



FACULTAD DE CC. Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

Grado en Derecho

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INJURIAS AL REY
¿ES RAZONABLE MANTENER EL VIGENTE TIPO
PENAL?**

Autora: Erika Garcimartín Hernández

Curso 2018/2019

TUTOR: Francisco Javier Matía Portilla

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre el eventual conflicto de la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, como es en concreto, el honor del Jefe de Estado. Partiremos de casos jurisprudenciales españoles muy polémicos que llegaron hasta el Tribunal Europeo de Derechos humanos. Analizaremos la amplitud y los límites del derecho a la libertad de expresión en el derecho europeo continental y en el derecho anglosajón, desde el punto de vista teórico y práctico. Terminaremos respondiendo a la siguiente pregunta ¿es razonable el mantenimiento del tipo penal de injurias al Rey en el Código Penal español?

ABSTRACT

This work is going to study the right to freedom of expression in conflict with others fundamental rights, like honour rights, when this refers to the head of state. There are considered to analyse the conflict jurisprudence from Spanish nacional courts that ended at the European Court Of Human Rights. There will be treated the extent and limits of the right to freedom of expression in de European continental law and in de English law, attending to the practical and theoretical point of view. The target of this work is answering the question: is rational the maintenance of the penal type that refer to insults concerning to the king in the Spanish penal code?

PALABRAS CLAVE / KEY WORDS

Libertad de expresión, injurias al Rey, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, honor, dignidad, límites, discurso del odio.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	Pág.5
2. EL CASO STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA CONTRA ESPAÑA.	
2.1. Tribunal Constitucional.....	Pág. 8
2.1.1. <i>La opinión del pleno</i>	Pág. 8
2.1.2. <i>Los votos particulares</i>	Pág. 11
2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	Pág. 14
2.2.1. <i>¿Fue legítimo quemar la foto del Rey?</i>	Pág. 14
2.2.2. <i>El caso Otegi Mondragón</i>	Pág. 16
3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	Pág. 19
3.1. Concepto y reconocimiento internacional.....	Pág. 19
3.1.1. <i>Declaración Universal de los Derechos Humanos</i>	Pág. 20
3.1.2. <i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>	Pág. 21
3.2. Las distintas concepciones de la libertad de expresión.....	Pág. 22
3.2.1. <i>Libertad de expresión en el derecho anglosajón. Consideración en Estados Unidos</i>	Pág. 22
3.2.1.1. Defensores de la libertad de expresión.....	Pág. 22
3.2.1.2. Límites en Estados Unidos.....	Pág. 27
3.2.1.3. Sobre la bandera estadounidense.....	Pág. 29
3.2.2. <i>Libertad de expresión en el derecho continental. La Europa de los límites</i>	Pág. 31
3.3. La libertad de expresión en España: doctrina y jurisprudencia.....	Pág. 34
4. LAS INJURIAS AL REY	Pág. 40
4.1. Tipificación penal y análisis del tipo.....	Pág. 40
4.1.1. Derecho comparado.....	Pág. 40
4.1.2. Evolución histórica.....	Pág. 40
4.1.3. Actualidad.....	Pág. 42
4.2. ¿Es razonable el mantenimiento del delito de injurias al Rey?.....	Pág. 43
5. CONCLUSIONES	Pág. 47
BIBLIOGRAFÍA	Pág. 51

1. INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión es un derecho fundamental de las democracias actuales, reconocido tanto a nivel nacional como internacional. Sin el derecho a la libertad de expresión, la propia democracia carecería de sentido, pues no se podrían lograr ni el pluralismo político ni la formación de una opinión pública libre, además del pleno desarrollo de la personalidad de cada uno. Todo el mundo debe tener derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, en ocasiones este derecho colisiona con otros de gran importancia, que también se configuran como fundamentales, como pueden ser la intimidad o el honor. Resulta preciso conciliar entonces estos derechos, a la libertad de expresión y, en lo que interesa en el presente trabajo, al honor.

El conflicto se complica aún más cuando la persona a la que se trata de proteger en su honor es el propio Rey de un Estado. Además del margen de crítica a la que un personaje político-público está expuesto, el cual es mucho mayor, es cuestión controvertida hoy en día el hecho de si el honor del Monarca debe seguir prevaleciendo sobre el derecho a la libertad de expresión.

Este trabajo se encargará de analizar las posibles limitaciones que se pueden dar ante el derecho de libertad de expresión, cuando debe prevalecer y cuando debe restringirse, y sobre todo, se tratará una cuestión fundamental ¿Es razonable el mantenimiento del delito de injurias a la Corona en el ordenamiento jurídico español? Todo ello teniendo en cuenta la visión estadounidense sobre este derecho, que se sitúa, para los norteamericanos, en una posición especialmente preferente.

2. EL CASO STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA CONTRA ESPAÑA

La preocupación en el campo del Derecho sobre la libertad de expresión y sus límites es constante desde hace más de un siglo. Es más, hoy en día es una cuestión fundamental en una sociedad democrática como la nuestra, la cual está repleta de medios de comunicación de masas, mecanismo principal a través del cual se expresan ideas y se ejercita este derecho que, en nuestra Constitución se reconoce como fundamental, y que es indispensable para la formación de una opinión pública libre. La censura es parte del pasado en países como el nuestro.

Parecía que esta problemática (la libertad de expresión y sus límites) había pasado en nuestro país a un segundo plano. La sociedad tenía en frente problemas más candentes (la crisis económica, y de forma casi simultánea la corrupción política), pero en los últimos años una multitud de casos polémicos y chirriantes acerca de la discusión de los límites de la libertad de expresión han irrumpido como noticia de gran interés entre la población, como es el caso de Cassandra, Valtonyc, y por supuesto, la quema de fotos de los Reyes de España. Y aún más se ha encendido el debate tras la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual representa la máxima autoridad judicial para la protección y garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en el ámbito del Consejo de Europa.

El Tribunal de Estrasburgo ha venido matizando¹ la posición de nuestro Tribunal Constitucional, en casos como el de Otegi contra España, o en el que a continuación vamos a tratar, que es el caso Stern Taulats y Roura Capellera, sobre la quema de fotos de los Reyes de España. El análisis de este caso será el punto de partida del presente trabajo, para poder ver la actuación reciente de los tribunales, y después, en posteriores epígrafes, diseccionar el alcance de este derecho y su eventual contraste con el honor de la Corona y examinar si nuestra legislación actual en esta materia es la más adecuada.

Centrándonos ya en el mencionado asunto Stern Taulats y Roura Capellera, es preciso recordar brevemente los hechos, que tuvieron lugar en el mes de septiembre de 2007. Con ocasión de una visita institucional de Don Juan Carlos I y Doña Sofía a la localidad de Gerona

¹ El artículo 46 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales dispone en su apartado primero que “las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”, y puntualiza en su apartado segundo que “la sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”.

se organizó en esta localidad una concentración ciudadana con la finalidad de protestar contra la institución monárquica y la independencia de Cataluña, como quedó reflejado en pancartas con lemas como “300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española”. En el contexto de esta concentración Enric Stern Taulats y Jaume Roura Capellera, procedieron a colocar boca abajo una fotografía de gran tamaño de los Reyes de España, la rociaron con un líquido inflamable y la prendieron fuego. Ambos individuos llevaban la cara tapada, y una vez realizada la actuación descrita, se intentaron disolver entre la multitud, si bien, la policía logró identificarlos.

El Ministerio Fiscal, con base en esta actuación de los dos individuos, procedió a ejercitar acciones penales contra ambos, acusándoles de un delito de injurias a la Corona tipificado en el art. 490.3 del Código Penal². El Juzgado Central de lo Penal³ condenó a los dos activistas con la pena de 15 meses de prisión, sustituida por multa de 30 meses con una cuota diaria de 3 euros. En total 2.700 € para cada de ellos. El Juzgado tuvo en cuenta la agravante por disfraz (art. 22.2 CP), porque esconder su rostro favorece la comisión del delito y la impunidad de sus autores.

Los condenados interpusieron recurso de apelación contra la Sentencia condenatoria ante la Audiencia Nacional, en base a diversos argumentos. Afirman en su recurso que la libertad de expresión es básica en un Estado democrático y de derecho, y los márgenes de esta reflejan la salud de la democracia en un país. Recuerdan, por otra parte, que la Corona es una institución político-pública, lo que hace que su protección frente a la crítica disminuya considerablemente hasta ser casi inexistente.

La Audiencia Nacional⁴ reafirmó la condena impuesta por el Juzgado Central de lo Penal, con el fundamento que ya el Juzgado había manifestado: el significado de menosprecio y el ánimo injurioso de tal expresión, la cual no guarda interés público y es totalmente innecesaria a la hora de mostrar su opinión contraria a la monarquía. Declara que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y que caben límites como son el insulto o las expresiones innecesariamente injuriosas.

² “El que calumniare o injuriare 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 algún 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son”.

³ Sentencia JCP 66/2007 de 22 de noviembre.

⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional 1/2009 de 18 de mayo.

Llega entonces el momento en el que se interpone recurso de amparo al Tribunal Constitucional, en el que los condenados alegan la vulneración de sus derechos de libertad de expresión y de libertad ideológica. Fue entonces el turno del Alto Tribunal para dar a conocer, como ya había hecho en anteriores casos, su criterio. La Sala Primera admite a trámite el recurso en 2010, siendo en 2011 la causa asumida por el Pleno que, finalmente, dictó la Sentencia 175/2015⁵, de 22 de julio, que contó con diversos votos particulares. Examinaremos a continuación la posición de la mayoría y las opiniones discrepantes.

2.1. El Tribunal Constitucional

2.1.1. La opinión mayoritaria

La mayoría de los Magistrados que integran el Pleno del Alto Tribunal optará por desestimar el amparo solicitado por los recurrentes, con base a diversos argumentos que vamos a examinar a continuación.

En primer lugar, el Pleno del Tribunal Constitucional, situándose en la línea de su propia jurisprudencia (por ejemplo, en la STC 6/1981 de 16 de marzo, o la STC 41/2001 de 11 de abril), comienza proclamando la gran importancia de la libertad de expresión, como base de las sociedades democráticas y los Estados de Derecho, pues asegura la formación de una opinión pública libre y la defensa del pluralismo, valor superior de todo sistema democrático.

En efecto, el Estado democrático es, por definición, un sistema plural que tolera la existencia de diferentes posiciones o ideas, necesarias para el libre desarrollo del individuo y para el propio sistema en su conjunto. Es por esto que el margen que se le debe conceder a tal derecho, reconocido en nuestra Constitución como fundamental en el art. 20.1⁶, debe ser lo más amplio y permisivo posible, amparándose en el marco de la libre de expresión tanto las manifestaciones inofensivas, como las críticas que puedan herir, molestar o perturbar al receptor.

Sin embargo, una vez reconocida la importancia indiscutible de tal derecho, el Tribunal Constitucional sostiene que no es un derecho absoluto, sino que puede verse sometido a límites justificados. Así, por ejemplo, no resulta amparable en ningún caso ni el insulto ni la

⁵ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-9390>.

⁶ Art. 20.1 CE: "Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción."

utilización de expresiones innecesarias para manifestar una opinión que sean especialmente vejatorias o injuriosas, o que alteren el orden público, así como la seguridad nacional. Además, y de forma indudable, quedan también fuera del campo de la libertad de expresión aquellas manifestaciones que promuevan o inciten al odio o a la violencia.

Resulta complicado, en todo caso, ponderar los conflictos que puedan producirse entre este derecho a la libertad de expresión y otros derechos fundamentales como son la intimidad o el honor, de forma destacada⁷. Interesa en el contexto del presente estudio centrar la mirada en la tensión existente entre la libertad de expresión y el derecho al honor, que también se reconoce y garantiza en el art. 18.1 de la Constitución de 1978.

Centrándose en el asunto examinado el Tribunal Constitucional recuerda que el precepto penal aplicado a los recurrentes se incluye en los referidos a los delitos contra la Corona. Estos delitos protegen la propia institución monárquica y, a su través, el mantenimiento del Estado constitucional y el orden político. Pero también preservan otro bien jurídico, que es la dignidad y el honor de la propia persona del Monarca. Es en base a esta explicación como el Tribunal Constitucional argumenta la defensa y protección específica de la Corona, situándola en un tipo penal propio dentro de nuestro Código, que más adelante en el presente trabajo será tratado. Todo ello no va a significar de ninguna manera que el Rey y la Monarquía no sean figuras perfectamente criticables y objeto de diversas opiniones, siempre que dicha censura se haga dentro de los límites que ya se han señalado con anterioridad.

En el presente caso, los Magistrados del Alto Tribunal que conforma la opinión mayoritaria en esta Sentencia vienen a puntualizar varias cosas. En primer lugar, que la expresión admite diversas formas de exteriorización. Lo más habitual es que sea verbal, pero puede ser, como ocurre en el presente caso, a través de lo que en inglés se denomina “expressive conduct” y “symbolic speech”⁸. En segundo lugar, en la línea de lo que hemos empezado a adelantar en el párrafo anterior, que la crítica ciudadana a cargos públicos e instituciones forma parte de la participación política de la población, y por tanto debe permitirse, siempre y cuando no sea manifiestamente innecesaria para transmitir un parecer y además sea claramente vejatoria, o incluso incite al odio o a la violencia, y por tanto no se merezca la protección constitucional que brinda este derecho.

⁷ El constituyente es consciente de la tensión existente entre estos derechos fundamentales, como lo acredita el artículo 20.4 CE.

⁸ Traducido: “conductas expresivas” y “discurso simbólico”.

Todos estos límites fueron apreciados en este caso por los Magistrados. La conducta fue considerada injuriosa y vejatoria, y además innecesaria, pues podrían los recurrentes haber manifestado sus ideas contrarias a la Monarquía española como lo hicieron el resto de asistentes a la concentración, que sí se encontraban dentro de los límites a la libertad de expresión. Pero no termina aquí la argumentación del Tribunal, sino que entiende además que, a pesar de no estar dentro de los discursos de odio más graves y arduos, es también incluíble en esta calificación la actuación de los recurrentes en el presente caso, pues con la quema de la foto de tamaño real de los Reyes, cree el Tribunal que se trasmite a las demás personas el hecho de que es necesario atentar contra la vida de los Monarcas, afirmando que la conmoción en nuestro país puede ser mayor al estar prohibida la pena de muerte. De hecho, señala el Tribunal que no expresaron ninguna otra manifestación contra la Monarquía, solo la que se relata en los hechos, lo cual lleva al Tribunal a afirmar de forma rotunda que actuaron meramente para incitar al odio y de forma premeditada.

El Pleno del Tribunal considera, además, que este caso no se puede asimilar con el caso de Otegi, pues en este los recurrentes no son personajes elegidos por los ciudadanos para representar sus intereses. Apoya el Tribunal esta argumentación en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de julio de 2009 (Caso Feret c. Bélgica⁹), en la que se restringe la libertad de expresión a un parlamentario por incitar al odio y a la xenofobia.

La cuestión central es determinar si la actuación de los condenados encuentra cobijo en las libertades ideológica y de expresión, que debe proteger también aquellas posiciones críticas con las instituciones del Estado. Y el Tribunal Constitucional opta por la negativa. Afirma que, si bien cada persona puede tener unas ideas en su fuero interno, en el momento en que estas se exteriorizan entran en juego las limitaciones que hemos señalado anteriormente, por lo que en el presente caso no se estaría castigando tanto una ideología como una inadecuada forma de expresarla.

En base a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo, y considera que la restricción de la libertad de expresión de los recurrentes es legítima porque

⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de julio de 2009. El asunto Feret es el caso de un diputado que interpone demanda ante el TEDH tras haber sido condenado en Bélgica por incitar al odio a través de su campaña política. El Tribunal de Estrasburgo concluye que no hay en este caso vulneración del art. 10 del Convenio, y por tanto, la restricción a la libertad de expresión es legítima. Dice el TEDH en tal Sentencia que: “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro delictivo”. Accesible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93626>.

sirve para proteger, de forma legítima, el honor del Rey y el prestigio de la institución monárquica.

2.1.2. *Los votos particulares*

La Sentencia se acompaña de los votos particulares suscritos por Adela Asua Batarrita (al que se adhiere Fernando Valdés Dal-Re), Encarnación Roca Trías y Juan Antonio Xiol Ríos. Examinaremos cada uno de ellos en detalle, aunque conviene adelantar ya que todos ellos son discrepantes con el fallo apoyado por la mayoría.

La Magistrada Adela Asua Batarrita discrepa de que la actuación de los recurrentes pueda englobarse en el discurso del odio. Así, señala el voto particular que, si bien existe el límite a la violencia, existe en los términos en que señaló el Juez Holmes en uno de sus célebres votos particulares. En célebres palabras de éste, “al igual que debe castigarse la provocación al asesinato, no puede oponerse reparo constitucional al castigo de aquel discurso que produzca, o pueda producir un riesgo claro e inminente de desencadenar un daño sustancial que el Estado constitucionalmente debe tratar de impedir”¹⁰. Este concepto de discurso de odio ha sido posteriormente concretado, gracias al desarrollo de la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 que realiza el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación nº 97/20 de 30 de octubre, con ocasión de proteger la memoria de todas las víctimas del nazismo y posteriores crímenes de lesa humanidad. Se indica que el discurso de odio “abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras las formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”. Incluir, por tanto, la conducta de los recurrentes en esta definición, es para la Magistrada, además de forzado, imprudente e irreflexivo, pues supone la banalización de conductas tan graves como las que el discurso de odio pretende evitar, cuando tras la comisión de tal hecho, no se produjeron actos violentos ni la vida del Rey corrió peligro alguno.

¹⁰ Voto particular a la decisión del Tribunal Supremo norteamericano del caso *Abrams vs US*, utilizando el concepto que ya había acuñado en el caso *Skench vs US* de “*clear and present danger*”.

La Magistrada considera, por otra parte, que el Tribunal Constitucional realiza una tarea que el mismo tiene restringida por el art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹¹, al entrar a valorar los hechos para averiguar si la conducta cabe, o no, dentro del discurso del odio. Recuerda que el Alto Tribunal no es en ningún caso una tercera instancia, y solo debe decidir si un órgano jurisdiccional ha resuelto de una manera que vulnera un derecho o libertad fundamental. Pues bien, dado que en ninguna instancia anterior y por ninguna parte fue alegado el argumento del discurso del odio, el Tribunal está actuando al margen de sus funciones. En efecto, al valorar los hechos para poder intuir (ni siquiera corroborar) si hay o no un ánimo de provocar hostilidad, olvida el papel que le corresponde, que es partir de los hechos probados y valorar la razonabilidad de los argumentos jurídicos recogidos en las resoluciones judiciales impugnadas. Dado que en ningún caso aparece como hecho probado que la conducta de los recurrentes incitara al odio ni que produjera violencia (recordemos que la violencia debe atenerse al principio del “*clear and present danger*”), el Tribunal debería haberse limitado a determinar si en este caso se puede limitar la libertad de expresión de los recurrentes. No actuando así, ha actuado fuera del marco de sus propias atribuciones.

Además, al justificar la condena por inscribir su actuación en el discurso de odio, el propio Tribunal está evidenciando que la línea argumental que define la actuación de los recurrentes como una manifestación vejatoria e innecesaria no es suficiente, por sí sola, para imponer la condena penal que se impugna en amparo.

La Magistrada Encarnación Rocas Trías recuerda, en su voto particular, que el ejercicio de la libertad de expresión de los recurrentes está conectado con su libertad ideológica, y que ésta solamente puede limitarse si contraviene el orden público. Afirma que la debatida actuación de los recurrentes debe contextualizarse en el marco en el que se produjo, una concentración contra la Monarquía.

El Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos divide su voto particular en tres partes. La primera parte del mismo se dedica al examen del discurso de odio. Así expone que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene a requerir dos elementos para poder incluir una conducta dentro del discurso del odio. Estos elementos son, primero, que se incite directamente a la violencia y, segundo, que se dirija contra determinados grupos por razón de una etnia, raza, creencia, religión, orientación sexual, etc. Así pues afirma que, el Tribunal

¹¹ Art. 44.1.b): “Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional”.

de Estrasburgo no ha aceptado la calificación como discurso del odio de conductas que podían representar una hostilidad contra personas singulares que no son un grupo vulnerable, como ocurrió en el caso Otegi. Además señala otras manifestaciones simbólicas que el mismo Tribunal no ha considerado como incitación directa a la violencia, como fue el caso *Christian Democratic Peoples's Party c. Moldavia*¹², en el cual se procedió a quemar retratos de políticos y banderas. Además, se cuenta aquí con el precedente norteamericano, al que cada vez se tiene más en cuenta desde Estrasburgo, el cual ha considerado libertad de expresión quemar la bandera, como ocurrió en el caso *Johnson v. Texas*¹³, o en el caso *US v. Eichman*¹⁴, como veremos más adelante.

A la vista de estos datos, concluye el Magistrado que calificar la quema de fotos de los Reyes como discurso del odio es banalizar tal categoría, además de que no había sido apreciado por ninguna instancia anterior, lo que puede llevar al propio Tribunal Constitucional a vulnerar el principio de contradicción y defensa. Por tanto, entiende Xiol Ríos que la conducta de los recurrentes no se puede calificar como un acto aislado que lleva aparejada la mera voluntad de incitar al odio, sino que es claro que lo que buscan es manifestar una opinión contraria a la monarquía, en el contexto de una manifestación contra tal institución, que por ser público-política está menos protegida frente a la crítica. A juicio del Magistrado esto es lo que entendería cualquier espectador medio que visualizara la conducta, que, a lo sumo, consideraría de mal gusto.

También rebate el Magistrado el argumento del Tribunal Constitucional por el cual se señalaba que el hecho de que los dos sujetos aparecieran con la cara tapada daba a entender que eran conscientes de que estaban cometiendo un delito. Califica el Magistrado tal argumento como totalmente absurdo. De un lado porque la condena por la comisión de delitos es independiente del conocimiento del sujeto de estar cometéndolo o no. De otro, porque, al contrario, sería completamente incoherente que una persona por simplemente pensar que está cometiendo un delito fuera condenada sin ser ese hecho verdaderamente un ilícito.

¹² STEDH de 14 de febrero de 2006. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22moldova%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22JUDGMENTS%22%2C%22DECISIONS%22%2C%22COMMUNICATEDCASES%22%2C%22CLIN%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-127934%22%5D%7D>

¹³ *Texas v. Johnson* (1989) 491 US 397. Disponible en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/wp-content/uploads/2017/03/Texas-v.-Johnson-1989-491-US-397.pdf>

¹⁴ *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/310/>

En la segunda parte de este voto particular, el Magistrado Xiol Ríos considera que la condena impuesta no es coherente con el bien jurídico que el tipo penal trata de proteger. El delito de injurias pretende preservar la propia dignidad y prestigio de la institución monárquica como elemento básico de nuestro Estado constitucional, y del propio Monarca en particular. Si esto es así, resulta incoherente que la mayoría afirme que el tipo pretende preservar la integridad física del Monarca, en base a lo que se ha dicho sobre el discurso del odio. En efecto, se condena por un delito cuando lo que se trata de tutelar es un bien jurídico distinto al que dicho tipo penal protege.

El Magistrado Xiol Ríos sostiene, en la tercera parte de su voto particular, que la sanción penal resulta, a todas luces, desproporcionada. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas ocasiones que, aparte de comprobar que una conducta sobrepasa los límites de la libertad de expresión, también se ha de asegurar que la reacción frente a esta no sea desmedida y produzca un efecto disuasorio en la población, que lleve a atemorizar a los ciudadanos en cuanto al uso de este derecho. Alega Xiol Ríos que el Derecho penal es la “última ratio”, que debe evitarse si hay medios sancionadores menos perjudiciales. En este caso entiende el Magistrado que recurrir al Derecho penal para castigar conductas simbólicas y basadas en la libertad de pensamiento resulta desproporcionado. La única manera de justificar que la libertad de expresión había sobrepasado unos límites era alegando la alteración del orden público, argumentándose que se podría haber puesto en riesgo la seguridad de personas y bienes por el uso de líquido inflamable y el fuego, pero el Alto Tribunal desperdicia esta oportunidad con otros argumentos menos convincentes.

Concluye el Magistrado que lo razonable hubiera sido estimar el amparo, justificando tal decisión en el razonamiento ya expuesto de la inexistencia del discurso del odio, la falta de coherencia entre el precepto penal y su aplicación y la desproporcionalidad de la sanción impuesta.

2.2.EL Tribunal Europeo de Derechos Humanos

2.2.1. ¿Fue legítimo quemar la foto del Rey?

Enric Stern y Jaume Roura acuden al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, invocando la violación del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce la libertad de expresión. El Gobierno español sostiene que las demandas deben inadmitirse en virtud del art. 17 CEDH, que recoge la prohibición de abuso de derecho. Justifican esta

posición en que, a su decir, la conducta realizada por los demandantes se integra en el discurso del odio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵, como anteriormente hizo el Tribunal Constitucional, describe la libertad de expresión como un derecho fundamental en un sistema democrático en el que se privilegia el pluralismo político. Partiendo de esa base, reconoce a los Estados la facultad para limitarla, cuando se de una “necesidad social imperiosa”. En este sentido, recuerda que las críticas dirigidas contra personajes públicos se mueven en un margen más amplio de libertad de expresión, si bien sigue siendo necesaria una mínima protección para garantizar la dignidad de las personas. Sin embargo, señala que, pese a la protección penal del honor del Rey en España, no puede suponer que se le otorgue a éste una protección privilegiada, cubriéndole con una manta de acero frente a opiniones y críticas, por muy duras e hirientes que estas puedan ser.

Entrando en materia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que en el presente caso las manifestaciones realizadas por los demandantes se inscriben en el ámbito de la libertad de expresión, y basan esta afirmación en el contexto en que los hechos se produjeron (una concentración crítica con la monarquía). No es una crítica dirigida a la persona del Rey, sino a la institución que representa, la Monarquía, y también como representante del Estado español (alegando que esto se refleja en que su imagen aparece en las monedas, en sitios públicos, como representante de España a nivel internacional, etc.), del cual no se sienten parte. La puesta en escena de su expresión, no viene más que a ser fruto del deseo de que los medios de comunicación hicieran eco de tal opinión.

Por otro lado, en la línea seguida por los votos particulares de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre este mismo asunto, afirma el Tribunal de Estrasburgo que en ningún caso se puede apreciar que la conducta de los demandantes fuera encaminada a incitar al odio o a la violencia, señalando que ni después de esto se produjeron actos violentos, ni podemos separar tales hechos del lugar donde se produjeron, una manifestación de interés público, que ni mucho menos se acerca a las conductas que la tipificación el discurso del odio pretende evitar, conductas mucho más graves y dramáticas.

¹⁵ Sentencia de 13 de marzo de 2018. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22stern%20taulats%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-181719%22%5D%7D>

Por tanto, el Tribunal de Estrasburgo concluye que ha habido violación por parte del Reino de España del art. 10 del CEDH, siendo la constatación de tal violación suficiente para reparar el daño que hayan podido sufrir los demandantes.

Esta condena al Reino de España no puede calificarse de sorprendente, si se recuerda que ya se había producido otra anteriormente en un caso que guarda ciertas similitudes con el examinado en líneas anteriores. Aludimos al asunto Otegi Mondragón.

2.2.2. *El caso Otegi Mondragón*¹⁶.

Otegi, portavoz de Sozializt Abertzaleak, con representación en el Parlamento vasco, y con motivo de una visita institucional del Rey al País Vasco (para la inauguración de una central eléctrica junto con el Lehendakari), realiza unas declaraciones en rueda de prensa, entre las que destacan: “*vergüenza política*”, “*patética*”, y la más grave “*¿Cómo es posible que se fotografien hoy en Bilbao con el Rey de España, mientras que el Rey de España es el comandante supremo del ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y es él quien protege la tortura y quien impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia*”. Ese mismo día, coincidió con el fin de la incomunicación de las personas detenidas por presunta vinculación a ETA del periódico Euskaldunon Egunkaria. Se cuestiona en sede judicial si tales expresiones, que comprometen el honor del Rey Juan Carlos I, pueden ser sancionadas con el delito penal de injurias al Rey.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco¹⁷ (por ser Otegi un aforado) decide absolver al acusado, dando prioridad a su libertad de expresión antes que al honor y dignidad del Rey, basando la argumentación en el carácter público-político de ambos sujetos, y el interés público de las declaraciones. Estima que, en supuestos como el que nos ocupa, el derecho de libertad de expresión se impone sobre el derecho al honor, puesto que las instituciones públicas están obligadas a soportar una crítica más amplia que el resto de individuos¹⁸.

¹⁶ STEDH de 15 de marzo de 2011, demanda 2034/07, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103950>.

¹⁷ STSJ del País Vasco, de 18 de marzo de 2005. Disponible en [http://aranzadi.aranzadidigital.es.ponton.uva.es/maf/app/document?tid=&docguid=lacc11650fcbf11dbbed0010000000000&base-guids=JUR\2005\279283&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc50000016a6f4061003da5f51b&src=withinResuts&nivelClas=area&spos=2&epos=2](http://aranzadi.aranzadidigital.es.ponton.uva.es/maf/app/document?tid=&docguid=lacc11650fcbf11dbbed001000000000&base-guids=JUR\2005\279283&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc50000016a6f4061003da5f51b&src=withinResuts&nivelClas=area&spos=2&epos=2)

La sentencia del TSJ Añade la sentencia lo siguiente: “El derecho a la libertad de expresión debe cubrir las argumentaciones racionalmente impecables, pero también el recurso a la provocación de respuestas emocionales del público”.

Parte así el Tribunal de una posición preferente del derecho del art. 20 CE, el cual afirma que es esencial en las sociedades democráticas, sobre todo para garantizar el pluralismo político. Señala además el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que España no asume un modelo de democracia militante. En efecto, siendo lícito cuestionar nuestra Constitución, son admisibles también las expresiones dirigidas contra una institución constitucional. No se puede castigar, por tanto, en nuestro Estado, aquellos mensajes y críticas con finalidad anticonstitucional, puesto que no están obligadas las personas a mostrar una adhesión positiva a nuestra norma fundamental. Así se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 2007, en la que se reconoce que el negacionismo del genocidio nazi está amparado por el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, y pese a todo lo anteriormente dicho, jamás tales expresiones pueden afectar al núcleo de la dignidad personal del monarca. Y entiende el Tribunal que en este caso no ha ocurrido, puesto que el acusado no ataca a la persona del Rey sino a la institución monárquica.

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco apoya también la absolución en el precedente de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1990¹⁹, en la que se hacía lo propio con un redactor de una revista vasca, que profirió diversas descalificaciones a miembros del Gobierno (“desfile de cretinos”, “Felipe G. torturador”) y de la Guardia Civil (“hoy la Guardia Civil y la policía franquista sigue torturando a los vascos en las comisarías y cuartelillos”).

El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo para que se revoque la absolución. Y el Alto Tribunal²⁰ condena a Otegi a un año de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por ese mismo periodo de tiempo.

No cuestiona el Tribunal Supremo la importancia que presenta la libertad de expresión. Recuerda que ésta tiene una especial resistencia en el caso en que las expresiones se emitan en el ámbito político, pues esta protección es esencial para la formación de una opinión pública libre, para garantizar el pluralismo y la propia sociedad democrática. Pero el Tribunal recuerda también que este derecho no es absoluto, y que un uso abusivo del mismo puede ser legítimamente sancionado. No se permite, en particular, el insulto ni la utilización expresiones claramente vejatorias o injuriosas, ni por supuesto aquellas que afecten al núcleo

¹⁹ STS 17 de mayo de 1990.

²⁰ Sentencia de 31 de octubre de 2005. Disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es.ponton.uva.es/maf/app/document?tid=&docguid=I35d9a730f92e11db9f2401000000000&base-guids=RJ\2005\7193&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc60000016a6f4dfdcaab4cc909&src=withinResuts&nivelClas=area&spos=7&epos=7>

último de la dignidad humana. En este caso, el Tribunal entiende que las manifestaciones de Otegi son meros juicios de valor y por tanto lo que hay que analizar es si estos suponen una extralimitación de la libertad de expresión, por injuriosos.

Siguiendo con la argumentación del Tribunal Supremo, comienza en la segunda parte de la sentencia a motivar la condena, diciendo que tales expresiones emitidas por Otegi suponen un daño al honor del Rey y de la institución, y a su núcleo último de dignidad, pues se le está atribuyendo una de las conductas más graves que se pueden dar en un Estado de Derecho, como es la tortura. Por tanto, estas afirmaciones son consideradas por el Tribunal como injuriosas y desproporcionadas y por tanto no amparadas por la libertad de expresión. Recuerda el Tribunal, además, que las denuncias por torturas, realizadas por dos trabajadores del periódico Euskaldunon Egunkaria detenidos por presunta vinculación con ETA, fueron sobreseídas, dado que no se apreciaron indicios de tortura ni de tratos vejatorios contra los denunciados. A la vista de estos razonamientos, el Tribunal Supremo concluye Otegi es culpable del delito de injurias al Rey.

Otegi interpone un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional al considerar que la condena penal vulnera su libertad ideológica y de expresión. El Tribunal Constitucional inadmite el recurso a través del ATC 213/2006, de 3 de julio²¹, porque considera que la demanda carece manifiestamente de relevancia constitucional. Considera el Tribunal que la argumentación del Tribunal Supremo es correcta, y señala que “la posición de neutralidad del Rey le hace acreedor de un respeto constitucional cualitativamente distinto al de las demás instituciones del Estado”, y que el recurrente ha hecho un uso abusivo de su libertad de expresión.

Otegi también acudió en último término al Tribunal Europeo de Derechos Humanos²². El Tribunal de Estrasburgo se centra en tres puntos básicos para determinar si hubo, o no, violación del art. 10 CEDH.

En primer lugar, debe verificar que la restricción de la libertad de expresión (en este caso, el tipo penal), se encuentre previsto en la Ley, cosa que no plantea ningún problema en el presente caso.

²¹ Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/20847>.

²² Sentencia de 15 de marzo de 2011. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22otegi%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-103951%22%5D%7D>

En segundo lugar, debe supervisar que la restricción persigue un objetivo legítimo del Convenio (como puede ser la seguridad nacional). Pues bien, considera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la finalidad del tipo penal es proteger la dignidad del Rey y de la Corona como institución, lo cual es lícito, si bien dentro de unas fronteras más amplias de las previstas para la protección del honor de un particular.

En segundo lugar, debe verificar que la medida impuesta al recurrente es necesaria en una sociedad democrática, carga que debe ser justificada por el Estado demandado. En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que debe darse una necesidad social imperiosa para la limitación de la libertad de expresión, una situación excepcional, como podría ser que tal conducta incitara al odio o a la violencia (necesidad social que deja apreciar a los Estados, pero que se reserva en último término el derecho de corregir). En este caso, el Tribunal no aprecia que concurra tal situación excepcional. Recuerda que, aunque exista tono hostil, las declaraciones se producen en el ámbito del debate político (tanto el sujeto activo como pasivo son personajes político-públicos) y no se dirigen contra la persona privada del Rey, por lo que toda injerencia de los poderes públicos que restrinja este debate estaría injustificada.

El Tribunal de Estrasburgo considera que es precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, cuando más preciosa es la libertad de expresión, y más si las manifestaciones provienen de un representante elegido por el pueblo, el cual actúa en defensa de sus intereses y preocupaciones. Así, entiende que la sanción resulta desproporcionada y que no está justificada la imposición de una pena de prisión, pues esto puede tener un efecto disuasorio en la población a la hora de ejercitar su libertad de expresión, lo que es indeseado por el Convenio. El Tribunal de Estrasburgo concluye que se ha vulnerado el art. 10 del Convenio.

3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

3.1. Concepto del derecho a la libertad de expresión y regulación internacional

En líneas anteriores hemos recordado la relativamente reciente condena impuesta al Reino de España por parte del Tribunal de Estrasburgo en el caso Stern Taulats y Roura Capellera. Hemos hecho notar que la misma no resulta sorprendente, si se toma en consideración el precedente del caso Otegi, que también ha sido examinado. Nuestro propósito ahora es

ahondar en el examen de la libertad de expresión y analizar, después, el tipo penal español que recoge el delito de injurias al Rey.

Podemos definir la libertad de expresión como un derecho fundamental que permite a un individuo expresar sus pensamientos, ideas y opiniones libremente, mediante la palabra, escrito, o cualquier otra forma de expresión, sin tener que exponerlos a una censura previa. Sin embargo, como ya hemos señalado en párrafos anteriores, no es un derecho absoluto, y puede ser sometido a ciertos límites.

Se ha indicado ya que estamos ante un derecho que presenta una gran relevancia, por su carácter instrumental del Estado democrático. Es lógico que se incluya en los textos internacionales de derechos humanos, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo recogen entre sus filas de derechos.

3.1.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

Este texto, que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), data del año 1948, y recoge en su artículo 19 el derecho a la libertad de expresión. Fue el primer texto a nivel mundial que reconocía una serie de derechos fundamentales e inalienables para todo ser humano.

Reza este precepto que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

Este texto encuentra su fundamento en la propia dignidad humana, y dice en el propio preámbulo la siguiente frase: “...se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.”

Hay que señalar, pese a todo, que la Declaración Universal de Derechos Humanos es, como su propio nombre indica, una mera declaración, y por tanto no es un documento vinculante para los Estados que firmaron la Carta de San Francisco, es decir, para los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, pues en esta carta se quitaba a la Asamblea General de las Naciones Unidas cualquier función promulgadora de normas vinculantes.

E.H. ²³Carr señaló que tales declaraciones deben considerarse como una norma a la que debe aspirarse, más que como un compromiso internacionalmente obligatorio²⁴.

3.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

A pesar de haber visto que la Declaración Universal de Derechos Humanos no tiene carácter jurídicamente vinculante, sí que ha dado lugar a la adopción de Pactos, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que vienen a recoger prácticamente de forma idéntica los preceptos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero ahora ya sí de forma vinculante. En este Pacto, se recoge de la siguiente manera tal derecho:

“Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

A diferencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en este texto ya apreciamos como se reconoce que el derecho a la libertad de expresión puede someterse a límites en determinadas ocasiones.

²³ Carr. E.H.: *Los derechos del hombre*. (Traducción de M. Nelken y otros). Laia, Barcelona, 1975. Pág. 40.

²⁴Ponce Martínez, C.: “La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos judiciales internos”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, 128375 (2001), págs. 256-257.

3.2. Las distintas concepciones de la libertad de expresión

3.2.1. *La libertad de expresión desde el punto de vista del derecho anglosajón. La concepción de Estados Unidos.*

La libertad de expresión en EEUU está consagrada en la Primera Enmienda del *Bill of Right*, la cual proclama: “el Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios”. Sin embargo, esta Carta de Derechos no se realizó de forma simultánea a la Constitución de 1787, sino que no fue hasta 1791 cuando se consagraron por escrito tales derechos fundamentales a través de diversas enmiendas al texto constitucional. Esto se debió a la oposición de los federalistas a la plasmación expresa de unos preceptos referidos a los derechos básicos, pues para ellos “*omnis determinatio est negatio*”, es decir, cubrir tales derechos con el manto legal podría suponer la restricción de los mismos²⁵.

Hay que señalar el cambio de rumbo que ha tomado la interpretación de la Primera Enmienda. Si en un primer momento se busca principalmente la protección por expresiones posiblemente difamatorias frente a la Administración Federal²⁶, más adelante lo que se pretende es dar protección a las minorías frente a las mayorías. Así cada vez asumen más y más importancia los Tribunales en la aplicación de los límites a la libertad de expresión, comenzando a hacer una interpretación extensiva a partir de los años veinte, fortaleciéndose en los años sesenta, y llegando en la actualidad a tener la máxima protección nunca otorgada sobre este derecho de libertad de expresión.

3.2.1.1. *Defensores de la libertad de expresión.*

La defensa de la libertad de expresión se vincula, en un primer momento, con relevantes filósofos que hicieron notar su relevancia. En efecto, para entender la gran protección que tiene la libertad de expresión en los Estados Unidos, hay que remontarnos muy atrás, hasta el siglo XVII. Por aquel entonces, Inglaterra era la metrópolis, y perteneciente a esta estaban las trece colonias de América del Norte. Inglaterra tenía un fuerte control de la prensa, una

²⁵ Barriuso Clark, G.: *Derecho Constitucional comparado: la libertad de expresión en España y EEUU*. Universidad de Alcalá, Alcalá, 2017, págs. 27-28.

²⁶ De ahí que tuvieron tanta importancia en este asunto los juicios con jurado, frente a la posible parcialidad de los jueces, nombrados por el mismo Gobierno que en muchas ocasiones era parte.

fuerte censura, que se imponía también en las colonias. Sin embargo, y sin contar con licencia alguna, Milton difundió su obra, “Aeropagítica”, en la que defendía la libre difusión de ideas como único medio para poder alcanzar la verdad verdadera, y no la impuesta por el Estado. Aunque no tuvo gran repercusión en su época, sí que influyó de gran manera en tiempos posteriores, y fue la primera base que tomaron los estadounidenses a la hora de delimitar su libertad de expresión²⁷.

Por otro lado, ya con los Estados Unidos en pleno funcionamiento, también destaca la obra de Mill²⁸, que defendió la importancia de la libertad de expresión con su mítica frase: “de la discusión sale la luz”. John Stuart Mill era partidario, sin embargo, de su limitación si la expresión incita a la violencia²⁹. Se suma a esta corriente de amantes de la libertad de expresión Alexander Meiklejohn, el cual pasa a ver el problema desde un punto de vista muy práctico. Afirma Meiklejohn³⁰ que el Gobierno de Estados Unidos, como cualquier Gobierno democrático, se fundamenta en un sistema de sufragio universal en el que el pueblo elige a sus representantes. Pues bien, para que el ejercicio del voto sea el más correcto posible, se debe dar un libre debate político el cual permita alcanzar la más pura verdad política. La decisión que el ciudadano tome tiene que ser plenamente informada. Se comienza hablar de la primera de las teorías de la libertad de expresión, la “democrático-política”, de la que se le va a considerar el fundador. Para los autores defensores de esta teoría, el único ámbito protegido por la libertad de expresión es aquel que atañe a todo lo relativo a la organización política, sus cargos, las críticas a estos, a sus políticas, etc.

Emerson³¹ siguió esta teoría política, pero dotándola de un carácter integrador. Así, Emerson estableció cuatro finalidades que se tienen que cumplir a través de la libertad de expresión, recogiendo, además de la típica de funcionamiento adecuado del proceso democrático, otras tres, como son: la libertad de expresión como medio para el desarrollo personal, para descubrir la verdad, y como medio para convertir a las comunidades humanas en grupos más flexibles, y por tanto más estables.

²⁷Sánchez González, S.: “Sobre la libertad de expresión en el mundo anglosajón”. *Revista de Administración Pública* 127 (1992), págs. 45 y ss.

²⁸ Mill, J.S: *On Liberty*. Cambridge, Cambridge UP, 1989, págs. 53-54.

²⁹ Roselfend, M.: “La filosofía de la libertad de expresión en América”. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 1 (2000), pág. 477.

³⁰ Meiklejohn, A.: “The first Amendment is an Absolute”. *The supreme Court review* 1961, págs. 253 y 255.

³¹ Emerson, T.: *The Sustetn of Freedom of Expression*. Random Housc, Nueva York, 1970, pág. 15.

Sin embargo, existe una fuerte crítica contra la teoría ideada por Meiklejohn, y es que, el sistema democrático no es un fin en sí mismo, solo un medio para poder alcanzar el pleno ejercicio de derechos y libertades que en este se reconocen³².

Por el lado opuesto llegan las teorías humanistas, donde destaca Smolla³³, el cual defiende la protección de la libertad de expresión en todos los ámbitos de la vida, la ciencia, la educación, el deporte, etc. Su fundamento es nada más y nada menos que el desarrollo de la personalidad y la propia dignidad humana.

Tanto para los autores de las teorías humanistas como para los defensores de las teorías democrático-políticas, la libertad de expresión debía de poseer un carácter preferente, esto es, dentro de una jerarquización de los derechos fundamentales, la libertad de expresión ocupa un lugar privilegiado, por encima de los demás.

En particular, el profesor Nimmer³⁴, señaló tres fundamentos en contra del “*balancing test*” o test ponderativo, que exige ponderar en cada caso que derecho en conflicto (expresión vs. intimidad u honor) debe prevalecer. En primer lugar, que el test de ponderación supone la inexistencia de una regla firme, y por tanto la ausencia de seguridad jurídica; en segundo lugar, que la persona que va a ser juzgada no tiene una referencia clara de los criterios que se van a aplicar, pues la ponderación supone un juicio, en parte subjetivo, de dos valores que no tienen la misma importancia para todas las personas; y en tercer lugar, que en la mayoría de los casos las decisiones tomadas mediante el “*balancing test*” han sido contrarias a la libertad de expresión. Se afirma por la sociedad estadounidense en general que, la intromisión del Estado respecto de este derecho derivaría en un mayor número de perjuicios que de beneficios. Concluirá Rosenfeld³⁵ que “existe la creencia americana, profundamente asentada, de que la libertad de expresión es un bien virtualmente ilimitado y de la visión firmemente mantenida de que es más probable que un gobierno activo [contra ésta] haga más daño que bien”³⁶.

Es lógico pensar que estos posicionamientos filosóficos han influido en la delimitación jurídica de la libertad de expresión en Estados Unidos. Ante un precepto tan genérico como

³²Marciani Burgos, B.: “La posición preferente del derecho a la libertad de expresión, un análisis crítico de sus fundamentos”. *Pensamiento Constitucional* 11 (2011), págs. 373 y ss.

³³ Sánchez González, S.: “Sobre la ...”, *cit*, págs. 63-65.

³⁴ Nimmer, B.: *Nimmer on Freedom of Speech*. Matthew Bender, Nueva York, 1984, págs. 3-7.

³⁵ Roselfend, M.: “La filosofía de ...”, *cit*, pág. 471.

es la Primera Enmienda, los jueces del Tribunal Supremo norteamericano han tenido que desempeñar una gran labor interpretadora respecto a este derecho.

Pues bien, fue en el primer tercio del siglo XX cuando comienzan a aparecer jueces que marcarían un antes y un después en el Derecho norteamericano en este campo. El Juez Holmes, también conocido como el gran disidente, es el que a raíz de la obra de Mill, acuñó el término “libre mercado de las ideas”. El concepto se refiere a la necesidad de permitir que las ideas fluyan libremente, siendo el propio ciudadano el que descarte las malas y recoja las buenas. Fiel reflejo de esta teoría fue su postura en los casos *Abrams v. USA*³⁷, realizando un voto particular a favor de la absolución de Abrams, un inmigrante ruso que había lanzado panfletos desde una azotea y había llamado a una huelga general a los trabajadores de fábricas de munición, queriendo denunciar que el Presidente Wilson hubiera enviado tropas americanas a Rusia tras la revolución Bolchevique³⁸. Holmes no compartía la opinión mayoritaria que se aferraba al término de “clear and present danger”, acuñado por él mismo con anterioridad. El resto de jueces, de los que también se separó Brandeis, a pesar de utilizar este término, se centraron sobre todo en la intención del acusado, y aplicaron la lógica del “bad tendency test”³⁹.

El juez Brandeis también tuvo una clara influencia en la construcción jurisprudencial de la libertad de expresión, como quedó reflejado en su posición, entre otros casos, en el de *Whitney v. California*⁴⁰. En esta Sentencia afirmó que este derecho no se puede limitar a aquellos que exponen una visión de la realidad totalmente contrapuesta al resto, incluso frente al sistema existente. Como bien afirmó el Juez Brandeis, es necesario conocer todas las opiniones para formarse un juicio acerca de la verdad política. Esta tesis encontró reflejo en diversas máximas enunciadas por este Juez, entre la que destaca la idea de que “el tratamiento apropiado para los malos consejos es dar y recibir buenos consejos”⁴¹.

³⁷ *Abrams v. Estados Unidos*, 250 US 616 (1919) Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>

³⁸ Rodríguez Montañés, T: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 159.

³⁹ El test de la tendencia nociva, supone considerar que a la larga esa conducta tendrá efectos nocivos en la sociedad. Se refería el Juez Sandford a ella así: “no se puede exigir al Estado que mida el peligro de cada expresión en la balanza precisa de un joyero. No se puede decir que un Estado actúa arbitrariamente cuando (...) trata de apagar una chispa sin aguardar a que prenda la llama o se desencadene un incendio”.

⁴⁰ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927). En este caso, el acusado era miembro del Partido Comunista, y se le acusaba de intentar derrocar el sistema. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>.

⁴¹ Sánchez González, S.: “Sobre la ...”, *cit*, pág. 55.

A tales argumentos, se suma el Juez Robert Bork⁴², el cual afirma que solo el discurso político merece la protección que la Primera Enmienda dispensa. Defiende como valor central de la Primera Enmienda el interés público. Defendida esta postura, se suman a ella los Jueces Black y Douglas, los cuales vienen a defender que “la libre discusión de las ideas arrojará las medidas políticas más sabias”⁴³. El Juez Bork es, por tanto, firme defensor de las teorías democrático-políticas.

Se tardó en concienciar a la Corte Suprema estadounidense de la importancia imprescindible de la libertad de expresión, tarea que encabezaron, como ya hemos visto, Holmes y Brandeis. Durante el siglo XX se produjeron importantes restricciones de la libertad de expresión contra manifestaciones socialistas y comunistas⁴⁴. Sin embargo, una vez implantado como un derecho preferente en casi todas las situaciones, se ha impuesto en la mayoría de los casos, como ocurrió en el caso Watts VS US⁴⁵, en el cual un individuo en una concentración en protesta contra la guerra de Vietnam, gritó que si tuviera un ejército, al primero que querría encontrarse es al Presidente Johnson. También es destacable el caso RAV v.City of Saint Paul Minnesota⁴⁶, el cual trató el caso de un joven que quemó una cruz ardiendo (símbolo del Ku Klux Klan) en el jardín de la única familia negra del barrio. Una ordenanza municipal lo sancionó por la exposición de tales símbolos, que prohibía. Más tarde, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional tal ordenanza por atentar contra la Primera Enmienda⁴⁷. En opinión de Michel Rosenfeld⁴⁸, la sociedad tolerante que ampara el discurso intolerante puede correr el riesgo de que el intolerante se beneficie de ello, llegue al poder, y destruya la sociedad tolerante. Karl Popper⁴⁹, por esta misma razón, afirma que no se debe permitir el discurso intolerante, como puede ser el xenófobo, pero la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos ha seguido su propia línea, se tolerará mientras este discurso no incite a la violencia.

⁴² Bork, R.: “Neutral principles and some first amendment problems”, *Indiana Law Journals* 47 (1971), págs. 20-29.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Roselfend, M.: “La filosofía de ...”, *cit*, pág. 471.

⁴⁵ Watts v. United States, 394 U.S. 705 (1969) Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/705/>.

⁴⁶ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

⁴⁷ Rodríguez Montañés, T: “Libertad ...”, *cit*, págs. 138 y 139.

⁴⁸ Roselfend, M.: “La filosofía de ...”, *cit*, pág. 480.

⁴⁹ Idem.

3.2.1.2. *Los límites en Estados Unidos*

Los límites a este derecho no vienen recogidos en la Primera Enmienda, sino que han sido establecidos de forma jurisprudencial por el propio Tribunal Supremo.

Un primer límite a la libertad de expresión es su utilización para hacer una apología de comportamientos ilegales. Aunque la libertad de expresión está protegida de forma genérica en la Primera Enmienda, no existe la intención de dotarla de una inmunidad absoluta, sino que cederá ante conductas que puedan incitar a la comisión de ilícitos. Se acude aquí al término acuñado por el Juez Holmes del “clear and present danger”. Sin embargo, se parte de una interpretación negativa de este precepto, afirmando que solo se entenderá claro e inminente el daño cuando se pueda producir antes de tener ocasión de debatirlo a fondo. Según Brandeis “Si hubiera tiempo para exponer, a través de la discusión, las falsedades y las falacias y para evitar el mal recurriendo a la educación, el medio adecuado será la expresión, y no el silencio forzoso”⁵⁰. Es decir, la doctrina del “clear and present danger” debe ser aplicada en casos de emergencia, donde no quede más remedio que coartar la libertad de expresión. Frente al test formulado por Holmes, el Juez Land formuló el suyo propio, “Learned Hand test”, que implicaba únicamente tener en cuenta la expresión y no las circunstancias que lo rodeaban. Actualmente, el Tribunal Supremo aplica el test de la incitación, que es un punto intermedio entre los anteriormente descritos, es decir, si bien se sigue aplicando el peligro claro e inminente, también hay que tener en cuenta la probabilidad de que esa conducta produzca consecuencias ilícitas.⁵¹

Un segundo límite infranqueable para la libertad de expresión es la difamación. El parámetro en este caso es extraordinariamente restrictivo, y solo se entenderá realizada una difamación si el agraviado puede probar que la expresión se emitió con temerario desprecio a la verdad⁵².

Un tercer límite a la libertad de expresión es el uso de “fighting words” o palabras que inducen a la violencia. En este caso, no basta con la utilización de expresiones que enfurezcan a los oyentes, sino que tienen que producir una incitación real y clara a la violencia. Se incluye en esta categoría el discurso del odio. Sin embargo, como ya hemos comprobado

⁵⁰ Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927). Disponible en <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/274us357>.

⁵¹ Barriuso Clark, G.: *Derecho Constitucional...*, cit, pág. 35 y 36.

⁵² Caso Air Wisconsin Airlines Corp v. Hooper. En este caso, se trata de un piloto al cual la aerolínea para la que trabajaba despidió por no superar las pruebas necesarias, y además argumentando que no considera que esté en condiciones óptimas para portar un arma y que puede ser peligroso, debido a su inestabilidad mental. Hooper denuncia tales declaraciones, pero el TS reconoce la libertad de expresión y la veracidad de las afirmaciones realizadas por la compañía.

anteriormente, todo ello dentro de una interpretación muy restrictiva. Por ejemplo, en el caso *Snyder v. Phelps*⁵³, los miembros de la Iglesia Bautista de Westboro se manifestaron pacíficamente en el funeral de un marine muerto en Irak. Los miembros de la Iglesia portaban eslóganes y cánticos como “América está condenada”, “Dios odia a los Estados Unidos por su tolerancia a la homosexualidad, sobre todo por su permisividad en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”, entre otros. El Tribunal Supremo consideró tales manifestaciones amparadas por la libertad de expresión al considerar que era un asunto de interés público. También resulta de interés el asunto *Terminiello v. Chicago*⁵⁴. Terminiello, sacerdote católico famoso por sus ideales racistas y sobre todo antisemitas, ofició una conferencia ante más de ochocientas personas, entre ellos los Veteranos Cristianos de América, cuando una multitud se manifestaba en contra de sus opiniones a las afueras del auditorio. Aquél día pronunció frases tales como que “los judíos son la ruina de américa”, manifestaciones que encendían a su numeroso público. Una ordenanza que prohibía la alteración del orden y de la paz pública llevó a las autoridades a detener al orador y al juez de primera instancia a condenarlo a una multa por infracción de la norma mencionada. El caso llegó al Tribunal Supremo, el cual entendió que la conducta del sacerdote estaba amparada bajo el manto de la primera enmienda. El Juez Jackson formuló un voto particular, señalando que “en muchas ocasiones, quien solicita la libertad, es quien quiere acabar con ella”. Mientras, el Juez Douglas, redactor de la sentencia del caso, sostuvo que “la función de la libertad de expresión es incitar al conflicto e incluso provocar ira en la gente”⁵⁵.

El estándar que van a utilizar los jueces norteamericanos será el de la “violencia inminente”, término acuñado en el caso *Branderburg vs Ohio*⁵⁶. En este caso, se amparó bajo por la primera enmienda la concentración de miembros del Ku Klux Klan, en la que se quemaron cruces y se profirieron frases racistas, por entender la Corte que no había un riesgo inminente de violencia⁵⁷.

⁵³ *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011) Disponible en: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-snyder-v-phelps>

⁵⁴ *Terminiello v. Chicago* 337 U.S. (1949). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/337/1/>.

⁵⁵ Sparapani Galicia, A.: *Una distinta construcción del discurso del odio en EE.UU. y en Europa*. Universidad de Valladolid. Valladolid, 2018, págs. 22 y ss.

⁵⁶ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>.

⁵⁷ Sparapani Galicia, A.: *Una distinta...*, cit, págs. 22 y ss.

Finalmente, el cuarto límite a la libertad de expresión tiene que ver con la existencia de manifestaciones o declaraciones falsas. Se restringe así el derecho fundamental cuando las mismas produzcan un daño severo, o se incurra en el uso de obscenidades.

3.2.1.3. Sobre la bandera estadounidense

Dado que nuestro trabajo versa sobre la eventual restricción de la libertad de expresión provocada por la protección de la Corona, máxima institución del Estado, puede ser interesante detenernos en la jurisprudencia americana relacionada con su bandera, que simboliza también su patria. La bandera, como cualquier otro símbolo, produce veneración para algunos y desprecio para otros. Y resulta relevante conocer la posición del Tribunal Supremo estadounidense sobre si debe permitir o no, y en qué medida, el uso de este símbolo para el ejercicio de la libertad de expresión.

La Sentencia de referencia en esta materia es *Texas v. Johnson*⁵⁸. Los hechos ocurridos son los siguientes: en el seno de una manifestación contra la Administración de Reagan en Dallas, una vez que los manifestantes se encontraban frente al Ayuntamiento, Johnson sacó una bandera estadounidense y la prendió fuego. A su vez, los manifestantes coreaban “América, la blanca, azul y roja, escupimos sobre tí”. Por tales hechos fue condenado el señor Johnson en el Estado de Texas, sin embargo, la Sala de Apelaciones Penales del mismo Estado revocó la condena. El Estado de Texas recurrió al Tribunal Supremo, el cual, confirmó la revocación realizada por la Sala de Apelaciones.

Los argumentos del Tribunal Supremo respecto de esta decisión fueron expuestos por el Magistrado Brennan. Éste reconoce que la libertad de expresión recoge tanto expresiones escritas y orales, como conductas, si bien, para amparar estas últimas tienen que darse unos requisitos. Estos requisitos son, que exista la intención de transmitir un determinado mensaje, y que haya una certeza de que tal mensaje vaya a ser entendido por los receptores de este, lo cual se puede averiguar por el contexto en que se produce. Así, entendiéndose que tales requisitos en este caso se cumplen, puesto que es perfectamente entendible la intención de oponerse a las políticas de Reagan, el Tribunal Supremo considera que tal conducta está

⁵⁸ Texas contra Johnson, 491 U.S. 397 (1989). Disponible en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/wp.../Texas-v.-Johnson-1989-491-US-397.pdf>.

amparada por la libertad de expresión⁵⁹. Además, Brennan alude a otra sentencia del Tribunal Supremo, en la que el ponente era el Juez Jackson (caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*⁶⁰), en que un niño y sus padres, Testigos de Jehová, eran acusados por la conducta del niño de no rendir homenaje a la bandera en el colegio. Se venía a reconocer en esta Sentencia que el Estado no puede hacer comulgar a sus ciudadanos con un credo impuesto por él, y se amparaba la conducta del niño en la libertad de expresión. Estados Unidos reconoce, pues, en la Primera Enmienda, un derecho a la disidencia.

En el caso de la quema de bandera, en palabras del juez Brennan se dijo que “si existe un principio fundamental que subyace en la Primera Enmienda, es precisamente que el Gobierno no puede prohibir la expresión de una idea de por sí ofensiva o desagradable. No hemos reconocido una excepción a este principio, aun cuando esté en juego nuestra bandera”. Y “Hemos sostenido que tampoco puede el Gobierno imponer una conducta que demuestre respeto a la bandera”⁶¹.

El Estado, cumpliendo con su deber de neutralidad, no puede imponer su propia opinión de la bandera nacional, y menos castigar a aquellos ciudadanos, sean minoría o sean mayoría, que no comparten tal respecto hacia ella. “No consagramos la bandera castigando a los que la profanan, ya que, al hacerlo diluimos la libertad que nuestro estimado emblema representa”, termina diciendo el Juez Brennan.

Después de estos pronunciamientos de la Corte Suprema, el Gobierno de Bush sacó una Ley de Protección de la Bandera, pero ni siquiera los pequeños Tribunales la tenían ya en cuenta, y cuando el Gobierno recurrió las absoluciones dictadas por estos, el Tribunal Supremo le respondió diciendo que declinaban la invitación del Gobierno a volver a evaluar su decisión. Dejó muy claro el Tribunal Supremo que el castigo por ultraje a la Bandera vulnera la libertad que esta misma reconoce y que hace que sea tan merecedora de reverencias⁶².

⁵⁹ Climent Gallart, J.: “La jurisprudencia estadounidense sobre el lenguaje simbólico en relación con las banderas y su acogimiento por el TEDH”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 1 (2015), págs. 316 y ss.

⁶⁰ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

⁶¹ Climent Gallart, J.: “La jurisprudencia estadounidense...”, *cit*, págs. 317 y 318.

⁶² Climent Gallart, J.: “La jurisprudencia estadounidense...”, *cit*, págs. 319 y 320.

3.2.2. *El Derecho continental. La Europa de los límites*

Junto con la Primera Enmienda de Estados Unidos, la Declaración Francesa del Hombre y del Ciudadano, es el texto de mayor antigüedad donde se recoge el derecho a la libertad de expresión. Ambos emanan de fuentes comunes, las anglosajonas. Y es que, como señala Alejandro González-Varas, “*el pensamiento político francés siempre había tenido presente al Reino Unido como modelo*”⁶³.

Sin embargo, a pesar de sus raíces comunes, y en contraste con la hostilidad que presenta el modelo norteamericano frente a posibles restricciones de la libertad de expresión, el derecho continental parte reconociendo legalmente unos límites legítimos a esta, en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁴, aprobado en Roma en 1950, el cual tiene clara influencia de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. En Europa se decide legislar para restringir manifestaciones que no se estimen amparadas por tal derecho, considerando que no todo discurso va a estar amparado por el art. 10. Dice Teresa Rodríguez Montañés, resumiendo la línea seguida en nuestro Continente, que “*el discurso sí puede ser limitado si ello se considera conveniente para la democracia en sí misma, o para los valores de esta*”⁶⁵.

A raíz del caso Sunday Times vs Reino Unido⁶⁶, el Tribunal de Estrasburgo se posiciona como claro defensor del derecho del artículo 10 del Convenio, en gran parte influenciado por las corrientes estadounidenses, y comienza a exigir la “imperiosa necesidad” y la “estricta

⁶³ González-Varas Ibañez, A.: *Libertad de expresión, libertad religiosa, y prevención del terrorismo: régimen jurídico en los ordenamientos internacional y francés*. Dykinson, Madrid, 2018, pág 132.

⁶⁴ **1.** *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*

2. *El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*

⁶⁵ Rodríguez Montañés, T. *Libertad de expresión, ...*, cit, pág. 222.

⁶⁶ Sentencia 6538/74 CASO «SUNDAY TIMES» [TEDH-24]. El fondo de este caso versa sobre si se debió censurar el artículo del Sunday Times relativo a la talidomina y a la culpabilidad de la empresa farmacéutica “Distillers”, además de las escasas indemnizaciones que estaba facilitando a las familias afectadas. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-165154&filename=CASE%20OF%20THE%20SUNDAY%20TIMES%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20%28No.%201%29%20-%20%5BSpanish%20Translation%5D%20summary%20by%20the%20Spanish%20Cortes%20Generales.pdf&logEvent=False>.

proporcionalidad” para apreciar que una restricción a la libertad de expresión es válida, entendiendo por libertad de expresión tanto la libertad de opinión como la libertad de información, siendo por tanto imprescindible la distinción entre los hechos, los cuales deben ser probados, y las opiniones. Por primera vez se pronuncia el Tribunal de Estrasburgo, en la Sentencia recaída en el caso *Handyside vs Reino Unido*⁶⁷, sobre la importancia de este derecho tanto para la sociedad democrática en general como para el desarrollo de la personalidad de cada individuo en particular. También se empieza a considerar en este momento que, si bien la ponderación sigue siendo necesaria, el derecho a la libertad de expresión parte desde una posición privilegiada⁶⁸.

Actualmente, el Tribunal de Estrasburgo a la hora de reconocer una restricción sobre el derecho a la libertad de expresión, viene a tener en cuenta, fundamentalmente, tres aspectos. El primero es la previsión de la restricción por ley, siendo en caso contrario una medida arbitraria. Esto es sumamente importante, puesto que desde la posición europea se defiende firmemente que las leyes recojan las posibles restricciones, aunque sea de manera amplia, pues esto supone que han sido previamente debatidas y aceptadas⁶⁹. Por tanto, y a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, donde los límites son puestos a posteriori por los jueces, en Europa deben ser impuestos *a priori* en las leyes.

El segundo aspecto relevante para el Convenio Europeo de Derechos Humanos es que la restricción persiga un objetivo legítimo de los establecidos en el convenio (la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de la reputación o de los derechos ajenos).

⁶⁷ Sentencia 5493/72 CASO HANDYSIDE [TEDH-18]. Versó sobre la retirada del mercado de un libro con comentarios obscenos. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-165143&filename=CASE%20OF%20HANDYSIDE%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20-%20%5BSpanish%20Translation%5D%20summary%20by%20the%20Spanish%20Cortes%20Generales.pdf&logEvent=False>.

⁶⁸ Se afirma en la Sentencia *Handyside* que “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”.

⁶⁹ Núñez Encabo, M: “Europa y EEUU: dos conceptos divergentes de la libertad de expresión”. *Anuario de derechos humanos*, Nueva Época 9 (2008), pág. 470.

Finalmente, el tercer aspecto importante que debe ser respetado es que esa restricción sea necesaria en una sociedad democrática, es decir, que sea proporcional al objetivo que se persigue, y que las autoridades nacionales hayan justificado sus razones suficientemente.

Así, hemos podido comprobar como en multitud de supuestos como ocurre con el caso *Feret contra Bélgica*⁷⁰, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha procedido a restringir el derecho a la libertad de expresión frente a conductas como el discurso del odio con una visión más amplia que la manejada en Estados Unidos y que ya ha sido examinada en líneas anteriores. Es lógico que así sea porque en Estados Unidos existe una “la sociedad tolerante que ampara el discurso intolerante”⁷¹, en expresión de Rosenfield. Sin embargo, a raíz de nuestra historia reciente (destacadamente, de la Segunda Guerra Mundial⁷²) muchos Estados europeos (no el nuestro entre ellos, por cierto) han optado por un modelo de democracia militante, lo que implica que se va a limitar la libertad de expresión en aquellos extremos que puedan suponer un riesgo para el Estado democrático y de Derecho.

Por otro lado, salvando las diferencias que ya hemos apuntado, hay que señalar que el esquema europeo no dista mucho del manejado en Estados Unidos. En el país americano, la Constitución Federal marca el estándar mínimo de protección de la libertad de expresión. Los Estados deben respetar ese estándar mínimo a la hora de legislar y ejecutar esa legislación, pues en caso contrario, su actuación será declarada inconstitucional por la Corte Suprema, que vendrá a garantizar lo dispuesto en la Constitución Federal. En Europa, casi de forma similar, el Convenio Europeo vendría a ocupar la posición que ocupa en Estados Unidos la Constitución Federal, y los países adheridos a tal Convenio, vendrían a ser los semejantes a los Estados federados. Sin embargo, hemos apuntado que la similitud no lo es de forma completa, puesto que, si bien sí cumple con la función de estándar mínimo, la violación del Convenio no conlleva de forma directa la anulación o inaplicación⁷³ de la resolución estatal en cuestión⁷⁴.

⁷⁰ Parlamentario belga que fue condenado por la difusión de propaganda electoral racista y xenófoba EL TEDH concluyó que no hubo vulneración del art. 10 CEDH

⁷¹ Roselfend, Michel: “La filosofía de la libertad de expresión en América”. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (1) 2000 pág. 480.

⁷² Lo que también ha llevado a que en Europa los límites se reconozcan expresamente y a priori en las normas, mientras que en Estados Unidos, ante la generalidad de la Primera Enmienda, sean los Tribunales los que a posteriori fijan los límites que pueden tener cabida.

⁷³ Para más información, consultar: Guillén López, E.: “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo”. *Teoría y realidad constitucional, UNED*, 42 (2018), págs. 335-370.

⁷⁴Freixes Montes, J.: “La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: ¿Un modelo para Europa?” *Derecho privado y Constitución* 10 (1996), pág. 287 y ss.

3.3. La libertad de expresión en España: doctrina y jurisprudencia

Aunque ya se ha hecho referencia a los asuntos Stern Taulats y Roura Capellera y Otegi, acaecidos en nuestro país, pretendemos ahora ahondar en el régimen jurídico de la libertad de expresión en nuestro país. Para ello nos valdremos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia y de las críticas y comentarios que la misma ha suscitado.

Conviene recordar que nuestra Constitución reconoce el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción en su artículo 20.1.a. Es lógico que señale, a renglón seguido, que tal derecho no puede ser sometido a censura previa (artículo 20.2 CE). Y conviene también subrayar que el constituyente es consciente de que las libertades reconocidas en el artículo 20.1 (destacada pero no exclusivamente las de expresión e información) pueden entrar en conflicto con otros derechos fundamentales. En efecto, el artículo 20.4 CE dispone que estas “libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Sin embargo, y pese al tenor literal del artículo 20.4 CE, el Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas sentencias (STC 177/2015 de 22 de julio, STC 235/2007 de 7 noviembre, STC 159/1986 de 16 de diciembre, entre otras muchas) que la libertad de expresión es esencial para la formación de una opinión pública libre, necesario para que el ciudadano pueda barajar diferentes opiniones, e indispensable para que otros derechos no queden vacíos de contenido. Es decir, es imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad, pero también un pilar básico del propio Estado democrático.

Además de la importancia de tal derecho para la formación de una opinión pública libre, Díez Picazo señala que, cuando las opiniones aludan o se refieran a personajes políticos o públicos, el Tribunal Constitucional reconoce un campo más amplio a la crítica, y parte de una posición preferente de la libertad de expresión a la hora de la ponderación. Llega a decir el Alto Tribunal que en este campo tal derecho “prácticamente no conoce límites”⁷⁵. Sin embargo, siempre queda un reducto reservado a la vida privada y al honor o prestigio, a la dignidad, que debe ser respetado. Es decir: “no es un derecho absoluto, pero sí tiene un papel

⁷⁵ Rodríguez Montañés, T. *Libertad...*, cit, págs. 295 y 296.

eminente”⁷⁶. Por tal razón, las limitaciones a la libertad de expresión han de interpretarse de la manera más restrictiva posible en estos casos.

Existe en nuestro país abundante jurisprudencia consolidada respecto del carácter prevalente del derecho a la libertad de expresión siempre que nos movamos en un plano de relevancia pública y las partes, o al menos una, sean personajes públicos. Sin embargo, existen precedentes, como la Sentencia del Tribunal Constitucional 54/2004 de 15 de abril que niega esta supremacía de la que venimos hablando, en virtud de la cual la libertad de expresión se impone sobre otros derechos. Hay, por tanto, que matizar la afirmación del carácter preferente de la libertad de expresión en nuestro ordenamiento. Las Sentencias del Tribunal Constitucional 371/1993 de 13 de diciembre y 50/2010 de 4 de octubre⁷⁷ proclaman que, si una expresión se puede encuadrar dentro del derecho recogido en el art. 20 de nuestra Constitución, y no se excede, dando lugar a una posible restricción, dentro de los límites que existen a esta, se considera de interés preferente. Como afirma Marciani Burgos⁷⁸, en el Derecho español, el conflicto se resuelve tomando en cuenta el método ponderativo, sin embargo, si se cumplen los requisitos que dotan a este derecho de una posición preferente, el derecho a la libertad de expresión prevalece.

Además de los límites previstos en la Constitución (en el citado artículo 20.4 CE), hay que añadir como límites legítimos el discurso del odio y la apología del terrorismo, así como todas las críticas evidentemente innecesarias, vejatorias. Tampoco se reconoce un posible derecho al insulto, como tantas veces ha repetido el Tribunal Constitucional.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente señalado, se llega a la conclusión que en el caso Stern Taulats y Roura Capellera, como bien dice Juan María Bilbao Ubillos en un artículo cuyo título contiene una frase reveladora, “*la crónica de una condena anunciada*”⁷⁹, era esperable que ésta se produjera por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puesto que ya habíamos sido condenados en el caso Otegi (caso, por cierto, mucho más discutible).

⁷⁶VVAA: “Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, *Clínica Jurídica per la Justicia Social*, Universitat de Valencia, Valencia, 2013, pág. 13.

⁷⁷ “Este Tribunal ha sistematizado recientemente su doctrina sobre la libertad de expresión en la STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, en la cual, a propósito de un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión, hemos afirmado que la colisión entre estos derechos debe resolverse a través de una adecuada ponderación, teniendo en cuenta la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión y la necesidad de que ésta goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones.

⁷⁸ Marciani Burgos, B.: “La posición preferente...”, *cit*, pág. 368.

⁷⁹ Bilbao Ubillos, J. M.: “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada”. *Revista General de Derecho Constitucional*, 28 (2018), pág. 1.

Viene el catedrático Bilbao Ubillos en este punto a subrayar la posición en la que se coloca la organización internacional *Article 19*, que participó como tercero con interés en la causa. Así, afirma que *“la prohibición de insultar a los Jefes de Estado, a través del Derecho Penal, invierte el principio fundamental en un sistema democrático, que exige que el Gobierno esté sometido al control de los ciudadanos”*⁸⁰. Asimismo, esto se ha reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, Colombani y otros c. Francia), de la cual se desprende que un precepto especial que otorga una protección reforzada a un Jefe de Estado no es conforme con el Convenio.

Además, Juan María Bilbao Ubillos, en el mismo artículo que aludimos anteriormente, realiza una dura crítica al Gobierno, el cual había alegado, en base a su acusación por discurso del odio, que la actuación de los demandantes había supuesto conductas violentas por parte de una multitud de personas. Afirma el Catedrático que el Gobierno se refería a los actos de protesta que tuvieron lugar por motivo de la inculpación de los dos sujetos demandantes. Hay por tanto una evidente ausencia de relación causal entre ambos hechos, por lo que el citado autor afirmar sentir *“realmente vergüenza ajena al leer este fragmento de la Sentencia”*⁸¹.

Al fallo del Tribunal de Estrasburgo, en el que se afirma que España ha vulnerado el art. 10 del Convenio, quiere añadir Bilbao Ubillos⁸² una cuestión suplementaria, y es recordar que en España no tenemos un modelo de democracia militante. Por esta razón expresiones que puedan ser contrarias al actual modelo constitucional o a la Constitución misma son legítimas entre nosotros.

En definitiva, y bajo mi punto de vista, la conducta realizada por Enric Stern y Jaume Roura, está amparada por su libertad de expresión, pues con ella se realiza una crítica a la institución monárquica (no se puede entender que se esté actuando contra la propia persona del Rey), perfectamente admisible en una sociedad democrática como la nuestra. No solamente resulta legítimo el contenido de la expresión (desafecto hacia la monarquía) sino también la forma de manifestarla (quema de la foto de los reyes), puesto que con tal actuación se pretende captar la atención de los medios de comunicación, y que estos procedan a la difusión del mensaje.

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 12.

⁸¹ *Ibidem*, pág. 11.

⁸² *Ibidem*, pág. 15.

En cuanto al caso Otegi la cuestión es más debatida. En primer lugar, cabe destacar aquí la idea expuesta por el profesor de la Universidad Complutense de Madrid, Manuel Sánchez de Diego, en un artículo en el que comenta el caso Otegi c. España⁸³. Viene a señalar que el Rey no es un actor político, no está dentro de la disputa política, pues simplemente es un símbolo del Estado y actúa de forma neutral, por lo que casi todos sus actos precisan de refrendo. Por esta razón, considera que el Rey no es un órgano político y por esa razón no es de aplicación la doctrina que justifica esa crítica ampliada a la que otros actores políticos sí están expuestos. Esperanza Gómez Corona⁸⁴ discrepa de este parecer, afirmando que dado que el Rey encarna una institución política-pública, puede ser socialmente criticada. Comparto la opinión expresada por esta última autora, pues si bien es verdad que todos los actos del Rey son refrendados y que es un mero actor neutral, el hecho de que no haya sido elegido a través de una votación y que su figura sea inviolable, como bien dice Gómez Corona, compensa ese carácter “no político” que nos señalaba Sánchez de Diego, y aunque no le consideremos personaje político, sí es un personaje público.

Siguiendo con este caso, Sánchez de Diego expone su opinión negativa respecto al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión que comparto. El Tribunal de Estrasburgo suele señalar en sus resoluciones sobre la libertad de expresión que, aunque ésta tenga un especial alcance en el ámbito de lo público, existen unos límites mínimos, sobre todo si lo que se manifiestan son hechos y no meras opiniones⁸⁵. En este sentido, como bien recuerda Santiago Mir Puig⁸⁶, “*los políticos deben permitir intromisiones en su honor siempre que los hechos sean veraces y que los juicios de valor emitidos tengan base fáctica suficiente incluso cuando sean exagerados o provocativos*”. En todo caso, volviendo a la cuestión principal, ha desperdiciado el Tribunal de Estrasburgo, como bien dice el profesor de la Universidad Complutense de Madrid, una perfecta oportunidad para marcar el contorno al que nos estamos refiriendo continuamente.

⁸³ Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M.: “Las injurias al Rey a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Sentencia Otegi Mondragón contra España (Requête nº 2034/07) de 15 de marzo de 2011”. *Revista General de Derecho Europeo* 24 (2011), págs. 2 a 21.

⁸⁴ Gómez Corona, E. “El prestigio de las instituciones como límite a la libertad de expresión de los ciudadanos”, *Revista Española de Derecho Administrativo* 1151 (2011), págs. 735-736.

⁸⁵ Pérez de la Fuente, O.: *Libertad de expresión y discurso político: propaganda negativa y neutralidad de los medios en campañas electorales*. Tirant lo Blanch, México, 2014, págs. 37 y ss.

⁸⁶ Fernández Bautista, S.: “La veracidad, las expresiones y el derecho penal”. (Dir.) Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M En *Protección penal de la libertad de expresión e información*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2012, pág. 164.

Si las declaraciones fueran consideradas como afirmaciones de hechos, sería preciso comprobar la veracidad de estas. Sin embargo, es una cuestión discutible que las declaraciones realizadas en el plano político tengan que ser calificadas todas ellas de hechos, aunque en el presente caso, expresiones como “impone a nuestro pueblo su régimen mediante la tortura”, puede llevarnos a pensar que Otegi se está refiriendo a una supuesta realidad, a unos hechos.

En relación con esta cuestión, discrepo tanto de la calificación del delito por los tribunales españoles como de la argumentación dada por Sánchez de Diego respecto al discurso del odio. En primer lugar, en caso de condenar al acusado por un delito, sería a mi juicio por el delito de calumnias y no el de injurias, si bien están recogidos ambos en el mismo artículo respecto a nuestro Jefe de Estado. En efecto, Otegi imputa la comisión de un delito al Jefe de Estado. Y Óscar Pérez de la Fuente recuerda en su libro sobre libertad de expresión y discurso político que la calumnia es un límite a la libertad de expresión, algo comprensible por cualquiera⁸⁷.

En segundo lugar, el hecho de que Sánchez de Diego considere discurso de odio a las manifestaciones realizadas por Otegi resulta discutible. Señala el profesor las tres características que da Bhikhu Parekh⁸⁸ sobre el discurso del odio (que se delimite un individuo o grupo de individuos a partir de ciertas características, que se les adjudique unas cualidades consideradas generalmente indeseables, y que se los desplace fuera de las relaciones sociales normales).

A juicio de Sánchez de Diego, en el caso Otegi las tres condiciones se cumplen, por lo que considera cabe incluir este supuesto en el discurso del odio. Afirma que se tiene por objeto al Rey, que se le atribuye la responsabilidad por las torturas y que se le intenta desplazar fuera de Euskadi. Sin embargo, en mi opinión, no considero que las manifestaciones de Otegi se puedan encuadrar en esta categoría, porque, como bien hemos visto en las definiciones de los textos internacionales y europeos más relevantes sobre la materia, el discurso del odio tiene que dirigirse contra determinados colectivos vulnerables o habitualmente discriminados, lo que en este caso no se da. No estamos ante discurso racista, homófobo, discriminatorio, etc. La restricción, a mi juicio, se debería de haber realizado por la posible y potencial alteración al orden público que tales declaraciones pueden suponer, sobre todo si

⁸⁷ Pérez de la Fuente, O.: *Libertad de expresión...*, cit, págs. 36 y ss.

⁸⁸ Miembro de la Cámara de los Lores por el partido laborista.

se tiene en cuenta el círculo de circunstancias que rodea al discurso de Otegi, el hecho de ser portavoz de un partido más adelante declarado ilegal por su vinculación con ETA, y el hecho de ser realizadas las declaraciones en una época donde la violencia terrorista todavía estaba presente. De nada sirve que se aplique la generalidad de la ley, que es proteger el discurso político como parte fundamental de la libertad de expresión, si no se tienen en cuenta las concretas circunstancias del caso concreto.

En conclusión, el caso Otegi debió suponer un límite a la libertad de expresión, no tanto por ser discurso del odio (si bien desde España sí se pudo entender que tenía una clara finalidad victimista de justificar la violencia terrorista y de alejar al pueblo vasco de todo lo español), sino más bien, por transgredir la frontera de las críticas meramente hirientes a las críticas ilícitas por inculporias y contrarias al orden público por sus posibles consecuencias de acciones violentas, además de tener un temerario desprecio hacia la verdad.

Es interesante traer a colación el caso de “Los soldados asesinos”⁸⁹ que resolvió el Tribunal Constitucional Federal alemán, concediendo el amparo al recurrente, un estudiante que afirmó que los soldados son asesinos. Afirma aquí el Tribunal Constitucional Federal que tal expresión cabe dentro del derecho a la libertad de expresión, y señala que, las opiniones, a diferencia de los hechos, están determinadas por la opinión subjetiva de alguien sobre algo, y esa posición personal debe ser protegida por el derecho a la libertad de expresión⁹⁰. La principal diferencia con el caso Otegi, es que si bien el estudiante alemán vierte una expresión contra un colectivo o grupo profesional como son los soldados, completamente indeterminado, Otegi dirige sus manifestaciones contra una persona en concreto. Esto es determinante para entender si nos hallamos ante la manifestación de meras opiniones o de hechos.

En todo caso, interesa determinar si resulta legítimo limitar la libertad de expresión con un tipo penal que sancione las injurias al Rey. Esta es la cuestión que subyace en los asuntos Stern Taulats y Roura Capellera, y Otegi, y que será examinada en las siguientes líneas del presente trabajo.

⁸⁹ Sentencia BVerfGE de la sala 1ª de 10 de octubre de 1995. Accesible en https://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/soldados_son_asesinos.pdf.

⁹⁰ Vidal Prado, C.: “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán”, en *Estudios Constitucionales* 2 (2017), págs. 286 y ss.

4. LAS INJURIAS AL REY

4.1. Tipificación penal y análisis del tipo

4.1.1. Derecho comparado

Antes de examinar la regulación en España, puede ser conveniente analizar la protección de los Jefes de Estado en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. En Francia, desde 2013, las injurias al Jefe de Estado son castigadas de forma similar la prevista por insultos a ministros y diputados, siendo la sanción mucho más reducida⁹¹. Francia tomó tal decisión tras el golpe dado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al condenar al país por violación de la libertad de expresión en el caso Hervé Eon. En Reino Unido, no hay constancia de la existencia de ningún tipo penal ni norma sancionadora en relación con la libertad de expresión y el honor contra la Familia Real, la Reina, ni el Primer Ministro. A lo sumo, tales conductas se podrían encuadrar dentro del tipo general⁹². En Holanda, en el año 2018 se rebaja la sanción por injurias al rey, pasando de ser un tipo específico a incluir al Rey como un ciudadano más en el tipo general⁹³. Bélgica aún mantiene el delito, dentro de la rúbrica “Crímenes Contra la Seguridad del Estado” en una ley que data del año 1847. Por otro lado, el Código Penal alemán recoge en su artículo 90 la difamación al presidente federal⁹⁴.

4.1.2. Evolución histórica

Para poder hacer una crítica en profundidad al delito tal y como se regula hoy en día, hay que hacer un breve repaso por nuestra historia penal.

En el Código Penal de 1822 se recogía el delito de injurias al Rey dentro de los delitos contra la sociedad⁹⁵. Un poco más adelante, en el Código de 1850 se recoge en el Título dedicado a

⁹¹ CTXT Disponible en <https://ctxt.es/es/20180321/Politica/18535/delito-injurias-jefe-Estado-Francia-Reino-Unido-Holanda-Belgica.htm>.

⁹² <https://ctxt.es/es/20180321/Politica/18535/delito-injurias-jefe-Estado-Francia-Reino-Unido-Holanda-Belgica.htm>.

⁹³ https://elpais.com/elpais/2018/04/12/gente/1523539269_443502.html.

⁹⁴ 90. Difamación del Presidente Federal (1) Quien públicamente en una reunión o por medio de la divulgación de publicaciones (§ 11, párrafo 3), difame al Presidente Federal, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.

⁹⁵ “ART. 223. Cualquiera persona que á presencia del Rey ó Reina ó del Príncipe heredero le insultare a sabiendas con accionó palabra injuriosa u ofensiva, sufrirá la pena de ocho a catorce años de obras públicas. Si cometiere este delito no siendo á presencia de las mismas personas ofendidas, sufrirá la pena de cinco a diez años de reclusión, siendo la injuria pública, con arreglo al capítulo primero, título segundo de la segunda parte, y de uno a seis años, si fuere privada. Si la injuria fuere cometida por medio de un

la seguridad interior del Estado y el orden público, y en este caso, se sigue diferenciando entre si se comete el delito en presencia del Rey o no⁹⁶ (como se hacía en el de 1822), y además, se añade que la pena será inferior en grado para el caso de que el sujeto injuriado sea el regente, los padres, el consorte, los infantes o la viuda. El Código Penal de 1870 ya recoge los delitos de lesa majestad dentro de los “Delitos contra la Constitución”. Continúa la distinción de si las injurias se profieren en presencia o en ausencia del Rey, y aquí se aplica la reducción en grado de la pena también, además del resto de sujetos que ya hemos mencionado en el de 1850, para el caso de que se dirija la injuria contra el inmediato sucesor. En 1928, se recogen los delitos contra el Rey dentro del Título sobre los “Delitos contra los Poderes Públicos y contra la Constitución”. No cambia la estructura del delito respecto de la regulación realizada en anteriores Códigos, aunque si la pena, que pasa a ser en este caso, por ejemplo, cuando la injuria tiene lugar en presencia del Rey, de diez a veinte años.

Durante la Segunda República estará vigente el Código Penal de 1932, en el cual ya no se hablará del Rey sino del Jefe de Estado⁹⁷, pero tampoco supuso mayor cambio. El Código de 1944 mantuvo la denominación de Jefe de Estado y se recoge como pena la pena de prisión mayor⁹⁸. No se aprecian notables diferencias respecto de lo establecido en el texto de 1932 en este aspecto. En 1973, se recoge en un texto refundido el de 1963 y las reformas que sobre este habían tenido lugar, y se establece tal delito dentro del Título “Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos Organismos de la nación, forma de gobierno y Leyes Fundamentales” que, sobre el delito de injurias al Rey en su presencia, recaerá la pena mayor. De nuevo, sin ninguna diferencia respecto de anteriores regulaciones.

Ya en época constitucional, se producen diversas reformas que no van a afectar al tipo penal de las injurias al Rey.

libelo infamatorio o en sermón o discurso al pueblo pronunciado en sitio público, se aumentarán dos años de pena en los casos respectivos”.

⁹⁶ “Art. 464: *El que injuriara al Rey o inmediato sucesor a la Corona en su presencia, será castigado con la pena de cadena temporal. Fuera de su presencia, incurrirá en pena de prisión mayor y multa de 400 a 4000 duros”*

⁹⁷ “Art. 148. *Se impondrá también la pena de prisión mayor en sus grados medio y máximo:*
1.º *Al que injuriare o amenazaré al Jefe del Estado en su presencia.*
2.º *Al que invadiera violentamente la morada del Jefe del Estado.*
Art. 149. *Incurrirá en la pena de prisión mayor en sus grados mínimo y medio el que injuriare o amenazaré al Jefe, del Estado por escrito o con publicidad fuera de su presencia. Las injurias o amenazas inferidas en cualquiera otra forma serán castigadas con la pena de prisión menor a prisión mayor en su grado mínimo, si fueren graves, y con la de arresto mayor en su grado medio a prisión menor en su grado mínimo, si fueren leves. “*

⁹⁸ “Art. 146. *Se impondrá la pena de prisión mayor: 1.º Al que injuriare o amenazare al Jefe del Estado en su presencia.*

4.1.3. *Las injurias a la Corona en la actualidad*

El delito de injurias a la Corona está tipificado en nuestro Código Penal dentro del Título XXI (*“Delitos contra la Constitución”*) capítulo II: Delitos contra la Corona. Concretamente, el art. 490.3 dice:

“3. El que calumniare o injuriare al Rey o Reina a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son”.

Por su parte, el artículo 491 establece lo siguiente:

“1. Las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses.

2. Se impondrá la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del Rey o Reina o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe o Princesa de Asturias, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona”.

De la lectura de los tipos, identificamos distintos rasgos destacables. En primer lugar, el carácter de delito pluriofensivo, pues si bien se protege el honor del Rey como bien jurídico individual, a este se suma la protección de un bien jurídico colectivo como es la función constitucional desempeñada por el Rey y el prestigio de una institución como es la Corona.

En segundo lugar, llama la atención el sujeto pasivo del delito: el Rey, cualquiera de sus ascendientes o descendientes, la Reina consorte o el consorte de la Reina, el Regente o algún miembro de la Regencia, y el Príncipe heredero⁹⁹. Esto contrasta con otros Códigos más antiguos, donde ya hemos señalado, se limitaba la protección al Rey y al Príncipe, o en todo caso, se reducía en un grado la pena para el supuesto de que se tratara de otros sujetos. Por último, podemos destacar la principal diferencia de ambos artículos: el primero hace referencia a las injurias y calumnias contra el Rey y resto de sujetos pasivos determinados en el ejercicio de sus funciones, y en el segundo, fuera de estas.

⁹⁹ Con la Reforma 1/2015 del Código Penal se introducen los términos Rey o Reina y Príncipe o Princesa herederos.

Hay que señalar, por otra parte, que será la Audiencia Nacional el tribunal encargado de conocer de los delitos contra el titular de la Corona, su consorte, y su sucesor, por atribución del art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4.2. ¿Es razonable el mantenimiento del delito de las injurias a la Corona?

Muchas son las voces críticas que se han alzado contra este delito, tanto en el plano político como doctrinal. Ahora, vamos a pasar a analizar los diversos reproches formulados contra este tipo penal.

En primer lugar, hay que señalar la deficiente técnica legislativa que se refleja en el art. 490 del Código Penal, al recoger conductas tan diversas como son el allanamiento de morada, las amenazas, y las injurias y calumnias, además de que este último delito se castiga también en el artículo siguiente¹⁰⁰.

La segunda crítica es defendida por Llabrés Fuster, y se refiere a los sujetos pasivos del tipo. Dice el profesor que la protección otorgada por el delito “*se extiende de forma desmesurada a personas que no ejercen funciones constitucionales*”¹⁰¹. Esto, aparte de excesivo, es una paradoja, pues el propio artículo 490.3 rige en los supuestos en que tales sujetos estén actuando dentro de sus funciones constitucionales. Además, se alude de forma inexplicable e indiscriminatoria a los ascendientes y descendientes, sin tener en cuenta circunstancias concretas como la lejanía de estos¹⁰². Es extraño y destacable que, si bien en Códigos anteriores no se incluían tal cantidad de sujetos pasivos, o al menos la pena se veía reducida según quien fuera el afectado, el Código Penal de 1995 lo amplía, cosa que ni los Códigos de la dictadura de Primo de Rivera ni de Franco habían previsto. Así, señala Enrique Gimbernat que, si bien nuestro actual Código ha sido llamado como “*el Código de la Democracia*”, “*camina precisamente en la dirección opuesta*”¹⁰³ y alega que se vulnera el principio de intervención mínima del Derecho penal. Pese a todo lo señalado, en la práctica, las condenas recaídas respecto de estos delitos, han sido por injurias al Rey¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Rebollo Vargas, R.: “Delitos contra la Constitución” En Córdoba Roda, J. y García Arán, M (Dir.): *Comentarios al Código Penal*. Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004. págs. 2380 y ss.

¹⁰¹ Llabrés Fuster, A.: *Comentarios al Código Penal*. (Dir) Manuel Gómez Tomillo. Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 1738 ss.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ Gimbernat Ordeig, E.: “Los privilegios penales de la Familia Real. Los delitos de y contra la Corona”. *La Ley*, 15133 (2010), págs. 1 y 2.

¹⁰⁴ Llabrés Fuster, A.: “Delitos contra...” .*cit*, págs. 1738 y ss.

En tercer lugar, hay que analizar el carácter de delito pluriofensivo. Este punto ha sido discutido, por ejemplo, por Tamarit Sumalla¹⁰⁵, rechaza la posibilidad de que el “*prestigio de las instituciones pueda prevalecer sobre la libertad fundamental de un sistema democrático liberal; el prestigio de las instituciones es solamente el resultado de un modo de funcionar de las diversas instituciones, no un instrumento para privilegiar ulteriormente a los detentadores del poder*”. Al contrario, Vives Antón sí es partidario de hacer esta diferenciación entre dos bienes jurídicos protegidos. Así, opina que la protección de la institución hay que encuadrarla en la garantía de la “dignidad de la función (entendida en el sentido de pretensión de respeto indispensable para el normal funcionamiento de los poderes públicos)”. Sin embargo, esta postura tiene una importante crítica, y es que la función del Rey, como bien se establece en la Constitución, es puramente simbólica¹⁰⁶. Como bien ha quedado reflejado en la jurisprudencia de los Estados Unidos, las instituciones en dicho país no merecen protección penal frente a las posibles expresiones de los ciudadanos. Esto, se debe a que, como bien ha hecho notar Bilbao Ubillos¹⁰⁷ y la organización “Article 19” en el caso Stern Taulats y Roura Capellera, las instituciones no son titulares de derechos fundamentales, sino que estos pertenecen a los ciudadanos frente a estas. Es por esto, que si se protege a una institución frente a las críticas ciudadanas “se invierte el principio fundamental en un sistema democrático, que exige que el Gobierno esté sometido al control de los ciudadanos¹⁰⁸”. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional viene advirtiendo en numerosas sentencias que lo que se está tratando de proteger con el tipo penal son los dos bienes jurídicos que Llabrés Fuster exponía: la dignidad y el honor del Rey, y el prestigio de una institución como la Corona, que cuenta con funciones constitucionales. En este, caso, la protección sí estaría justificada. Pero salta ahora, tras la anterior explicación, otra posible crítica, que formula Enrique Gimbernat¹⁰⁹, y que es la siguiente: ¿Por qué no se constituye el delito de la injuria y calumnia al Rey, como ocurre con el resto de ciudadanos, como un delito privado, sin necesidad de existencia de un tipo específico? Así, afirma Gimbernat, no se producirían las contradicciones de que sea el Ministerio Fiscal el que interponga denuncia, frente a la pasividad del Rey, e incluso en ocasiones, frente a su eventual preocupación por la gran difusión de estos asuntos debido a la actuación del Ministerio Fiscal.

¹⁰⁵ Tamarit Sumalla, J.M.: *La libertad ideológica en el Derecho Penal*. PPU, Barcelona, 1989, pág. 307.

¹⁰⁶ Muñoz Lorente, J.: “La libertad de expresión y las injurias al Jefe de Estado: La STS de 28 de septiembre de 1993. Los incidentes de la Casa de Juntas de Guernica”. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2 (1994), págs. 442.

¹⁰⁷ Bilbao Ubillos, J.M.: “La STEDH...”, *cit*, pág. 12.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ Gimbernat Ordeig, E.: “Los privilegios...”, *cit*, págs. 1 y ss.

Añade, por último, que los tribunales encargados de conocer de tales asuntos deberían ser los órganos jurisdiccionales ordinarios, y no la Audiencia Nacional.

Otra crítica que se formula respecto al tipo, es la de la inexistencia de la *exceptio veritatis* en estos supuestos. Echa en falta la *exceptio veritatis* Rafael Rebollo, al afirmar que hay encuadrar el tipo en el Estado social y democrático de Derecho, gobernado por la transparencia y la información¹¹⁰. Carece, también en mi opinión, de explicación lógica el hecho de que no se establezca para este tipo penal esta regla, debiéndose aplicar por analogía favorable al acusado.

Por tanto, ha quedado claro que la libertad de expresión es un derecho imprescindible en las democracias actuales en las que juega un papel indiscutible el pluralismo político, ya que el reconocimiento de este derecho va a consagrar la existencia o no de una opinión pública libre. Sin embargo, también ha quedado firmemente constatado que el mismo derecho no es, de ninguna manera, absoluto. Existen, especialmente en Europa, límites que van a restringir la amplitud de tal derecho, como puede ser el discurso del odio, la apología terrorista, el insulto o las manifestaciones claramente innecesarias y vejatorias.

Dentro de este marco, es necesaria a mi parecer, una figura penal que tipifique aquellas manifestaciones dirigidas contra el Jefe de Estado, en nuestro caso, contra el Rey, que atenten contra el último núcleo de su dignidad, o contra la propia institución. En el caso Stern Taulats, no está de ningún modo justificada la condena impuesta por los tribunales españoles, pero en el caso Otegi, a mi juicio, el límite a la libertad de expresión, si bien no evidente para un tribunal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, era necesario, por cuanto las declaraciones del portavoz por aquel entonces de un partido político vasco declarado poco después ilegal. Tal partido funcionaba como el brazo no armado de la organización terrorista de ETA.

Hay que señalar, además, que en el caso Otegi las acusaciones que se dirigen al Rey no son meras opiniones, sino que son formuladas como una manifestación de hechos que parece afirmar el portavoz de la Izquierda Abertzale. Es por esto que si consideramos tales expresiones como hechos, no estaríamos ya hablando de injurias sino de calumnias, excluyéndose entonces la libertad de expresión, a no ser que se demuestre que efectivamente tales afirmaciones son verdaderas o, cuando menos, veraces.

¹¹⁰ Rebollo Vargas, R.: "Delitos contra ...", *cit*, págs. 2380 y ss.

Por otro lado, comparto la crítica que realiza Llabrés Fuster¹¹¹ de la excesiva amplitud de sujetos pasivos recogidos en el tipo. En mi opinión, solo aquellos que puedan ejercer efectivamente funciones constitucionales, y más en concreto, el Rey (acaso, también el Príncipe o Princesa de Asturias), deben estar protegidos por el tipo penal. También se debe seguir la línea marcada por el Tribunal de Estrasburgo y hacer desaparecer la pena de prisión para esta clase de delitos.

Si bien soy partidaria de la reducción de los anteriores aspectos, no lo soy de la idea que Enrique Gimbernat defendía: la idea de eliminar el tipo específico y que se regule por el tipo general de injurias. La explicación es sencilla, la persona del Rey es inviolable, y aunque legislativamente se acabara con la inviolabilidad, no imagino como sería un juicio en el que una parte sea el mismo Rey. La desigualdad de las partes, sería evidente, tanto desde el punto de vista de la parte que acusa, por el hecho de que puede que el Rey cuente con mejores medios de defensa y más influencia, como por el hecho de que el propio Rey, por no querer verse involucrado personalmente en juicio por lo que esto supone a nivel mediático y de imagen, no ejercite jamás acciones en defensa de su derecho al honor, derecho que tiene reconocido como persona.

A las anteriores razones, se suma el argumento que ya ha sido esgrimido en anteriores epígrafes. Es preciso defendernos y defender nuestra democracia frente a los intolerantes, que pueden destruir el régimen de tolerancia que tanto trabajo ha costado implantar. Así, el hecho, por ejemplo, de que Otegi acuse al Rey, en resumen, de ser el jefe de los torturadores, sumado a la época de violencia terrorista que había vivido y seguía viviendo España, supone, más allá que una mera crítica para la formación de una opinión pública libre, la alimentación de un sentimiento de hostilidad ya existente en el País Vasco, contra el Rey, contra la Constitución, y contra el Estado español. El propio Tribunal Constitucional reconoció que no está amparado por la libertad de expresión el hecho de que se justifique un genocidio. ¿Debería estar amparada la justificación de la violencia terrorista?

Es verdad que hoy en día el tipo penal es incompatible con la concepción que ha tomado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión, si bien, en mi opinión, es necesario proteger el núcleo último de la dignidad del Rey en el ejercicio de sus funciones y fuera de ellas, como institución consagrada en nuestra constitución, y que desempeña cargos tan importantes como son la Jefatura de Estado y la más alta representación del Estado a nivel internacional. Esto no implica que el Rey quede fuera de

¹¹¹ Llabrés Fuster, A: "Delitos contra...".*cit*, págs. 1738 y ss.

todo debate político y de toda crítica hiriente (como ocurría en épocas pasadas, debido al carácter sagrado que a este se le atribuía¹¹²), sino que debe estar protegido de los insultos y críticas manifiestamente innecesarias y vejatorias. Todo ello sin perjuicio de la crítica ampliada que ha de soportar por ser un personaje público. Es este un tipo que castiga aquellos ataques contra el honor, si bien de forma agravada por la relevancia del sujeto pasivo del delito, y todo lo que éste representa.

5. CONCLUSIONES

En páginas anteriores hemos recordado que la libertad de expresión ha tenido una desigual evolución jurisprudencial en Estados Unidos y en los países europeos continentales. Si bien ha habido discrepancias sobre el ámbito en el que rige, si solo para expresiones políticas (teorías democrático-políticas) o en todos los ámbitos de la vida (teorías humanistas), se ha impuesto en este país el “libre mercado de las ideas”. La sociedad americana sigue siendo profundamente liberal y se entiende que las manifestaciones ideológicas merecen una destacada protección de los tribunales, aunque se dirijan contra las minorías raciales, étnicas o los símbolos nacionales.

Existen algunos límites, como la incitación a la violencia, pero siempre interpretados de forma muy restrictiva. Ni siquiera se ha reconocido al Estado la posibilidad de imponer un deber de respeto a la bandera. Sin embargo, en mi opinión, como bien señalaba Rosenfeld, al tener un modelo de libertad de expresión tan permisivo, se puede caer en la trampa de que los intolerantes, amparándose en ese modelo extremadamente tolerante, acaben con el mismo.

Por el contrario, el Derecho continental europeo, influenciado un poco por el clima de intolerancia del que se partía tras la Segunda Guerra Mundial, admitió la previsión de límites legítimos a la libertad de expresión, lo cual aparece mencionado en el propio art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se opta en muchos Estados europeos, entre los que no se encuentra el nuestro, por un modelo de democracia militante. Todo ello sin perjuicio de que cada vez nuestro sistema se aproxima más al sistema norteamericano y se comienza a proteger la libertad de expresión como un derecho privilegiado, y que debe ser protegido siempre y cuando no haya una necesidad social imperiosa para limitarlo.

¹¹² Muñoz Lorente, J.: “La libertad de expresión...”, *cit*, pág. 458.

Soy más partidaria de la construcción limitada del derecho fundamental manejada en Europa, puesto que nunca un derecho puede ser absoluto, ya que debe convivir con otros derechos, a veces igualmente relevantes, que también deben protegerse. Es, por tanto, imprescindible destacar la importancia de la libertad de expresión en las sociedades democráticas, sin olvidar nunca que no puede convertirse en un derecho absoluto. Esto ha sido, en mi opinión, trasladado de forma correcta a nuestra Constitución, la cual reconoce que tal derecho puede ser legítimamente restringido en determinadas ocasiones.

En particular hemos examinado las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaídas en los casos Stern Taulats y Roura Capellera y Otegi, mostrando una valoración desigual respecto de una y otra resolución.

Hemos señalado y motivado que, a nuestro parecer, el Tribunal Constitucional no ha estado acertado al denegar el amparo solicitado por Stern Taulats y Roura Capellera. Afirma en su resolución que la conducta de los recurrentes incita al odio, extremo que no se había alegado en ninguna instancia, y que, por tanto, no debe valorar el Alto Tribunal, que no puede revisar los hechos. Además, se banaliza la figura del discurso del odio, que está prevista para casos en los que el sujeto pasivo es un grupo especialmente vulnerable o tradicionalmente discriminado. Esto, por otro lado, deja entrever la poca confianza que el tribunal tenía en el argumento principal de la condena impuesta, y es que la conducta de los recurrentes fue vejatoria, verdaderamente injuriosa.

Los recurrentes deberían haber sido amparados, porque el Rey es un personaje público, que debe estar sometido a un margen de debate y de crítica más amplio que personas anónimas. Además, el derecho a la libertad de expresión nos permite manifestar opiniones por muy hirientes y molestas que lleguen a ser, siempre y cuando no consistan en insultos, o expresiones injuriosas y vejatorias. En el presente caso, las expresiones se producen en el trascurso de una manifestación contra la monarquía. Los actos solo son otra manera de expresar una crítica política contra tal institución. En mi opinión, se trata meramente de una actuación de mal gusto, pero no delictiva, pues considero que el tipo debe aplicarse a supuestos verdaderamente intolerables, debiendo hacerse una interpretación restrictiva del mismo. Por otro lado, el acto no ha originado incidentes violentos ni hay señales de que pudiera incitar a la violencia. El Tribunal Constitucional debe tener en cuenta también que el Derecho penal debe ser considerado como la última ratio. No hay, como bien señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una necesidad social imperiosa que justifique la condena, como sí considero que la hay en el caso Otegi. Por último respecto al caso Stern

Taulats y Roura Capellera, hay que decir que el Tribunal Constitucional debió prever que, si la condena a Otegi se declaró contraria al Convenio por el Tribunal de Estrasburgo en su día, en este caso iba a serlo también, al ser un caso mucho más claro y menos controvertido. En resumen, el Tribunal debió otorgar el amparo a los recurrentes, pues en este caso no rigen las restricciones que el derecho a la libertad de expresión es susceptible de sufrir.

No ocurre lo mismo, a nuestro entender, en el caso Otegi. Conviene recordar que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, se le pueden imponer límites como los que hemos visto anteriormente, y otros como son el orden público, la seguridad nacional, etc. Otro límite legítimo, y muy importante, aparece cuando lo que se expresa no son opiniones, sino que se alude a hechos que el emisor profiere como ciertos. Más aún si lo que se hace es acusar de delitos tan graves como la tortura. En este punto ya no estaríamos ante un delito de injurias, sino más bien de calumnias. Si bien es cierto que ambos se recogen en el mismo tipo penal para el caso de que el sujeto pasivo sea el Rey, ambos presentan autonomía conceptual. Y si Otegi imputa un hecho delictivo al Rey y quiere defender la legitimidad de su manifestación debe acreditar la concurrencia de la *exceptio veritatis*, que aunque no se recoge en el tipo penal de injurias al Rey, se debería, a mi juicio, aplicar por analogía favorable al acusado. Solamente si se demuestra que el hecho es verdadero o al menos veraz, no habrá responsabilidad penal.

Por otro lado, y para el caso de que el argumento de que estamos ante hechos y no meras opiniones no sea del todo convincente, es necesario sacar a relucir que Otegi era el portavoz de un partido posteriormente declarado ilegal, que actuaba como el brazo político del grupo terrorista etarra en España. Las manifestaciones se profirieron en un momento en el que ETA todavía operaba en nuestro país, y esta cuestión debió haber sido tomada en cuenta por el Tribunal de Estrasburgo. Las declaraciones de Otegi debían haber sido consideradas como contrarias al orden público y la paz social, y amenazantes para la seguridad nacional, además de incitar a la violencia. Si bien, no considero que se pueda encuadrar dentro del discurso del odio, pues como he dicho antes, esta figura se debe reservar para el caso en el que los sujetos pasivos sean grupos especialmente vulnerables.

No comparto, por otro lado, la opinión de Sánchez de Diego, en la que se refiere a que el Rey no puede ser considerado como actor político. A mi juicio, el margen de crítica de este debe ser igual o mayor que el reconocido para los personajes políticos, ya que este ni siquiera ha sido elegido.

En resumen, a mi juicio, el caso Otegi sí debió suponer un límite a la libertad de expresión, pues se debía haber tenido en cuenta el contexto de violencia terrorista que aún existía en España.

Claro, para que tal condena se pueda imponer, debe existir un tipo penal que contemple el delito de injurias al Rey. Aunque la existencia de esta protección penal ha sido cuestionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, me parece conveniente mantenerla en el futuro, aunque sea de aplicación e interpretación muy restrictiva, para proteger el honor del Rey, y el prestigio de la Corona, como institución constitucional.

Ahora bien, resulta preciso acometer una profunda modificación del tipo penal que lo haga compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Lo primero es realizar una reducción de los sujetos pasivos recogidos en el tipo, y restringirlo solo a los posibles sujetos que puedan desempeñar funciones constitucionales, en especial al Rey. Lo segundo, es que el tipo se aplique solo en los supuestos más evidentes y desmesurados, lo que se entiende por el principio de intervención mínima del Derecho penal. Y es que el Rey, como personaje público que es, y la Corona como institución, deben estar sometidas a las críticas, por más hirientes que éstas puedan ser. En tercer lugar, soy partidaria de añadir la *exceptio veritatis* al tipo, que actualmente no se recoge. En cuarto y último lugar, creo que no se debe incluir el delito de injurias al rey en el tipo general de injurias, puesto que se podrían producir desequilibrios entre las partes, además de que el Rey es inviolable.

Para concluir, me parece adecuado traer a colación una reflexión hecha por el abogado y profesor peruano Ivan Fabio Meini: “Por más que en un determinado caso se opte por hacer prevalecer un derecho sobre otro, se ha de respetar, como mínimo, el contenido esencial del derecho sometido. Si llegado el caso se considera necesario que prevalezca el derecho a la libertad de expresión relegándose el derecho al honor, se ha de tener en cuenta el contenido esencial de éste: la dignidad”¹¹³.

¹¹³ Meini Méndez, I.F.: “La disyuntiva entre honor y expresión”. *Ius et veritas* 21 (2000), pág. 192.

BIBLIOGRAFIA

Barriuso Clark, G.: *Derecho Constitucional comparado: la libertad de expresión en España y EEUU*. Universidad de Alcalá, Alcalá, 2017.

Bilbao Ubillos, J. M.: “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada”. *Revista General de Derecho Constitucional*, 28 (2018).

Bork, R.: “Neutral principles and some first amendment problems”, *Indiana Law Journals*, 47 (1971).

Climent Gallart, J.: “La jurisprudencia estadounidense sobre el lenguaje simbólico en relación con las banderas y su acogimiento por el TEDH”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. 1 (2015).

Emerson, T.: *The Sustetn of Freedom of Expression*. Random Housc, Nueva York, 1970.

Fernández Bautista. S.: “La veracidad, las expresiones y el derecho penal”. (Dir.) Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. En *Protección penal de la libertad de expresión e información*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2012.

Freixes Montes, J.: “La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: ¿Un modelo para Europa?” *Derecho privado y Constitución*, 10 (1996).

Gimbernat Ordeig, E.: “Los privilegios penales de la Familia Real. Los delitos de y contra la Corona”. *La Ley*, 15133 (2010).

Gómez Corona, E. “El prestigio de las instituciones como límite a la libertad de expresión de los ciudadanos”^a, *Revista española de derecho administrativo*, 1151 (2011).

González-Varas Ibañez, Alejandro: “Libertad de expresión, libertad religiosa, y prevención del terrorismo: régimen jurídico en los ordenamientos internacional y francés”. Dykinson. Madrid, 2018.

Guillén López, E.: “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo”. *Teoría y realidad constitucional, UNED*, 42 (2018).

Llabrés Fuster, Antoni: “Comentarios al Código Penal”. Director: Manuel Gómez Tomillo. Lex nova, Valladolid, 2011

Marciani Burgos, B.: “La posición preferente del derecho a la libertad de expresión, un análisis crítico de sus fundamentos”. *Pensamiento Constitucional*, 11 (2011).

Meiklejohn, A.: “The first Amendment is an Absolute”. *The supreme Court review*, 1961.

Meini Méndez, I.F.: “La disyuntiva entre honor y expresión”, en *Ius et veritas*, 21 (2000)

Mill, J.S: *On Liberty*. Cambridge, Cambridge UP, 1989.

Mir Puig, Santiago: “Protección penal de la libertad de expresión e información”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

Muñoz Lorente, J.: “La libertad de expresión y las injurias al Jefe de Estado: La STS de 28 de septiembre de 1993. Los incidentes de la Casa de Juntas de Guernica”. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2 (1994).

Nimmer, B.: *Nimmer on Freedom of Speech*. Matthew Bender, Nueva York, 1984.

Núñez Encabo, M: “Europa y EEUU: dos conceptos divergentes de la libertad de expresión”. *Anuario de derechos humanos*, Nueva Época. 9 (2008).

Pérez de la Fuente, Oscar: *Libertad de expresión y discurso político: propaganda negativa y neutralidad de los medios en campañas electorales*. Tirant lo Blanch, México, 2014

Ponce Martínez, C.: “La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos judiciales internos”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, 128375 (2001).

Rebollo Vargas, Rafael: “Delitos contra la Constitución” En Córdoba Roda, J. y García Arán, M (Dir.): *Comentarios al Código Penal*. Marcial Pons. Madrid, 2004. Tomo II.

Rodríguez Montañés, T: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Roselfend, M.: “La filosofía de la libertad de expresión en América”. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1 (2000).

Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M.: “Las injurias al Rey a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Sentencia Otegi Mondragón contra España (Requête nº 2034/07) de 15 de marzo de 2011”. *Revista General de Derecho Europeo*, 24 (2011).

Sánchez González, S.: “Sobre la libertad de expresión en el mundo anglosajón”. *Revista de Administración Pública*, 127 (1992).

Sparapani Galicia, A.: *Una distinta construcción del discurso del odio en EE.UU. y en Europa*. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2018.

Tamarit Sumalla, J.M.: *La libertad ideológica en el Derecho Penal*. PPU, Barcelona, 1989.

Vidal Prado, C.: “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán”, en *Estudios Constitucionales*, 2 (2017).

VVAA: “Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, *Clínica Jurídica per la Justicia Social*, Universitat de Valencia, Valencia, 2013.