, habida cuenta de que, a diferencia de los GRAPO, la organización terrorista ETA lanzó un comunicado declarando el cese definitivo de su actividad armada.

Ahora bien, los hechos probados contienen una frase que, sin duda, podría rebasar los límites de la libertad de expresión. Dicha frase es la siguiente: «Junto a Puelles todos desfilaréis de luto» del tema *Yo reventé el culo de Eduardo Puelles*. Esta expresión, a diferencia de las anteriores, no presenta ningún elemento que permita encajarla en el delito de enaltecimiento, pues no exalta la actividad terrorista ni alaba a ningún miembro de las organizaciones terroristas mencionadas. El legislador, consciente de que pueden proferirse expresiones que, aun no teniendo un carácter enaltecedor o justificador de la violencia terrorista, resultan hirientes para una parte importante de la sociedad, decidió añadir una segunda conducta al art. 578 CP: la humillación a las víctimas del terrorismo. Este delito no tiene por objeto garantizar la seguridad de la ciudadanía ni proteger el orden

---

<sup>45</sup> STS 378/2017, de 25 de mayo, FJ 4º. Asimismo, el TS aduce que en ninguno de los mensajes del recurrente aparece la réplica de algún internauta, lo cual no permite afirmar que tales mensajes hayan sido leídos por otras personas ni que tenga seguidores.

<sup>46</sup> La SAN 5/2018, de 14 de septiembre, FJ 4º, aplica esta doctrina jurisprudencial y rebaja la pena al cantante Pablo Rivadulla Duró (más conocido como «Pablo Hasél»), señalando en este sentido que el hecho de que «la organización terrorista [ETA] a cuyos fines sirvió la acción de determinados integrantes cuya actividad violenta fue enaltecida por el acusado lleve un tiempo importante sin realizar acciones terroristas, la posibilidad de puesta en peligro de que la misma se reavive como por obra de la influencia del recurrente será menor».

constitucional, sino preservar la dignidad y el honor de las víctimas de la barbarie terrorista. Por consiguiente, la clave en esta clase de expresiones consistirá en determinar si la expresión causa un sufrimiento intolerable a las víctimas del terrorismo o si, por el contrario, se encuentra dentro de los márgenes de la libertad de expresión.

Si se realiza una interpretación aislada de la frase («Junto a Puelles todos desfilaréis de luto»), sin tener en cuenta el título de la canción donde se recoge (*Yo reventé el culo de Eduardo Puelles*), difícilmente podría subsumirse en el delito de humillación a las víctimas o en cualquier otro delito, pues, en consonancia con el resto de la canción, constituiría una amenaza indiscriminada contra la clase política. En cambio, si realizamos un análisis conjunto de tales expresiones, comprobamos, por una parte, la utilización de un tono jocoso por el cantante, quien se atribuye, como si de una hazaña se tratase, el asesinato de Eduardo Puelles, así como un profundo menosprecio hacia las víctimas del terrorismo al recordar de forma despectiva e insultante el medio preferido por la banda terrorista para cometer atentados<sup>47</sup>.

Mención especial merecen las expresiones relativas al atentado perpetrado por la organización terrorista ETA contra el almirante Carrero Blanco. Dichas expresiones se concretan en «un día coches volarán como Carrero Blanco y no colgaremos ningún lazo en el Ayuntamiento» y «Matando a Carrero Blanco ETA estuvo genial, a la mierda la palabra, viva el amonal». En la primera de estas frases parece aludirse en clave de humor a la forma en que se ejecutó el atentado mortal contra el expresidente del Gobierno, recayendo el objeto de mofa en la altura alcanzada por el vehículo tras la detonación de un artefacto explosivo en las inmediaciones de la calle por donde circulaba.

Sin embargo, ha de restarse cualquier mérito al cantante en cuanto a la capacidad creativa o innovadora de parodiar tal atentado, pues el mismo ha sido objeto de innumerables chistes del momento de su ejecución, con la única diferencia de que estos, merced a la época dorada de las redes sociales, han pasado de realizarse a través del «boca a boca» a difundirse mediante mensajes instantáneos o vídeos en plataformas sociales. En este sentido, la STS 95/2018, de 26 de febrero, dispone que «el atentado objeto de burla o mofa ha tenido lugar hace ya 44 años, tiempo más que suficiente para considerarlo

---

<sup>47</sup> Rogelio Alonso Pascual, Florencio Domínguez Iribarren y Marcos García Rey, *Vidas rotas*, Espasa, Madrid, 2010, págs. 1198-1201. Con fecha de 19 de junio de 2009, la banda terrorista ETA asesinó al entonces Jefe de Grupo de la Brigada de Información de Bilbao, Eduardo Antonio Puelles, mediante la detonación de una bomba-lapa en su vehículo.

como un suceso histórico cuyo comentario en clave de humor no puede tener la misma trascendencia que un acontecimiento reciente, máxime si se pondera que los hechos ya han sido objeto de toda clase de comentarios burlones sin que se activara la mayor parte de las veces una respuesta judicial penal», añadiendo que «el propio transcurso del tiempo y la oxidación o agotamiento del tema en clave de humor negro permiten considerar que ya no estamos ante acciones especialmente perversas que tienen como objeto específico la humillación o el descrédito de las víctimas, incrementando su padecimiento moral o el de sus familiares y ahondando en que su día abrió el atentado terrorista».

Una de las diferencias que existen entre los chistes de la referida sentencia y la expresión analizada radica en que los mensajes de la acusada (publicados en la red social *Twitter*) carecían de cualquier elemento que permitiera interpretarlos como una forma de incitación a la comisión de nuevos atentados terroristas, pues se limitaba a burlarse sobre la forma concreta en que se produjo el asesinato<sup>48</sup>, mientras que la expresión aquí estudiada pronostica en clave de humor la comisión de nuevos crímenes similares al perpetrado contra el almirante Carrero Blanco.

Respecto a la segunda frase, puede percibirse el abandono del tono sarcástico u humorístico, por uno panegírico o laudatorio del asesinato de Carrero Blanco. El cantante difunde una expresión que, sin duda, reúne los elementos típicos del delito de enaltecimiento, pues exalta públicamente, a través de la plataforma social *YouTube*, la ejecución del atentado terrorista contra el expresidente del Gobierno. Ahora bien, sin intención de repetir los argumentos manifestados en relación con la segunda categoría de expresiones, las cuales, en nuestra opinión, reunían todos los elementos del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo a excepción del peligro de que se cometan nuevos atentados terroristas, consideramos que la presente expresión debe correr, en aplicación de estos mismos criterios, idéntica suerte que las anteriores<sup>49</sup>.

### **3.2 Libertad de expresión y delito de injurias a la Corona**

El derecho al honor de los ciudadanos goza de protección penal a través de los delitos de injurias y calumnias previstos en los arts. 205 a 210 CP. El TC, desde su

---

<sup>48</sup> STS 95/2018, de 26 de febrero, AH 1º: véanse, entre otros, los siguientes mensajes: «ETA impulsó una política contra los coches oficiales combinada con un programa espacial», «Kissinger le regaló a Carrero Blanco un trozo de la luna, ETA le pagó el viaje a ella» o «¿Carrero Blanco también regresó al futuro con su coche? #RegresoAlFuturo».

<sup>49</sup> *Vid.* Pág. 23.

Sentencia 107/1988, de 5 de julio, ha venido señalando que el honor, «en cuanto valor referible a personas individualmente consideradas», no puede predicarse respecto de las personas jurídico-públicas, siendo preferible, desde el punto de vista constitucional, la utilización de términos como «dignidad, prestigio y autoridad moral», que al igual que el honor, «son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador»<sup>50</sup>. Asimismo, el TC, en su Sentencia 51/1985, de 10 de abril, respalda la decisión del legislador de dotar de una protección reforzada a las instituciones pública, sosteniendo que «la seguridad exterior e interior del Estado» puede ponerse en peligro cuando se destruye el prestigio de sus instituciones públicas<sup>51</sup>.

En este sentido, el art. 490.3 CP castiga al que injuriare o calumniare «al Rey, a la Reina o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a cualquier otro miembro de la Regencia, o al Príncipe o a la Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas», con una pena de prisión de seis meses a dos años, o bien con una multa de seis a doce meses, dependiendo de la gravedad de la expresión injuriosa o calumniosa. A la vista del precepto, pueden realizarse los siguientes comentarios.

El primero de ellos versará sobre el bien jurídico protegido por el mismo. La SAN 5/2008, de 5 de diciembre, reconoce el carácter pluriofensivo del delito, indicando que, por un lado, estaría «el honor y la dignidad de la más Alta Magistratura del Estado y, por otro lado, la fortaleza y el vigor que debe tener esta Magistratura como Institución básica y fundamental para el buen funcionamiento del Ente Público»<sup>52</sup>. A diferencia de los arts. 496 o 504 CP<sup>53</sup>, donde se sancionan aquellas conductas que resultan injuriosas o calumniosas de las Cortes Generales, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o del Gobierno de la Nación, el presente precepto, a través de la enumeración de los potenciales sujetos pasivos de la conducta típica, parece alejarse de su voluntad de

---

<sup>50</sup> STC 107/1988, de 5 de julio, FJ 5º.

<sup>51</sup> STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 10º.

<sup>52</sup> SAN 5/2008, de 5 de diciembre, FJ 3º.

<sup>53</sup> El art. 496 CP dispone que «El que injuriare gravemente a las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, hallándose en sesión, o a alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses», mientras que el art. 504 CP señala lo siguiente: «Incurrirán en la pena de multa de doce a dieciocho meses los que calumnien, injurien o amenacen gravemente 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». Como puede observarse, ambos preceptos limitan su protección al prestigio de las instituciones, sin realizar mención alguna a sus miembros, ni siquiera a los que las presiden.

preservar el prestigio o la dignidad de la Corona como institución pública del Estado, para pasar a garantizar la protección penal del derecho al honor de cada uno de los miembros de la Familia Real, acentuándose de esta manera el carácter especial de la norma.

Sin embargo, el alcance de la conducta típica presenta una limitación importante en la frase «en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas», puesto que, según advierte la SAN 5/2008, de 5 de diciembre, resolución que aparece citada en la STEDH de 13 de marzo de 2018, *caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, este delito «sólo protege el honor del Rey en tanto vaya asociado al ejercicio de su función constitucional, de modo que cualquier otro ataque a su honor fuera de ese ámbito, no tendrá más protección que la general de las injurias de los artículos 208 y siguientes del Código Penal»<sup>54</sup>. Dicho de otra forma, las expresiones vejatorias que no guarden relación con cuestiones relativas al desempeño de su función constitucional, recayendo únicamente sobre asuntos de su vida privada, no encontrarán protección en el art. 490.3 CP, sino, en su caso, en los delitos de injurias y calumnias (arts. 205 a 210 CP).

Cuando parecía resuelta esta operación de deslinde entre actos ofensivos y atentatorios contra el honor de los miembros de la Familia Real, la reciente SAN 3/2018, de 3 de marzo, ofrece una respuesta penal distinta a la de la SAN 5/2008, de 5 de diciembre, para aquellas expresiones que, menoscabando el «núcleo último de la dignidad» del Monarca<sup>55</sup>, no pueden vincularse a la función constitucional ejercida por el mismo<sup>56</sup>. Para estas expresiones, la SAN 3/2018, de 3 de marzo, considera aplicable el art. 491.1 CP, precepto que castiga con la pena de multa de cuatro a veinte meses al que injurie o calumnie a los miembros de la Familia Real fuera de los casos previstos en el art. 490.3 CP. Ahora bien, con independencia del precepto penal aplicable, la protección dispensada por los arts. 490.3 y 491.1 CP no puede significar que el Rey, aun teniendo la condición de máximo representante del Estado y ser símbolo de su unidad, quede al margen de toda crítica en el ejercicio de sus funciones constitucionales o como representante del Estado que simboliza, siempre que la misma se realice dentro de los límites del respeto a su prestigio o reputación<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> SAN 5/2008, de 5 de diciembre, FJ 3º *apud* STEDH de 13 de marzo de 2018, *caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, § 10.

<sup>55</sup> STS 79/2018, de 15 de febrero, FJ 3º.

<sup>56</sup> SAN 3/2018, de 3 de marzo, FJ 3º.

<sup>57</sup> STEDH de 15 de marzo de 2011, *caso Otegui c. España*, § 56; STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 3º; STEDH de 13 de marzo de 2018, *caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, § 35.

En tercer lugar, destacan las consecuencias penales que lleva aparejadas la aplicación del art. 490.3 CP, sobre todo si se comparan con las de sus delitos homólogos (arts. 496 y 504 CP): así, si estos delitos recogen, como pena máxima, el pago de una multa durante un periodo de dieciocho meses, el art. 490.3 CP prevé una pena de prisión de hasta dos años para aquellos que atenten gravemente contra el honor de algún miembro de la Familia Real y el prestigio de la Corona.

Después de esta primera aproximación al precepto, estudiaremos si las expresiones anteriormente referidas resultan subsumibles en los tipos penales mencionados (delito especial de injurias a la Corona o delito común de injurias y calumnias) o deben quedar al margen de cualquier reproche penal. Para realizar este análisis, clasificaremos las conductas, al igual que en el apartado anterior, en tres categorías.

En la primera categoría se encontrarían expresiones como «Él [en alusión al Rey emérito] respetuoso con la Constitución, en cambio los derechos humanos se los pasa por los cojones» y «Por qué no se fractura la cabeza y no la cadera [refiriéndose de nuevo al Rey emérito]». En ellas el cantante realiza, por un lado, una crítica incómoda y dura, pero política al Jefe del Estado, mientras que, por otro lado, expresa un desiderátum que, siendo moralmente reprobable, no reviste la gravedad suficiente como para lesionar el núcleo último de la dignidad del Monarca.

Por otra parte, frases como «El Rey [...] y sus movidas no sé si era cazando elefantes o iba de putas, son cosas que no se pueden explicar, como para hacer de diana utilizaba a su hermano [...]» o «[...] Que la Infanta Elena pida disculpas, (puta), por ser analfabeta y no ir a estudiar a Cuba», formarían una segunda categoría, ya que, al contrario que en la frase «Él [en alusión al Rey emérito] respetuoso con la Constitución, en cambio los derechos humanos se los pasa por los cojones», no puede hallarse el menor indicio de crítica a la función desempeñada por la Familia Real. Sin embargo, coincidiendo con la SAN 4/2017, de 21 de febrero, y la STS 79/2018, de 15 de febrero, en que las frases podrían atentar contra el honor de los afectados, consideramos que deberían ser subsumidas bien en el delito común de injurias y calumnias, bien en el tipo penal del art. 491.1 CP, pero no en el art. 490.3 CP, pues tal exceso no se funda en hechos derivados del ejercicio de su misión constitucional, sino en acontecimientos imputables al desarrollo de su vida privada.



Por último, estarían las expresiones que, además de no encontrar cobijo en el derecho a la libertad de expresión y lesionar el honor de los miembros de la Familia Real, atentarían contra la dignidad y el prestigio de la Corona: «Burgués, ni tu ni nadie me harán cambiar de opinión, cabrón, seguir el acto de fusilar al Borbón», «Sofía en una moneda, pero fusilada» y «el Rey tiene una cita en la plaza del pueblo, una soga al cuello y que le caiga el peso de la ley». En ellas puede apreciarse un elemento común que, a pesar de no ser exigido por el precepto para su aplicación, tiene una relevancia decisiva, según la jurisprudencia del TEDH, para admitir la injerencia represiva en el derecho a la libertad de expresión: la incitación a la violencia. La STEDH de 15 de marzo de 2011, *caso Otegui c. España*, declaró la vulneración del derecho a la libertad de expresión del demandante, apoyándose, entre otras razones, en la ausencia de justificación por parte de los tribunales nacionales sobre la concurrencia del elemento relativo a la violencia o al discurso del odio en las expresiones enjuiciadas.<sup>58</sup> En cambio, en el caso que nos ocupa, aunque las resoluciones (SAN 4/2017, de 21 de febrero, y STS 79/2018, de 15 de febrero) no terminan de concretar las frases en que fundan la presencia de tal elemento, justifican la respuesta penal al ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión en las continuas referencias del cantante de ajusticiar públicamente a los miembros de la Familia Real<sup>59</sup>.

Ahora bien, como se expondrá en las próximas páginas, el TEDH se ha mostrado desfavorable a la tipificación de la conducta del art. 490.3 CP, ya que, según refiere, «una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto [contra un Jefe del Estado] no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio», añadiendo que «el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio Jefe del Estado no puede justificar que se le otorgue a este último un privilegio o una protección especial con respecto al derecho de informar y expresar opiniones que le conciernen»<sup>60</sup>. Asimismo, insiste en que, si bien puede resultar necesario, en una sociedad democrática, juzgar y sancionar aquellas

---

<sup>58</sup> STEDH de 15 de marzo de 2011, *caso Otegui c. España*, § 54 y STEDH de 8 de julio de 1999, *caso Sürek c. Turquía*, § 62, entre otras.

<sup>59</sup> SAN 4/2017, de 21 de febrero, FJ 2º y STS 79/2018, de 15 de febrero, FJ 3º.

<sup>60</sup> SSTEDH de 13 de marzo de 2018, *caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, § 35; de 15 de marzo de 2011, *caso Otegui c. España*, § 55-56, entre otras.

expresiones que incitan o justifican el odio basado en la intolerancia, la injerencia deberá ser, en todo caso, proporcional a la finalidad legítima perseguida<sup>61</sup>.

Lejos de realizar una interpretación restrictiva de una norma penal con un marcado carácter especial o valorizar la reiterada jurisprudencia del TEDH sobre la inextricable conciliación del precepto con los valores que inspiran el CEDH, las resoluciones del presente caso extienden su aplicación a conductas difícilmente subsumibles en el precepto, imponiendo asimismo una pena desproporcionada en relación con la finalidad de garantizar la seguridad interior y exterior del Estado<sup>62</sup>, objetivo perseguido a través de la preservación del prestigio de la Monarquía y del honor de los miembros de la Familia Real. En conclusión, consideramos que la injerencia en el derecho a la libertad artística del cantante no era necesaria en una sociedad democrática como la española.

### **3.3 Libertad de expresión y delito de amenazas**

¿Es posible cometer un delito de amenazas a través de la difusión de canciones en *YouTube*? Esta es la cuestión que intentaremos resolver en el presente apartado. Para ello comenzaremos recordando el tipo penal aplicado al cantante. Así, el art. 169.2 CP prevé una pena de prisión de seis meses a dos años para el que amenace a otro con ocasionarle a él, a su familia o a otras personas íntimamente ligadas al mismo, un mal constitutivo de delito. Las amenazas suponen un ataque contra la «paz personal» del afectado<sup>63</sup>, quien, como resultado del mismo, podrá ver reducida su libertad de acción y decisión. La jurisprudencia, con ánimo de dilucidar el terreno de aplicación del presente delito respecto a los de otros tipos penales similares (véanse, por ejemplo, los delitos de coacción o detención ilegal), ha precisado que el bien jurídico protegido del delito de amenazas se halla en el «derecho al sosiego y a la tranquilidad y a no estar sometido a temores en el desarrollo normal y ordenado de su vida»<sup>64</sup>.

El delito de amenazas aparece configurado como un delito de mera actividad (en contraposición con los delitos de resultado), de lo que se deriva que su consumación se

---

<sup>61</sup> SSTEDH de 20 de noviembre de 2018, *caso Toranzo Gómez c. España*, § 62, de 13 de marzo de 2018, *caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, § 33; de 15 de marzo de 2011, *caso Otegui c. España*, § 55-56 y de 8 de julio de 1999, *caso Sürek c. Turquía*, § 62, entre otras.

<sup>62</sup> La pena impuesta por la comisión del delito de injurias a la Corona es de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

<sup>63</sup> Gonzalo Quintero Olivares, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 196.

<sup>64</sup> STS 399/2013, de 8 de mayo, FJ 3º.

producirá en el momento que el amenazado, destinatario del mensaje intimidatorio, tenga conocimiento del mismo. La doctrina ha sentado, sirviéndose de este primer pilar, la estructura del tipo objetivo en cuatro elementos: a) la existencia de un mal futuro e injusto; b) que tal mal sea concreto, creíble y posible; c) que su comisión dependa de la voluntad del amenazador; y, por último, d) que resulte objetivamente idóneo para turbar la «paz personal» del amenazado, con independencia del éxito de la amenaza<sup>65</sup>.

Según este último elemento, resulta irrelevante, a efectos de la aplicación del precepto, que el amenazador logre su propósito de amedrentar al destinatario del mensaje, bastando que la amenaza reúna la «entidad objetiva suficiente» como para alcanzar el efecto deseado en el amenazado<sup>66</sup>. La STS 609/2014, de 23 de septiembre, exige contextualizar las expresiones amenazantes y analizar el entorno concreto en que fueron proferidas, a fin de decidir si fueron idóneas para que su destinatario las percibiese como reales, esto es, «como manifestación de que su emisor quería amedrentarle, más allá de que se pudiese sentir más o menos atemorizado, o incluso nada atemorizado, por tales expresiones»<sup>67</sup>. La concurrencia del dolo no dependerá, por tanto, de la efectiva voluntad del amenazador de llevar a término su amenaza, sino de acreditar que conocía que tales expresiones contenían un carácter intimidatorio y que resultaban idóneas para causar temor o zozobra en su destinatario<sup>68</sup>.

En el supuesto aquí analizado, los hechos probados revelan que el afectado había denunciado en reiteradas ocasiones daños contra su patrimonio, así como diversos intentos de agresión contra su persona, siendo incluso advertido por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado del peligro que corría. De esta manera, si bien podemos coincidir con la defensa en que parte de las expresiones denunciadas son del todo inverosímiles e hiperbólicas (véase, por ejemplo, la frase «Jorge Campos merece una bomba de destrucción nuclear»), entendemos que otras, tales como «llegaremos a la nuez de tu cuello, cabrón» o «le arrancaré la arteria y todo lo que haga falta», pueden considerarse idóneas para aumentar la situación de intranquilidad que venía sufriendo el denunciante. Asimismo, rechazamos, a tenor de la doctrina jurisprudencial referida, la alegación de la defensa respecto a la ausencia de voluntad del cantante de causar cualquier daño físico al

---

<sup>65</sup> Gonzalo Quintero Olivares, op. cit., pág. 197.

<sup>66</sup> *Id.*

<sup>67</sup> STS 609/2014, de 23 de septiembre, FJ 6º.

<sup>68</sup> *Id.* FJ 5º.

afectado, pues, como se acaba de señalar, la conducta típica no exige que el acusado decida cumplir sus amenazas. En definitiva, consideramos que las expresiones del cantante no solo podrían sobrepasar los límites del derecho a la libertad artística, sino que podrían ser constitutivas de un delito de amenazas no condicionales (art. 169.2 CP).

#### **4. RECURSO DE AMPARO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA**

La CE encomienda al TC el conocimiento del recurso de amparo [arts. 53.2 y 161.1 b)], el cual se encuentra regulado en el Título III de la LOTC, así como en disposiciones legales complementarias y en Acuerdos del Pleno del Tribunal dictados al amparo del art. 2.2 LOTC.

Antes de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, el recurso de amparo podía definirse como la vía interna última del sistema de garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la CE. Sin embargo, a raíz de la modificación practicada por el legislador, en la que, con ánimo de reducir el número de recursos que accedían al TC, se intensifica la dimensión objetiva del recurso, esta definición ha terminado resultando incompleta. Actualmente, el recurso de amparo sirve como mecanismo de protección subjetiva de los derechos fundamentales, al tiempo que representa uno de los instrumentos al servicio del TC para ejercer su labor de máximo intérprete de la CE. De esta definición pueden extraerse, entre otras, las siguientes características.

La primera de ellas radica en la extraordinariedad del recurso, pues su objeto se encuentra limitado a la salvaguardia de determinados derechos y libertades, en concreto los que se encuentran en el art. 14, en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I y en el art. 30.2 CE (arts. 53.2 CE y 41.3 LOTC).

La segunda consiste en su carácter subsidiario. Los arts. 53.2 CE y 7.1 LOPJ atribuyen a los jueces y tribunales ordinarios la condición de «garantes naturales» de los derechos fundamentales<sup>69</sup>, situando como garante último de los mismos al TC. De esta forma, solo cuando se haya denunciado la vulneración de tales derechos ante la

---

<sup>69</sup> STC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 2º *apud* Pablo Pérez Tremps, *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas, Madrid, 2016, pág. 121.

jurisdicción ordinaria y se haya agotado la vía judicial previa sin lograrse la tutela solicitada [arts. 43.1 a) y 44 LOTC], podrá recurrirse en amparo ante el TC.

La última característica del recurso de amparo emana precisamente de su función como mecanismo interpretativo de la CE. Esta característica exige al recurrente que, además de exponer la lesión del derecho fundamental, justifique que el recurso tiene «especial transcendencia constitucional»<sup>70</sup>, so pena de ser inadmitido por defecto insubsanable<sup>71</sup>. A pesar de que el art. 50.1 b) LOTC reduce esta expresión a tres conceptos, estos son, la relevancia «para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales», el TC se ha visto obligado a elaborar, a consecuencia de la desorientación generalizada de los letrados en torno a la justificación del requisito, un listado de supuestos frecuentes de su concurrencia, precisando que el mismo no constituye en modo alguno un *numerus clausus*, sino que es susceptible de ser completado según la casuística que vaya conociendo el TC. En dicho listado aparecen, entre otros, los siguientes casos: una faceta nueva de un derecho fundamental sobre la que no existe doctrina constitucional; el cambio de doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados internacionales, etc.<sup>72</sup>

Una vez repasada la doctrina sobre el recurso de amparo, procedemos a detallar, sin perjuicio de las conclusiones recogidas en capítulos anteriores del trabajo, las razones que permitirían su interposición en el supuesto aquí estudiado.

Cuando hablábamos del problema jurídico del caso, apuntábamos que consistía en determinar si las letras del cantante podían guarecerse al calor del derecho a la libertad de expresión artística o si, por el contrario, debían quedar a la intemperie de la protección constitucional por rebasar los límites fijados por la jurisprudencia europea y constitucional para su legítimo ejercicio. Discutíamos, por tanto, acerca del contenido y límites del derecho fundamental a la libertad de expresión, en especial sobre la vertiente artística del mismo.

El derecho a la libertad de expresión, en tanto que constituye una garantía para la «formación y existencia de la opinión pública libre» y, por ende, para el correcto

---

<sup>70</sup> Pablo Pérez Tremps, *op. cit.*, pág. 121.

<sup>71</sup> ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 4º *apud* Pablo Pérez Tremps, *op. cit.*, pág. 136.

<sup>72</sup> STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2º.

funcionamiento del sistema democrático<sup>73</sup>, goza, al igual que el resto de los derechos fundamentales, de las garantías constitucionales más intensas: normativas (rigidez constitucional, vinculación a todos los poderes públicos, aplicación directa, reserva de ley orgánica: arts. 168, 53.1 y 81.1 CE, respectivamente), institucionales (Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal: arts. 54 y 124.1 CE) y, por último, jurisdiccionales (amparo ordinario y constitucional: art. 53.2 CE). Así, dado que el derecho a la libertad de expresión se encuentra en la lista de derechos susceptibles de ser recurridos en amparo, debe confirmarse la concurrencia del primer requisito para la presentación del citado recurso.

En relación con el carácter subsidiario del recurso de amparo, ha de recordarse que la defensa, una vez tuvo conocimiento de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la AN, interpuso un recurso de casación ante la Sala Segunda del TS, invocando, entre otros motivos, la vulneración de precepto constitucional, en concreto la del art. 20.1 CE. De esta forma, se ultimaron, en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 53.2 CE y 7.1 LOPJ, todos los recursos judiciales disponibles para lograr la reparación del derecho fundamental presuntamente lesionado. Sin embargo, el TS, lejos de postularse en contra de los razonamientos de la sentencia de instancia, confirmó la pena impuesta al cantante por la comisión de tres ilícitos penales y, por consiguiente, la presunta lesión del derecho fundamental. En suma, puede afirmarse, habida cuenta de que la vulneración del derecho trae causa de la primera sentencia y que, por tanto, resulta innecesaria la presentación del incidente de nulidad de actuaciones (art. 241.1 LOPJ)<sup>74</sup>, que la defensa agotó la vía judicial previa antes de recurrir en amparo.

Ahora bien, como se acaba de señalar, la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, introduce una nueva exigencia para la presentación del recurso de amparo: la justificación de la especial transcendencia constitucional. El recurrente deberá, además de razonar la vulneración de un derecho fundamental por parte de un poder público y acreditar el agotamiento de los recursos judiciales previos para lograr su reparación, convencer al TC de que dicha vulneración trasciende del caso concreto, lo que le permite ejercer su

---

<sup>73</sup> STC 159/1986, de 12 de diciembre.

<sup>74</sup> STC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2º. Este mecanismo procesal se reserva a aquellos casos en los que la vulneración del derecho fundamental (procesal o sustantivo) se produce en la última resolución que cierra la vía judicial (ordinaria y extraordinaria), y no antes.

función garantista de los derechos fundamentales a la vez que su labor hermenéutica de la CE<sup>75</sup>.

Centrándonos en nuestro caso, el TC inadmitió, a través de la PTC 1242/2018, de 19 de abril, el recurso de amparo presentado por el Sr. Arenas Beltrán, alias «Valtòny», por haber incurrido en el defecto insubsanable de no satisfacer «en modo alguno» la carga de justificar la especial transcendencia constitucional del recurso, añadiendo que la misma exige, a tenor de la jurisprudencia constitucional, una «argumentación específica»<sup>76</sup>. Dicho de otra forma, el TC no inadmitió el presente recurso por entender que, a pesar de los esfuerzos argumentativos de la parte recurrente, el asunto no presentaba, desde una perspectiva objetiva, el interés suficiente como para entrar a conocer del mismo, sino porque la parte recurrente no había cumplido la exigencia del art. 49.1 LOTC.

A la vista de estos hechos, surge inevitablemente el reto de justificar la especial transcendencia constitucional del recurso, reto que afrontaremos mediante la alegación de dos motivos: en primer lugar, la inexistencia de doctrina constitucional acerca del derecho a la libertad de expresión artística y el discurso del odio; y, en segundo lugar, la posible inobservancia por parte de los tribunales españoles de la reiterada jurisprudencia del TEDH sobre el delito de injurias a la Corona y la proporcionalidad de la injerencia del Estado en el derecho a la libertad de expresión de sus ciudadanos.

El TC ha configurado el derecho a la libertad de expresión como una garantía para la existencia de la «opinión pública libre», la cual constituye, como se ha venido sosteniendo, una «institución política fundamental» para «la efectiva consecución del pluralismo político como valor esencial del sistema democrático»<sup>77</sup>. Cuando hablamos del derecho a la libertad de expresión no solo debemos prestar atención a su naturaleza como derecho subjetivo de los ciudadanos a expresar y difundir libremente ideas o convicciones sin sufrir ninguna injerencia de las autoridades, sino también como una

---

<sup>75</sup> ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2º *apud* Pablo Pérez Tremps, *op. cit.*, págs. 136-137. Esta resolución aclara que «la carga de justificar la especial transcendencia constitucional [...] es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de derecho fundamental», advirtiendo asimismo que no corresponde al TC «reconstruir de oficio» el recurso cuando el demandante no argumenta la concurrencia de la especial transcendencia constitucional.

<sup>76</sup> PTC 1242/2018, de 19 de abril.

<sup>77</sup> Ana Isabel Berrocal Lanzarot, «El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 363-364.

garantía institucional, en tanto que representa uno de los pilares sobre los que se asienta nuestra democracia. Así, es importante subrayar la dimensión institucional de la libertad de expresión, pues en el momento en que se ejerce sobre «asuntos de interés general» (piénsese, por ejemplo, en la función constitucional del Jefe del Estado), alcanza una eficacia y protección superlativa frente a los derechos de la personalidad (art. 18.1 CE), en los que no existe esa dimensión garantizadora de la «opinión pública libre» y del «principio de legalidad democrática»<sup>78</sup>.

Algunos autores rechazan que esta dimensión institucional del derecho a la libertad de expresión, que justifica un tratamiento diferente al resto de derechos fundamentales, pueda extenderse a la libertad artística, al considerar que, si bien los ciudadanos contribuyen al enriquecimiento de la «opinión pública libre» mediante sus opiniones o juicios de valor, los artistas se limitan a buscar la «emoción estética»<sup>79</sup>. No obstante, esta teoría se ve matizada cuando la obra artística se inspira en la «crítica política», pues el artista no tiene como único objetivo agradar o impresionar al público-espectador con su arte, sino también alimentar la conciencia política de la sociedad. De esta forma, en estos casos la libertad artística gozaría, según esta teoría, de idéntica protección que la libertad de expresión<sup>80</sup>.

La libertad de expresión, a pesar de ser un derecho imprescindible para el buen funcionamiento de una sociedad democrática, carece de carácter absoluto, encontrando límites en aquellas manifestaciones que son constitutivas del discurso del odio<sup>81</sup>. En este sentido, la jurisprudencia europea insiste en que los tribunales nacionales están obligados a realizar un ejercicio de contextualización, valiéndose de una serie de elementos, para determinar si una expresión supone una incitación al odio: a) el contexto en el que se vierte el discurso fóbico; b) la capacidad del locutor para ejercer influencia sobre los demás; c) el medio utilizado; d) la naturaleza del lenguaje empleado; e) la naturaleza de la audiencia<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Ana Isabel Berrocal Lanzarot, *op. cit.*, pág. 365.

<sup>79</sup> Víctor Javier Vázquez Alonso, “Artistas abyectos y discurso de odio”, *Sobre la libertad de expresión y el discurso de odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, pág. 212.

<sup>80</sup> Víctor Javier Vázquez Alonso, *op. cit.*, pág. 212.

<sup>81</sup> La STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2º, señala que, si bien las expresiones más groseras son las que recaen sobre las condiciones culturales, étnicas, religiosas o sexuales de las personas, también forman parte del discurso del odio aquellas que persiguen la exclusión de la vida política, e incluso su eliminación física, de quienes no comparten la ideología de los intolerantes.

<sup>82</sup> STEDH de 17 de julio de 2018, *caso Mariya Alekhina y otras c. Rusia*, § 222.



En supuestos donde el medio empleado es el «arte musical», este ejercicio de contextualización presenta un mayor grado de complejidad, ya que exige, en primer lugar, la depuración del carácter ficticio de los mensajes del artista, para posteriormente resolver si los mismos resultan idóneos para causar un daño que sea merecedor de respuesta penal<sup>83</sup>. Por lo que respecta a la naturaleza del lenguaje, la labor de contextualización requerirá que la virulencia de las expresiones se ponga en relación con el «propio código artístico» del género musical empleado, esto es, el *rap*, que se caracteriza, desde sus inicios, por servir de altavoz de viejas y decisivas reivindicaciones de movimientos sociales, mediante la utilización de un lenguaje provocador, azorado, hiperbólico y, en muchas ocasiones, irracional. En esta línea, Vázquez Alonso ha llegado a preguntarse si es posible subsumir en la categoría del discurso del odio letras de canciones donde difícilmente puede apreciarse siquiera la propia existencia de «discurso», entendiéndose por éste un relato lógico, reflexivo y racional sobre un tema determinado<sup>84</sup>.

En relación con el segundo motivo, el TEDH ha ensalzado el derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH), conformándolo como «uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática»<sup>85</sup>, y aclarando que debe aplicarse no solamente a las ideas que resultan «inofensivas o irrelevantes», sino también, y especialmente, a aquellas que «ofenden, escandalizan o molestan»<sup>86</sup>. Respecto a la capacidad del Estado de limitar el ejercicio de este derecho, ha señalado que la injerencia solo estará justificada si se cumplen una serie de requisitos: 1) que la misma esté «prevista en la ley»; 2) que persiga uno o más objetivos legítimos previstos en el art. 10.2 CEDH (por ejemplo, la seguridad nacional, la protección de los derechos ajenos o la prevención del delito); y, por último, 3) que sea «necesaria en una sociedad democrática», esto es, que sea «proporcional» al bien jurídico que se pretende salvaguardar<sup>87</sup>.

En aplicación de estos principios, el TEDH ha advertido que «no es, en principio, conforme al espíritu del CEDH», la existencia de una ley especial en materia de insulto contra el Jefe del Estado, al considerar injustificable que se le conceda «un privilegio o una protección especial» frente al derecho de expresar opiniones que le afectan<sup>88</sup>. A pesar

---

<sup>83</sup> Víctor Javier Vázquez Alonso, *op. cit.*, pág. 223.

<sup>84</sup> Víctor Javier Vázquez Alonso, *op. cit.*, pág. 226.

<sup>85</sup> STEDH de 13 de marzo de 2018, *caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, § 30.

<sup>86</sup> STEDH de 17 de julio de 2018, *caso Mariya Alekhina y otras c. Rusia*, § 197.

<sup>87</sup> STEDH de 17 de julio de 2018, *caso Mariya Alekhina y otras c. Rusia*, § 199.

<sup>88</sup> STEDH de 15 de marzo de 2011, *caso Otegui c. España*, § 55-56.

de esta jurisprudencia del TEDH, que demanda, cuando menos, una interpretación restrictiva o escrupulosa del art. 490.3 CP, este delito ha sido aplicado en las últimas fechas con relativa asiduidad, poniéndose en entredicho el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, que exhorta a los tribunales nacionales a interpretar los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España, entre los que se encuentra el CEDH.

Por otra parte, el TEDH ha insistido en que «las formas de expresión pacífica o no violenta no deberían verse amenazadas por la imposición de penas privativas de libertad»<sup>89</sup>, para así evitar que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión pueda generar un efecto intimidatorio o disuasorio en su ejercicio. Es decir, se exige al juez nacional que, cuando concluya que existe un ejercicio transgresor del derecho y que las expresiones son constitutivas de delito, evalúe la proporcionalidad de la sanción penal. Esta exigencia, empero, no ha sido cumplida por todos los tribunales nacionales: así, si bien la SAN 5/2018, de 14 de septiembre, impone al autor de un delito de injurias contra la Corona el pago de una multa durante un periodo de doce meses<sup>90</sup>, la STS 79/2018, de 15 de febrero, desoye esta doctrina castigando con la pena de un año de prisión por el mismo delito<sup>91</sup>.

En resumen, la especial transcendencia constitucional del recurso radica en la necesidad de que el TC se pronuncie, en primer lugar, acerca de la naturaleza jurídica de la libertad artística, en concreto para aclarar si posee, al igual que el derecho a la libertad de expresión, esa dimensión institucional que justifica un tratamiento jurídico privilegiado frente al resto de derechos fundamentales; en segundo lugar, para concretar los parámetros constitucionales que deben seguir los tribunales españoles a fin de resolver cuándo una canción satírica se encuentra amparada por la libertad artística o resulta merecedora de reproche penal; en tercer lugar, para fijar, como máximo garante de la CE, una interpretación del art. 490.3 CP que, a la luz de la jurisprudencia europea, resulte plenamente respetuosa con el derecho a la libertad de expresión; y, por último, para actualizar su doctrina a la jurisprudencia del TEDH, la cual, como se acaba de exponer, establece la obligación de evaluar la proporcionalidad de la injerencia, especialmente en

---

<sup>89</sup> STEDH de 17 de julio de 2018, *caso Mariya Alekhina y otras c. Rusia*, § 227.

<sup>90</sup> SAN 5/2018, de 14 de septiembre.

<sup>91</sup> STS 79/2018, de 15 de febrero.

aquellos casos donde existe una «expresión pacífica o no violenta» y el ilícito penal aplicable lleva aparejada una pena de prisión.

## **5. DEMANDA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

El art. 19 CED establece un órgano de garantía similar a los que existen en otros tratados internacionales (véanse, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el Comité contra la Tortura de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), con el objetivo de reforzar la protección de los derechos y libertades previstos en el CEDH.

Desde el 1 de noviembre de 1988, fecha en que se produce la entrada en vigor del Protocolo nº 11, que reforma el mecanismo de control del CEDH y abroga las disposiciones del Protocolo nº 9, cualquier persona física o jurídica que se considere víctima de una violación del CEDH o de sus Protocolos, siempre que sea imputable a un Estado parte, tiene la posibilidad de presentar directamente una demanda individual ante el TEDH.<sup>92</sup> La demanda, que deberá ser redactada en el formulario facilitado por la Secretaría del TEDH, contendrá toda la información relativa al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y realizará una exposición «clara y concisa» de los hechos, de las vulneraciones del CEDH y de los argumentos jurídicos pertinentes (art. 47 del Reglamento de Procedimiento del TEDH).

Sin perjuicio de la extensa relación de condiciones de admisibilidad prevista en los arts. 34 y 35 CEDH, nuestro análisis se centrará en valorar la concurrencia, en el supuesto aquí analizado, de los siguientes requisitos: 1) la condición de «víctima» del demandante, de la que dependerá, como se expondrá más adelante, la legitimación necesaria para la interposición de la demanda (art. 34 CEDH); 2) el agotamiento de los recursos internos para lograr la reparación del derecho lesionado (art. 35.1 CEDH); 3) la presentación de la demanda en el plazo de seis meses a partir de la última decisión interna (art. 35.1 CEDH); 4) la ausencia de procedimiento, previo o simultáneo, con idéntico objeto ante otra «instancia internacional de investigación o arreglo» [art. 35. 2 b) CEDH].

---

<sup>92</sup> Francisco Sanz Gandasegui, *El sistema de protección de los Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pág. 92.

## 5.1 Legitimación

El TEDH ha realizado una interpretación flexible del concepto de «víctima», configurándolo de manera autónoma e independiente de las normas de Derecho interno, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y sin caer en un excesivo formalismo<sup>93</sup>.

En este sentido, la noción de «víctima» ha sido dividida en tres figuras: directa, indirecta y potencial. La primera de ellas podría definirse como aquella persona que se ve directamente afectada por el «el acto u omisión» al que se imputa la violación de uno o varios derechos del CEDH<sup>94</sup>, mientras que en la segunda se hallarían los familiares de los que reúnen la primera condición<sup>95</sup>. Asimismo, el TEDH reconoce, en la Sentencia de 29 de octubre de 1992, *caso Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda*, la figura de la «víctima potencial», atribuyendo tal condición a aquellas mujeres irlandesas que, estando en edad de procreación, se veían afectadas por las medidas restrictivas de acceso a la información sobre la interrupción voluntaria del embarazo<sup>96</sup>. El ciudadano que reúna la condición de víctima, ya sea directa, indirecta o potencial, tendrá legitimación activa para la presentación de la demanda, con independencia de su capacidad procesal en Derecho interno, su nacionalidad, su lugar de residencia, su estado civil o su capacidad jurídica<sup>97</sup>.

Por otra parte, la aplicación del denominado «principio de unicidad del Estado» hace que, en aquellos casos donde la violación del CEDH es imputable a una entidad local, provincial o autonómica, sea el Estado, como única parte del CEDH, el que ostente legitimación pasiva en el procedimiento<sup>98</sup>.

Aplicando esta doctrina al caso concreto, podemos afirmar, al margen de cualquier valoración sobre si existe o no violación del CEDH, que el demandante reúne la condición de «víctima directa» y que, por tanto, dispone de legitimación activa para la presentación de la demanda: así, el Sr. Arenas Beltrán fue condenado por los tribunales españoles a la pena de tres años y seis meses de prisión, al considerarse que las expresiones contenidas

---

<sup>93</sup> José Manuel López Ulla, “El 'derecho a la verdad' en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Persona y Derecho* 69, diciembre de 2013, pág. 152.

<sup>94</sup> Carmen Morte Gómez, *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág.186.

<sup>95</sup> José Manuel López Ulla, *op. cit.*, pág. 152.

<sup>96</sup> STEDH de 29 de octubre de 1992, *caso Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, § 44 *apud* Carmen Morte Gómez, *op. cit.*, pág. 186.

<sup>97</sup> Carmen Morte Gómez, *op. cit.*, pág. 188.

<sup>98</sup> Carmen Morte Gómez, *op. cit.*, págs. 188-189.

en sus canciones no solo no estaban amparadas por la libertad artística [arts. 20.1 b) CE y 10.1 CEDH], sino que, además, eran constitutivas de tres tipos penales.

De otro lado, la determinación de la parte pasiva del procedimiento presenta aún menos problemas, puesto que cualquier presunta vulneración de los derechos reconocidos por el CEDH que se impute a los órganos de la Administración de Justicia de un Estado miembro, atribuye automáticamente la condición de demandado a dicho Estado. Por consiguiente, será el Estado español el que ostente legitimación pasiva en el presente procedimiento.

## **5.2 Agotamiento de los recursos internos**

El CEDH condiciona la admisión a trámite de la demanda al agotamiento de los recursos internos (art. 35.1 CEDH). Esta condición se fundamenta en el carácter subsidiario del sistema de protección del CEDH. Los Estados deben tener la oportunidad, de acuerdo con el principio de subsidiariedad que rige en el Derecho internacional de los derechos humanos, de corregir la situación a nivel interno antes de responder por sus actos ante el TEDH. Esta norma de contención se supedita a la existencia de un sistema nacional de protección que deberá permitir a los ciudadanos denunciar, a través de los recursos internos correspondientes, la vulneración de los derechos que les asisten (art. 13 CEDH). En esta línea, el TEDH, en su Sentencia de 28 de julio de 1999, *caso Selmouni c. Francia*, hace hincapié en que «el mecanismo instaurado por el CEDH debe revestir un carácter subsidiario con respecto a los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos», añadiendo que «el agravio que se plantee ante el Tribunal debe haber sido antes sometido [...] ante las jurisdicciones nacionales apropiadas».

Este requisito no obliga a agotar todos los recursos del sistema interno de protección, sino solamente aquellos que estén «disponibles» y sean «adecuados» para alcanzar la reparación del derecho que se entiende lesionado<sup>99</sup>. Si el Estado demandando considera que este requisito de admisibilidad no ha sido respetado, podrá plantear, en el momento en que se le dé traslado de la demanda, la excepción por falta de agotamiento de los recursos internos. Por su parte, el TEDH valorará «de forma realista, no solo los recursos previstos en teoría en el sistema jurídico del Estado [...], sino también el contexto jurídico y político en el que se sitúan y la situación personal de los demandantes»,

---

<sup>99</sup> STEDH de 28 de julio de 1999, *caso Selmouni c. Francia*, § 75.

rechazándose, en consecuencia, que la norma de agotamiento de los recursos internos sea de «aplicación autónoma» o tenga «carácter absoluto»<sup>100</sup>.

Por lo que afecta al demandante español, si bien el sistema interno de protección ofrece el recurso de amparo como la vía interna última para lograr la reparación de un derecho fundamental presuntamente vulnerado, el recurrente podrá declinar dicha vía e interponer directamente la demanda ante el TEDH. Esta opción deberá ser valorada especialmente cuando se observe que, a pesar de existir una violación flagrante de un derecho fundamental y de las disposiciones del CEDH, el recurso carece de especial transcendencia constitucional al constar un pronunciamiento reciente del TC que sienta doctrina sobre esa misma cuestión. La interposición del recurso de amparo tendría, en este caso, un efecto dilatorio para el recurrente, pues el TC acabaría inadmitiéndolo por falta de especial transcendencia constitucional.

Al margen de este supuesto, el cumplimiento de este requisito implicará, con carácter general y siempre que la violación del CEDH coincida con la vulneración de un derecho susceptible de amparo constitucional, la previa interposición del recurso de amparo ante el TC con plena observancia de las disposiciones contenidas en la LOTC<sup>101</sup>. La inadmisión del recurso de amparo a causa de un defecto formal (falta de agotamiento de los recursos ordinarios, extemporaneidad, etc.) obligará al TEDH a inadmitir la demanda por este requisito. Con todo, conviene precisar que, si a pesar de la existencia de dicho defecto formal (por ejemplo, la extemporaneidad del recurso) el TC acaba dictando una resolución sobre el fondo del asunto, el TEDH podrá dar por cumplida la condición de admisibilidad del art. 35.1 CEDH y entrar a conocer del fondo de la demanda<sup>102</sup>.

Estos breves apuntes deben servir para preguntarnos si en nuestro caso, donde el TC ha inadmitido la demanda de amparo por «no haber[se] satisfecho, en modo alguno, la carga de justificar la especial transcendencia constitucional del recurso» (PTC 1242/2018, de 19 de abril), se cumple el requisito del agotamiento de los recursos internos. El recurrente de amparo posee la carga de argumentar expresamente la especial transcendencia constitucional de su recurso, sin que el TC pueda remplazarlo en su labor

---

<sup>100</sup> STEDH de 28 de julio de 1999, *caso Selmouni c. Francia*, § 77.

<sup>101</sup> Francisco Sanz Gandasegui, *op. cit.*, pág. 108.

<sup>102</sup> Carmen Morte Gómez, *op. cit.*, pág. 133.

y proceder a «reconstruir[lo] de oficio» (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 4º)<sup>103</sup>. Así pues, el incumplimiento del deber de justificar la especial transcendencia constitucional supone la inadmisión del recurso al tiempo que arrebató al TC la posibilidad de ejercer su función protectora de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este sentido, pudiera sostenerse que la admisión a trámite de la presente demanda por el TEDH pondría en entredicho la observancia del carácter subsidiario del sistema de protección del CEDH (STEDH de 28 de julio de 1999, *caso Selmouni c. Francia*), en tanto que el TC, que se encuentra en el vértice de la pirámide de protección de los derechos fundamentales, se habría visto privado de la posibilidad de valorar y, en su caso, estimar la lesión del derecho, a causa del incumplimiento del demandante de las disposiciones legales que fijan la forma de presentación del recurso de amparo (en concreto, el art. 49.1 LOTC).

Sin embargo, el TEDH ha venido admitiendo a trámite aquellos recursos que fueron previamente inadmitidos por el TC con motivo de la falta de justificación de la especial transcendencia constitucional (SSTEDH de 8 de octubre de 2013, *caso Román Zurdo y otros c. España*; 12 de noviembre de 2013, *caso Sainz Casla c. España*)<sup>104</sup>, anteponiendo así el principio antiformalista, que inspira el trámite de admisión de las demandas, al carácter subsidiario del sistema de protección del CEDH. En definitiva, la respuesta a la pregunta formulada dependerá del resultado de la ponderación que se realice entre los principios antiformalista y de subsidiariedad, si bien, a tenor de la jurisprudencia del TEDH, parece haber tomado ventaja el primero de ellos.

### **5.3 Plazo para la presentación de la demanda**

El art. 35.1 CEDH concede al demandante un plazo de seis meses para la interposición de la demanda ante el TEDH, plazo que empezará a correr a partir de la fecha de notificación de la última resolución interna. Este requisito, que ofrece un tiempo prudencial para la elaboración y presentación de la demanda y que garantiza la seguridad

---

<sup>103</sup> Pablo Pérez Tremps, *op. cit.*, págs. 136-137.

<sup>104</sup> Celia Moliner Vicente, “Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con España en 2013”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 30, Madrid, 2014, págs. 320-321.

jurídica de las decisiones adoptadas por los tribunales internos, será examinado, a diferencia del previsto en el apartado anterior, de oficio por el TEDH<sup>105</sup>.

Respecto a las providencias de inadmisión del TC, el TEDH ha fijado el *dies a quo* del plazo para la presentación de la demanda en la fecha de notificación de la resolución por la que se inadmite el recurso de amparo, y no en el día en que se da traslado de la diligencia que rechaza la interposición del recurso de súplica por el Ministerio Fiscal<sup>106</sup>.

En nuestro caso, la PTC 1242/2018, de 19 de abril, que inadmite el recurso de amparo presentado por el Sr. Arenas Beltrán, fue notificada, según declaraciones del propio recurrente, el 11 de mayo de 2018<sup>107</sup>, mientras que la demanda ante el TEDH fue registrada el día 30 de octubre del mismo año<sup>108</sup>. Por consiguiente, se cumple el plazo de seis meses previsto en el art. 35.1 CEDH.

#### **5.4 Demanda ante otra «instancia internacional de investigación o arreglo»**

El art. 35.2 b) CEDH prescribe la inadmisión de las demandas cuyo objeto coincida íntegramente -mismos demandantes, mismos hechos y mismas lesiones- con recursos ya presentados ante otras instancias internacionales de investigación o arreglo, a excepción de que contengan «hechos nuevos». Esta disposición tiene como finalidad impedir que exista una pluralidad de procedimientos internacionales sobre un mismo caso y que puedan dictarse resoluciones contradictorias. Ahora bien, ¿qué debemos entender por «instancia internacional de investigación o arreglo»? Según la jurisprudencia del TEDH, esta expresión engloba a las «instituciones y procedimientos creados por los Estados» (por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas), y deja al margen a «organismos, instituciones o procedimientos no gubernamentales» (véase, el Comité de Derechos Humanos de la Unión Interparlamentaria)<sup>109</sup>.

Por otra parte, el TEDH ha rechazado que tengan la consideración de «hechos nuevos», a los efectos de habilitar la interposición de una nueva demanda ante el TEDH,

---

<sup>105</sup> Carmen Morte Gómez, *op. cit.*, pág. 145.

<sup>106</sup> Carmen Morte Gómez, *op. cit.*, pág. 147.

<sup>107</sup> Jesús Navarro, “El Constitucional deniega el amparo a Valtonyc, que ingresará en prisión”, *El País*, Palma, mayo de 2018, [https://cadenaser.com/emisora/2018/05/11/radio\\_mallorca/1526056555\\_139693.html](https://cadenaser.com/emisora/2018/05/11/radio_mallorca/1526056555_139693.html).

<sup>108</sup> Agencia EFE, “Valtonyc denuncia a España ante el TEDH por falta de libertad de expresión”, noviembre de 2018, <https://www.efe.com/efe/espana/politica/valtonyc-denuncia-a-espana-ante-el-tedh-por-falta-de-libertad-expresion/10002-3812576>.

<sup>109</sup> Carmen Morte Gómez, *op. cit.*, págs. 212-213.



aquellos hechos o fundamentos jurídicos que, pudiendo haber sido relatados o alegados en el momento en que se presentó la demanda, fueron omitidos<sup>110</sup>.

En lo que respecta al supuesto aquí examinado, no parece que exista ningún motivo para oponerse al cumplimiento del requisito, pues no consta que el demandante haya incoado un nuevo procedimiento sobre el mismo objeto ante otra instancia internacional de investigación o arreglo.

En definitiva, la demanda parece reunir todos los requisitos para que el TEDH la admita a trámite y se pronuncie acerca de si la injerencia en el derecho a la libertad artística del cantante se ajusta al CEDH o si, por el contrario, constituye una violación del art. 10 CEDH.

---

<sup>110</sup> Carmen Morte Gómez, *op. cit.*, pág. 215.

## CONCLUSIONES

La realización de este trabajo nos ha permitido cortar el «nudo gordiano» que presentábamos al inicio del mismo: el derecho a la libertad artística no tiene un alcance absoluto. Esta conclusión no impide reconocer el carácter «indomable» del artista, quien, a través de sus obras, tratará de estimular, valiéndose de instrumentos como la profanación, la obscenidad o la vulgaridad, el pensamiento crítico del ciudadano, cuestionando aquellos tabúes como la religión, la moral o el buen gusto, que condicionan el comportamiento de la sociedad.

Ahora bien, el arte no solo tiene una finalidad iconoclasta o precursora de nuevos movimientos políticos, sociales o económicos, sino también una función canalizadora del malestar de ciertos sectores de la sociedad. La emersión de la música *punk* es un ejemplo de esta segunda función. La crisis del petróleo de 1973, que golpeó a los barrios más humildes de Inglaterra, hizo que los jóvenes del momento, ante la institucionalización de otros géneros musicales como el *rock* tradicional, el *jazz* o el *blues*, decidieran refugiarse en la música *punk*. Este género musical vehiculó las protestas juveniles por la difícil situación que atravesaba el país: altas tasas de desempleo, desigualdad de oportunidades y falta de justicia social.

Cuatro décadas después, estos mismos factores parecen haber inspirado las letras de las canciones aquí analizadas. El cantante bebe del malestar de ciertos sectores de la sociedad española para transmitir, a través de un lenguaje provocador, propio del género musical empleado, una retahíla de expresiones contra la Familia Real, la clase política española y las víctimas del terrorismo.

Estas expresiones requieren un análisis escalonado por parte de los tribunales. Así, en primer lugar, deberán resolver si, a la luz del carácter «indomable» del artista y del importante papel que juega en la formación de la opinión pública, así como de la jurisprudencia europea y constitucional sobre el contenido y los límites del derecho a la libertad de expresión, las expresiones deben gozar de protección constitucional. Practicada esta primera operación, el tribunal entrará a valorar, en su caso, si las canciones del artista, que no disfrutaban del amparo del derecho a la libertad artística, resultan además merecedoras de una sanción penal. Esta segunda operación, que se inspira en el principio de subsidiariedad del Derecho penal, exigirá la previa depuración del carácter ficticio o

figurado de las opiniones del cantante para después determinar, con arreglo a la doctrina jurisprudencial sobre la norma penal aplicable, si las expresiones del artista lesionan un bien jurídico penalmente protegido.

Si finalmente los tribunales resuelven que el artista ha disfrazado de canciones sus opiniones injuriosas y que se ha escudado en el derecho a la libertad artística para lesionar impunemente otros bienes jurídicos, la sanción deberá ser, en todo caso, proporcional. En este sentido se ha pronunciado el TEDH, quien, en su Sentencia de 17 de julio de 2018, *caso Mariya Alekhina y otras c. Rusia*, se ha mostrado desfavorable a que las «formas de expresión pacíficas o no violentas» se vean amenazadas por la imposición de penas de privación de libertad.

Esta jurisprudencia del TEDH distingue el contenido de las expresiones de la forma concreta en que sean expresadas, señalando que solo cuando el ciudadano manifieste su opinión a través de vías «violentas o no pacíficas», la imposición de la pena de prisión estará justificada. En el supuesto aquí estudiado, si bien el cantante lanza improperios y amenazas contra determinados personajes de la vida pública, que en modo alguno pueden encontrar amparo en la libertad de expresión artística, no puede afirmarse que realice un ejercicio «violento o no pacífico» del derecho que justifique la imposición de una pena de privación de libertad.

Esta interpretación de la jurisprudencia del TEDH evitará, en palabras del viejo proverbio popular, «tirar al niño con el agua sucia de la bañera» o, dicho de otra manera, que respuestas desproporcionadas generen un efecto disuasorio o intimidatorio en el ejercicio del derecho a la libertad artística e instalen un clima de autocensura entre los artistas que impida el enriquecimiento de la opinión pública, condición indispensable para el buen funcionamiento de una sociedad democrática.

## BIBLIOGRAFÍA

Julio Banacloche Palao y Jesús Zarzalejos Nieto, *Aspectos Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, La Ley, Madrid, 2015.

Jesús Bernal del Castillo, “Enaltecimiento del terrorismo y la humillación de las víctimas como formas del 'discurso del odio’”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 16, julio de 2016, págs. 13-44.

Ana Isabel Berrocal Lanzarot, “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Dykinson, , Madrid, 2010, págs. 358-396.

Juan Manuel Fernández Martínez: “Enaltecimiento del terrorismo”, *Revista Aranzadi Doctrina* 10, octubre de 2010, págs. 37-44.

Enric Fossas Espadaler, “Legislador y derecho fundamental al juez legal”, *Revista para el análisis del Derecho* 2, Barcelona, abril de 2016.

José Manuel López Ulla, “El 'derecho a la verdad' en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Persona y Derecho* 69, diciembre de 2013, págs. 127-164.

Celia Moliner Vicente, “Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con España en 2013”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 30, Madrid, 2014, págs. 305-330.

Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Carmen Morte Gómez, *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Javier Muñoz Cuesta, “Interpretación del enaltecimiento del terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541, de 18 de marzo”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 28, octubre de 2017, págs. 41-48.

Pablo Pérez Tremps, *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas, Madrid, 2016.

Gonzalo Quintero Olivares, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

Teresa Rodríguez Montañés, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Francisco Sanz Gandasegui, *El sistema de protección de los Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

Víctor Javier Vázquez Alonso, “Artistas abyectos y discurso de odio”, *Sobre la libertad de expresión y el discurso de odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, págs. 211-230.

## LEGISLACIÓN

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Publicada en: «BOE» núm. 260, de 17 de septiembre de 1882).

Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, modificado por los Protocolos nos. 11 y 14 y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12, 13 y 16.

Constitución Española (Publicada en: «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424).

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (Publicada en «BOE» núm. 239, de 5 de octubre de 1979).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Publicada en «BOE» núm. 157, de 2 de julio de/1985).

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Publicada en: «BOE» núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, páginas 41842 a 41875).

Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Convenio nº 196 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (Publicada en «BOE» núm. 125, de 25 de mayo de 2007, páginas 22541 a 22547)

Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (Publicada en: «BOE» núm. 229, de 23 de septiembre de 2011, páginas 100566 a 100592).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Publicada en: «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (Publicada en «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90220 a 90239).

Directiva de la Unión Europea 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

## JURISPRUDENCIA

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de octubre de 1992, *caso Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 1999, *caso Sürek c. Turquía*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de julio de 1999, *caso Selmouni c. Francia*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 2003, *caso Müslim c. Turquía*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de julio de 2009, *caso Féret c. Bélgica*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2011, *caso Otegui c. España*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de octubre de 2013, *caso Román Zurdo y otros c. España*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de noviembre de 2013, *caso Sainz Casla c. España*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de marzo de 2018, *caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de julio de 2018, *caso Mariya Alekhina y otras c. Rusia*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2018, *caso Toranzo Gómez c. España*.

### **Tribunal Constitucional**

Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1983, de 31 de mayo de 1983. Publicada en: BOE núm. 144, de 17 de junio de 1983.

Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1984, de 8 de noviembre de 1984. Publicada en: BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1984.

Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1985, de 10 de abril. Publicada en: BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985.

Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1986, de 12 de diciembre de 1986. Publicada en: BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1986.

Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1987, 27 de febrero de 1987. Publicada en: BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre de 1987. Publicada en: BOE núm. 7, de 08 de enero de 1988.

Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988, de 5 de julio de 1988. Publicada en: BOE núm. 152, de 25 de junio de 1988.

Sentencia del Tribunal Constitucional 106/1989, de 8 de junio de 1989. Publicada en: BOE núm. 158, de 04 de julio de 1989.

Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2004, de 2 de noviembre de 2004. Publicada en: BOE núm. 290, de 02 de diciembre de 2004.

Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre de 2007. Publicada en: BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007.

Auto del Tribunal Constitucional 188/2008, de 21 de julio de 2008. Publicado en: BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, de 25 de junio de 2009. Publicada en: BOE núm. 181, de 28 de julio de 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre de 2013. Publicada en: BOE núm. 267, de 07 de noviembre de 2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional 216/2013, de 19 de diciembre de 2013. Publicada en: BOE núm. 15, de 17 de enero de 2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, de 22 de julio de 2015. Publicada en: BOE núm. 200, de 21 de agosto de 2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016, de 20 de junio de 2016. Publicada en: BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016.

Providencia del Tribunal Constitucional 1242/2018, de 19 de abril de 2018.

### **Tribunal Supremo**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 149/2007, de 26 de febrero de 2007. Ponente: Joaquín Delgado García. Id. Cendoj: 28079120012007100240.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 656/2007, de 17 de julio 2007. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Id. Cendoj: 2807912001200710061.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 539/2008, de 23 de septiembre de 2008. Ponente: José Ramón Soriano Soriano. Id. Cendoj: 28079120012008100557.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 111/2010, de 24 de febrero de 2010. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. Id. Cendoj: 28079120012010200174.



Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 812/2011, 21 de julio de 2011. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Id. Cendoj: 28079120012011100802.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 752/2012, de 3 de octubre de 2012. Ponente: Juan Saavedra Ruiz. Id. Cendoj: 28079120012012100756.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 399/2013, de 8 de mayo de 2013. Ponente: Manuel Marchena Gómez. Id. Cendoj: 28079120012013100409.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 609/2014, de 23 de septiembre de 2014. Ponente: Antonio del Moral García. Id. Cendoj: 28079120012014100636.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 106/2015, de 19 de febrero de 2015. Ponente: Joaquín Jiménez García. Id. Cendoj: 28079120012015100096.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 4/2017, de 18 de enero de 2017. Ponente: Manuel Marchena Gómez. Id. Cendoj: 28079120012017100004.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 378/2017, de 25 de mayo de 2017. Ponente: Luciano Varela Castro. Id. Cendoj: 28079120012017100391.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 606/2017, de 7 de septiembre de 2017. Ponente: Pablo Llarena Conde. Id. Cendoj: 28079120012017100624.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 70/2018, de 8 de febrero de 2018. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. Id. Cendoj: 28079120012018100059.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 79/2018, de 15 de febrero de 2018. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. Id. Cendoj: 28079120012018100069.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 95/2018, de 26 de febrero de 2018. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. Id. Cendoj: 28079120012018100083.

### **Audiencia Nacional**

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) 5/2008, de 5 de diciembre de 2008. Ponente: Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez. Id. Cendoj: 28079220012008100002.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) 29/2016, de 28 de noviembre de 2016. Ponente: Juan Pablo González González. Id. Cendoj: 28079220022016100039

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) 4/2017, de 21 de febrero de 2017. Ponente: Félix Alfonso Guevara Marcos. Id. Cendoj: 28079220032017100002.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) 3/2018, de 3 de marzo de 2018. Ponente: Eloy Velasco Núñez. Id. Cendoj: 28079220642018100003.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) 5/2018, de 14 de septiembre de 2018. Ponente: Eloy Velasco Núñez. Id. Cendoj: 28079220642018100009.

## OTRAS FUENTES CONSULTADAS

Agencia EFE, “Valtonyc denuncia a España ante el TEDH por falta de libertad de expresión”, noviembre de 2018, <https://www.efe.com/efe/espana/politica/valtonyc-denuncia-a-espana-ante-el-tedh-por-falta-de-libertad-expresion/10002-3812576>.

Rogelio Alonso Pascual, Florencio Domínguez Iribarren y Marcos García Rey, *Vidas rotas*, Espasa, Madrid, 2010.

Defensor del Pueblo, *Los derechos de las víctimas de ETA*, Madrid, noviembre de 2016.

Jesús Navarro, “El Constitucional deniega el amparo a Valtonyc, que ingresará en prisión”, *El País*, Palma, mayo de 2018, [https://cadenaser.com/emisora/2018/05/11/radio\\_mallorca/1526056555\\_139693.html](https://cadenaser.com/emisora/2018/05/11/radio_mallorca/1526056555_139693.html).