



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**El Delito de Injurias
contra la Corona, desde la
perspectiva de la jurisprudencia
española y europea**

Presentado por:

Ana Arnáiz Esteban

Tutelado por:

Alejandro Luis de Pablo Serrano

Valladolid, 30 de septiembre de 2021

RESUMEN

Los tribunales españoles han emitido diversas condenas por injurias y calumnias contra la Corona por los artículos 490 y 491 CP, pero, cada vez que una de ellas ha llegado al TEDH, se ha condenado al Estado español por vulneración del art. 10 del Convenio, que reconoce la libertad de expresión. El análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional y el TEDH evidencia que la tipificación de los insultos contra los miembros de la Familia Real es problemática y produce un “efecto desaliento” en el ejercicio de los derechos fundamentales, sobre todo, el de la libertad de expresión. Por ello, el TEDH y varias organizaciones internacionales han solicitado a las autoridades españolas que eliminen estos delitos de su legislación o, al menos, los modifiquen para minimizar estos efectos negativos sobre un derecho humano esencial en las sociedades democráticas, y, finalmente, el Congreso se encuentra tramitando la reforma este 2021.

ABSTRACT

The Spanish courts have issued several convictions for libel and slander against the Crown under articles 490 and 491 of the Spanish Criminal code, but each time one of them has been sued before the ECtHR, Spain has been convicted on the grounds of violation of article 10 of the Convention. An analysis of the sentences of both the Spanish Constitutional court and the ECtHR shows that the criminalisation of insults against the members of the Royal Family is problematic and has a chilling effect on the free exercise of fundamental rights—especially that of freedom of expression—. Thus, the ECtHR and several international organisations have asked the Spanish authorities to repeal these crimes or, at least, reduce the negative effects they have on an essential human right in democratic societies, and the Legislative is finally doing so in 2021.

PALABRAS CLAVE

Injurias, Calumnias, Corona, TEDH, Tribunal Constitucional, Libertad de expresión, Libertad de información, “Chilling effect”, Discurso del odio, Derechos humanos, Crítica política, Derecho penal.

KEY WORDS

Libel, Slander, Crown, ECtHR, Constitutional Court, Freedom of expression, Freedom of speech, Freedom of information, Chilling effect, Hate speech, Human rights, Political criticism, Criminal law.

ÍNDICE

Índice	1
Abreviaturas frecuentemente utilizadas	3
1. Introducción	4
2. Ubicación sistemática del delito y relación con figuras similares.....	6
2.1. Bien jurídico protegido.....	7
2.2. Tipo penal: objetivo y subjetivo	9
2.2.1. Sujeto activo y pasivo	9
2.2.2. Acción típica de las injurias y calumnias contra la Corona.....	10
2.2.3. Tipo subjetivo: dolo.....	10
2.2.4. Penalidad	11
2.3. La <i>exceptio veritatis</i> o prueba de la verdad	11
2.3.1. El caso de Miguel Castells	12
3. El conflicto del delito de injurias contra la Corona con los derechos fundamentales y las libertades públicas.....	16
3.1. El alcance a libertad de expresión y su protección constitucional.....	16
3.1.1. Límites a la libertad de expresión	17
3.1.2. El caso de “El Jueves”.....	19
3.2. El rechazo a la democracia militante: la libertad ideológica y el discurso político	21
3.3. La doctrina del efecto desaliento o <i>chilling effect</i>	24
4. El delito de injurias contra la Corona ante el filtro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	25
4.1. El caso de Otegi Mondragón.....	25
4.1.1. El caso ante los tribunales españoles: la libertad de expresión no ampara el insulto.....	25

4.1.2.	La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2011.....	27
4.2.	El caso de Stern Taulats y Roura Capellera	30
4.2.1.	La STC 177/2015, de 22 de julio: las creativas interpretaciones del Tribunal Constitucional	31
4.2.2.	La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de marzo de 2018.....	38
5.	Propuestas de reforma del delito de injurias contra la Corona.....	45
5.1.	La proposición de reforma del Grupo de Estudios de Política Criminal	45
5.2.	Proposición de ley orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión	46
6.	Conclusiones	50
7.	Bibliografía.....	53
8.	Resoluciones judiciales consultadas	55

ABREVIATURAS FRECUENTEMENTE UTILIZADAS

AAN	Auto de la Audiencia Nacional
AN	Audiencia Nacional
Art./-s.	Artículo/-s
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
c.	Contra
CE	Constitución española de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
FJ	Fundamento jurídico
GEPC	Grupo de Estudios de Política Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
v.	<i>Versus</i> , contra

1. INTRODUCCIÓN

El delito de injurias contra la Corona, tipificado en los arts. 490.3 y 491.1 del CP, volvió a irrumpir en 2021 en el debate público a raíz de la detención del rapero catalán Pablo Rivadulla Duró, mejor conocido por su nombre artístico Pablo Hasél, tras ser desestimado su recurso ante el TS contra la sentencia de la AN que lo condenaba por los delitos de enaltecimiento del terrorismo, de injurias y calumnias a la Corona y utilización de la imagen del rey, y de injurias a las instituciones del Estado¹.

Esta condena deriva de una serie de publicaciones en su perfil de Twitter y la letra de una de sus canciones con el título “Juan Carlos el Bobón”. Esta sentencia fue muy polémica, no sólo en los medios de comunicación, sino también en los propios tribunales, suscitando el voto disidente de dos de los cinco magistrados de la Sala de lo Penal del TS y de uno de los tres componentes de la Sala de lo Penal de la AN, que abogaban por la absolución del rapero.

También se han hecho eco de este asunto una gran cantidad de organizaciones internacionales, como Amnistía Internacional, la Plataforma por la Defensa de la Libertad de Información, Article19, etc. que han denunciado supuestos abusos en el uso de la vía penal para la represión de la libertad de expresión en España².

En vista de esta situación, parece relevante repasar la jurisprudencia en esta materia del TC español, así como del TEDH, pues el Estado español, al ratificar el CEDH el 26 de septiembre de 1979, acepta la competencia de este Tribunal, haciendo así sus sentencias y doctrina vinculantes para los órganos españoles, que, en consecuencia, se refieren a muchas de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en la fundamentación de sus propias sentencias.

Asimismo, el TEDH es el órgano competente para resolver en última instancia sobre la legitimidad de las restricciones de cualquiera de los derechos reconocidos por el CEDH que puedan llevar a cabo los tribunales nacionales de cualquier Estado firmante de este Convenio³.

¹ STS 135/2020, de 7 de mayo.

² A lo largo de este trabajo, cuando se haga referencia a la libertad de expresión, se va a entender comprendida en dicha mención también la libertad de información, aunque no se diga expresamente, porque ambas libertades son reconocidas también de forma conjunta por los arts. 10 del CEDH y 20 de la CE y reciben el mismo tratamiento ante los tribunales.

³ STEDH de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, §31.

Por este motivo, en gran parte, el presente trabajo se va a centrar en realizar un análisis conjunto de la jurisprudencia española y la del TEDH en aquellos casos en que condenas en España por injurias a la Corona se han convertido, al llegar a Estrasburgo, en condenas a España por vulneración del art. 10 del CEDH.

Se analizarán los argumentos del TC español, fundamental, aunque no exclusivamente, y los rebatimientos de los mismos por el TEDH, así como de las sentencias que ambos utilizan para sostener dichos argumentos.

También se hará una evaluación de la necesidad y la adecuación de la proposición de reforma del CP que se tramita actualmente en el Congreso, que suma a la importancia en el contexto actual del tema objeto de este trabajo.

Atendiendo a los resultados de este examen, el fin último que persiguen las siguientes páginas es determinar a qué se deben las condenas del TEDH a España –ya sea una pobre interpretación del CEDH por parte de los órganos jurisdiccionales españoles, una atención insuficiente a la jurisprudencia del TEDH y otros instrumentos internacionales a disposición de los tribunales españoles, una cuestión de desactualización de la legislación vigente en España, u otro motivo–, para, una vez identificado el problema, proponer una solución para el mismo que evitaría futuras condenas a España por vulneración del art. 10 del CEDH.

2. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DELITO Y RELACIÓN CON FIGURAS SIMILARES

El delito de injurias contra la Corona es un tipo agravado de los delitos de injurias y calumnias por razón del sujeto pasivo, regulado en los artículos 490, apartado 3, y 491, apartado primero, del Capítulo II “Delitos contra la Corona”, en el Título XXI, del Libro II del CP.

La institución de la Corona, establecida constitucionalmente en el Título II de la CE, en los arts. 56 a 65, tiene una gran relevancia por ser su titular el Jefe del Estado español, que se constituye en el art. 1.3 CE como una monarquía parlamentaria, y tal importancia se ve reflejada en su especial protección penal.

Una manifestación de esta protección cualificada, además de los delitos previstos en el Capítulo II, es el “principio real” o “de protección” dispuesto por el art. 23.3.b de la LOPJ, que establece que la jurisdicción española conocerá de todos los hechos dirigidos contra el titular de la Corona, su consorte, sucesor o regente, cometidos en el extranjero, independientemente de si los autores son españoles o extranjeros.

La doctrina no suele mencionar el art. 491.1 y se limita al análisis del artículo que lo precede, que es por el que se ha condenado en todos los casos que han llegado al TEDH, por lo que también mi investigación se centra inevitablemente en éste; sin embargo, considero ciertamente relevante la existencia de este tipo, que es, por ejemplo, el artículo en virtud del cual se condenó a Pablo Hasél⁴.

Me parece pertinente, sobre todo de cara a determinar cuál es el bien jurídico protegido y el fin perseguido por este delito, dado que se refiere a los supuestos de injurias o calumnias contra las personas mencionadas en el apartado 3 del art. 490, pero cuando éstos no se encuentran en el ejercicio de sus funciones ni se les insulta con motivo de su pertenencia a la institución; es decir, estaríamos hablando de las injurias y calumnias contra estas personas en su ámbito personal, cuando actúan como civiles⁵, y, de hecho, el TS se refiere como bien jurídico protegido por este artículo al derecho al honor y a la intimidad que a estas personas les reconoce el art. 18 CE, como al resto de españoles⁶.

⁴ STS 135/2020, de 7 mayo.

⁵ AGUDO FERNÁNDEZ, Jaén Vallejo y Perrino Pérez. *Derecho penal aplicado: parte especial: delitos contra intereses colectivos o difusos* (Madrid: Dykinson, 2019), pp. 322-323.

⁶ STS 135/2020; FJ 3.

Podría llegarse a pensar que el hecho de que exista este tipo para las injurias contra la familia real en su esfera personal implica que se considera el honor de estas personas como constitucionalmente relevante, más allá de su papel institucional en la Corona. Esto de por sí despierta dudas sobre la legitimidad del fin que puede perseguir una tipificación específica para la protección del honor de la familia real en su esfera privada, en lugar de que, para ello, recurran, como cualquier otro ciudadano, a los delitos del Título XI del CP.

Sin embargo, resulta aún más desconcertante que las penas que prevé este artículo lleguen a ser de menor entidad que las de los tipos generales, como en el caso de las calumnias hechas con publicidad, que pueden suponer una pena privativa de libertad de hasta dos años o hasta veinticuatro meses de multa, según lo dispuesto en el art. 206 del CP.

El art. 491.2 tipifica también la utilización de la imagen de cualquiera de las personas enumeradas en el apartado tercero del art. 490 si tal uso perjudicara el prestigio de la Corona, conllevando esta conducta penas de hasta veinticuatro meses de multa.

2.1. Bien jurídico protegido

La sentencia de la Sala de lo Penal de la AN de 21 de mayo de 2013 señala como bien jurídico protegido por los delitos contra la Corona el honor de las personas que enumera el art. 490.3 y también la dignidad de la institución monárquica⁷. Esta afirmación, no obstante, resulta controvertida en algunos aspectos.

En primer lugar, está la cuestión de si verdaderamente el honor de las personas enumeradas es el bien jurídico protegido por el art. 490.3, pues no falta en la doctrina quien afirma, sensatamente, que este artículo, por su ubicación en el Capítulo sobre los Delitos contra la Constitución, no es un delito de naturaleza personal, sino pública, por lo que el bien jurídico protegido es exclusivamente la institución constitucional de la monarquía, y no tanto el honor ni la dignidad de las personas que se enumeran en dicho artículo⁸, el cual estaría protegido por el tipo general de injurias o de calumnias, respectivamente, aunque, si tal fuera el caso, carecería de sentido la existencia del art. 491.1.

⁷ SAN 2526/2013, de 21 de mayo; FJ 2.

⁸ MARCHENA GALÁN. «Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n° 34 (2018): p. 143.

En la misma línea, aunque empleando distintos argumentos, se ha señalado que la crítica hacia el monarca en el ejercicio de sus funciones, como exige el tipo, no conlleva un menosprecio del rey en su esfera personal, por lo que su honor, en tanto que valor personalísimo, no se ve de ninguna manera afectado, porque no supone una ofensa contra la persona del rey, sino exclusivamente contra su rol como titular de la Corona⁹.

En segundo lugar, despiertan muchas dudas, generalmente, las referencias al honor de las instituciones. Buena parte de la doctrina considera que el honor es un atributo exclusivo de las personas físicas¹⁰, por lo que la libertad de expresión no entraría en conflicto con el honor de las instituciones, que no gozarían de protección constitucional bajo el art. 18.1, como sí lo hacen las personas físicas.

El propio TC, ya en 1988, se refería a la impropiedad de hablar del derecho al honor de las instituciones públicas, puesto que el derecho al honor que reconoce la CE en el art. 18.1 se reconoce a las personas, consideradas como individuos. Sugiere el TC cambiar la expresión por los términos de “dignidad, prestigio y autoridad moral”, más correctos, pero sin protección constitucional, sino meramente aquélla que le otorguen las leyes, y, desde luego, sin el carácter de derecho fundamental. Es por ello por lo que, ante un conflicto con la libertad de expresión, que sí que goza del estatus de derecho fundamental y, por tanto, de protección constitucional, la dignidad de la institución se verá muy debilitada¹¹.

No obstante, otra parte de la doctrina admite sin matizaciones el derecho al honor de las personas jurídicas y, por ende, también su capacidad para ser sujeto pasivo de los delitos de injurias y calumnias¹².

El TC considera totalmente compatibles la existencia de este delito y la participación política a través de la crítica legítima a la monarquía, siempre y cuando tal crítica no suponga una vejación o ultraje¹³, y, sin embargo, en mi opinión, esto empuja a una situación en la que sólo es aceptable o, al menos, seguro para el autor emitir una crítica totalmente racional y bien argumentada, lo cual no debería ser exigible para las expresiones de disconformidad con las actuaciones de una tan alta autoridad como el Jefe del Estado, cuyas actitudes son de tan grande relevancia pública.

⁹ STS 1284/2005, de 31 de octubre: voto particular disidente del magistrado Andrés Ibáñez.

¹⁰ STC 214/1991, de 11 de noviembre; FJ 6.b).

¹¹ STC 107/1988, de 8 de junio; FJ 2.

¹² ZUGALDÍA ESPINAR, «Delitos contra el honor», en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, de Marín de Espinosa Ceballos y Esquinas Valverde (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), p. 169.

¹³ STC 177/2015, de 22 de julio, recurso de amparo n.º 956-2009; FJ 3.c).

Al igual que en el tipo general de injurias, debe producirse una lesión objetiva del honor y no meramente subjetiva, es decir, basada en la valoración del propio sujeto pasivo del delito¹⁴. El tribunal debe valorar, por tanto, si ha habido o no una verdadera ofensa de la reputación y estima del sujeto.

2.2. Tipo penal: objetivo y subjetivo

2.2.1. Sujeto activo y pasivo

Los sujetos pasivos de estos delitos aparecen enumerados en el art. 490.3 y son: el rey, la reina o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, la reina consorte o el consorte de la reina, el regente o algún miembro de la regencia, o el príncipe o la princesa de Asturias.

Añade el importante matiz de que sólo lo serán si la injuria va dirigida a ellos “en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas”. La determinación de estos sujetos como sujetos pasivos de este delito se debe, por tanto, exclusivamente a su pertenencia a la Familia Real, persiguiendo el delito la defensa de la institución a través de la protección de sus componentes.

Por ser el sujeto pasivo la especialidad de estos tipos, el sujeto activo –el autor del delito–, debe tener conocimiento de que la persona contra quien dirige la injuria o calumnia es un miembro de la familia real¹⁵.

Sorprende que el Legislador considere el honor de cualquiera de las personas de la Familia Real de igual relevancia constitucional que el del rey o reina, que ostenta la Jefatura del Estado. Si la protección cualificada del Jefe de Estado ya despierta dudas entre los organismos internacionales y en la jurisprudencia del TEDH –como se desprende de las condenas a España en este sentido y como veremos a lo largo del trabajo–, podemos afirmar que la defensa reforzada del honor de los familiares del Jefe de Estado resulta, de todo modo, jurídicamente injustificable¹⁶.

¹⁴ SAP Barcelona, Sección tercera, de 6 de octubre de 1999.

¹⁵ AGUDO FERNÁNDEZ, Jaén Vallejo y Perrino Pérez. *Derecho penal aplicado: parte especial: delitos contra intereses colectivos o difusos* (Madrid: Dykinson, 2019), p. 317.

¹⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, «El segundo “caso Pablo Hasél”», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 20 (2021), p. 396.

2.2.2. *Acción típica de las injurias y calumnias contra la Corona*

La morfología de estos delitos es muy similar a la de los delitos de injurias y calumnias contra el resto de ciudadanos, variando poco más que en las penas y, por descontado, en el sujeto pasivo.

El tipo general de calumnias se encuentra en el art. 205 del CP y señala que la calumnia consiste en la imputación de un delito hecha a sabiendas de que no es cierta, con “temerario desprecio hacia la verdad”. El de injurias se define en el 208 del CP como la “acción o expresión que lesionan [*sic.*] la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”; éstas últimas han de ser necesariamente graves, al contrario que las calumnias, para considerarse una conducta delictiva, y también se aplica el requisito de las calumnias de que el autor sea consciente de la falsedad de lo que se expresa.

2.2.3. *Tipo subjetivo: dolo*

Los delitos deben ser realizados de forma dolosa, y, además, el dolo debe abarcar tanto el ataque al honor de la persona miembro de la familia real como el ataque a la dignidad de la monarquía¹⁷.

Como en el tipo general de las injurias, las injurias contra la Corona se deben emitir con *animus iniuriandi* (ánimo de injuriar), y no serán antijurídicas cuando se transmitan con el fin de criticar, corregir, informar, divertir, etc¹⁸. Por tanto, únicamente serán sancionables penalmente las expresiones injuriosas que persigan de forma intencional el fin de menoscabar el prestigio de la Corona o el honor de sus integrantes.

Algunos autores –e incluso alguna sentencia de la AN– aceptan la posibilidad del dolo de segundo grado¹⁹, aquél que existiría cuando el autor del delito pretende la consecución de un resultado que necesariamente conlleva una agresión de los bienes jurídicos protegidos por este tipo, pero esto no parece compatible con el requisito del *animus iniuriandi*, por lo que rechazo esta postura.

¹⁷ SAN 2526/2013, de 21 de mayo; FJ 2.

¹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, «Delitos contra el honor», en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, de Marín de Espinosa Ceballos y Esquinas Valverde (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), p. 173.

¹⁹ LIBEX, «Calumnias o injurias al rey, la reina y a ciertos miembros de su familia», 2020, <https://libex.es/calumnias-o-injurias-al-rey-la-reina-y-a-ciertos-miembros-de-su-familia/> y SAN 2526/2013, de 21 de mayo; FJ 2.

2.2.4. Penalidad

El artículo 490.3 establece distinta pena en función de la gravedad de las injurias: si son graves, pena de prisión de seis meses a dos años; y, de lo contrario, pena de multa de seis a doce meses.

Este artículo, pues, aplica las mismas penas del art. 206 del CP, de las calumnias, equiparando, en términos de sanciones, las calumnias hechas con publicidad contra un particular a las injurias graves contra la Corona, lo cual supone una pena mucho más perjudicial para el condenado por éstas que si estuviéramos ante un delito de injurias contra un particular, que se sanciona, como máximo, con catorce meses de multa, cuando fueran realizadas con publicidad. Además, también se sancionarán las injurias menos graves o leves, que, cuando son dirigidas contra un particular, se consideran atípicas, si bien se admite la demanda por la vía civil para esos casos.

El art. 491.1 establece pena de multa de cuatro a veinte meses para la situación de que se injurie o calumnie a estas personas “fuera de los supuestos previstos [en el art. 490.3]”.

Por tanto, las penas establecidas para las injurias y calumnias contra los miembros de la Familia Real en el ejercicio de sus funciones son mayores que fuera de tal ejercicio, lo cual implica que los insultos y acusaciones vertidos contra ellos en el ámbito de la crítica política serán más gravemente sancionados, pudiendo conllevar incluso la privación de la libertad. Este criterio del Legislador resulta, cuanto menos, dudoso, ya que, como se verá a lo largo de este trabajo, contradice toda la jurisprudencia, tanto constitucional como europea, que configura el debate político como la parte nuclear del derecho a la libertad de expresión que debe, consecuentemente, gozar de una especial protección²⁰.

2.3. La *exceptio veritatis* o prueba de la verdad

Hay que entender que, aunque no se contemple expresamente la aplicabilidad de la *exceptio veritatis* en los arts. 490 y 491, sí resulta aplicable por analogía a los delitos de injurias y calumnias, que sí que reconocen explícitamente esta posibilidad de exención absoluta de la

²⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, «El segundo “caso Pablo Hasél”», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 20 (2021), p. 396.

responsabilidad penal a través de la prueba de la veracidad de los actos imputados al sujeto pasivo. Sin embargo, el TC no lo ha admitido así expresamente en ninguna resolución²¹.

En el caso de las calumnias, esto se regula en el art. 207 del CP. En el caso de las injurias, se hacen más precisiones: la prueba de la verdad de las declaraciones, cuya aplicabilidad se consiente por el art. 210 del CP, sólo conllevará la exención de la responsabilidad penal cuando las injurias fueran dirigidas contra un funcionario público en el ejercicio de su cargo o cuando se hubiese imputado una infracción administrativa. Esto es así dado que la libertad de expresión no ampara el derecho al insulto, por lo que, aunque lo dicho sea verdadero – cosa, por otra parte, difícil de probar, pues los insultos generalmente surgen de una mera apreciación subjetiva de quien los emite–, no debe decirse²².

En cualquier caso, la aplicabilidad de la *exceptio veritatis* en los delitos contra el honor de instituciones no siempre ha estado clara.

2.3.1. *El caso de Miguel Castells*

En 1979, Miguel Castells Arceche, senador por Herri Batasuna, publicó un artículo en un diario vasco en el que imputa cerca de treinta asesinatos cometidos en el País Vasco entre 1977 y 1979 a grupos fascistas, según Castells, amparados por el gobierno.

Fue el TS, por la condición de representante político del acusado, quien solicitó la retirada de la inmunidad parlamentaria del senador y lo procesó por el delito de injurias contra el gobierno, tipificado por el art. 161 del CP de 1944²³, modificado en 1983 para añadir las

²¹ URÍAS MARTÍNEZ, «Castells c. España (STEDH, de 26 de abril de 1992): La libertad de la crítica política veraz». En *Conflicto y diálogo con Europa*, de R. Alcácer Guirao, M. Beladiez Rojo, J. M. Sánchez Tomás y L. y López Guerra (Cizur Menor, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2013), p. 577.

²² ZUGALDÍA ESPINAR, «Delitos contra el honor», en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, de Marín de Espinosa Ceballos y Esquinas Valverde (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), pp. 172-173.

²³ Art. 161 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (CP 1973) [Última modificación del CP a la fecha de la sentencia en cuestión]: “Incurrirán en la pena de prisión mayor: 1.º Los que injuriaren o amenazaren gravemente al Consejo de Regencia, al Gobierno, al Consejo del Reino, al Consejo Nacional del Movimiento o al Tribunal Supremo de Justicia”. El art. 162 de la misma ley establece la pena de prisión menor si la injuria o amenaza no fuera grave. Estas penas venían fijadas en el art. 30 del Código, y son, respectivamente, de seis años y un día a doce años, y de seis meses y un día a seis años.

La LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, cambia dichas instituciones por el Regente o Regentes, el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y los Gobiernos de las Comunidades Autónomas.

nuevas instituciones constitucionales a las protegidas bajo este tipo penal y eliminar las del régimen previo, sin modificar las penas aplicables.

Castells solicitó como prueba al TS la elaboración, por parte del Estado, de informes sobre las investigaciones realizadas y medidas tomadas contra los presuntos perpetradores de los ataques a los que se refería en su artículo para probar la veracidad de los hechos que había imputado al Gobierno, pero su petición fue denegada; el TS consideraba que la inadmisión de la prueba propuesta por Castells no vulneraba su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa²⁴, pues la *exceptio veritatis* no era aplicable en casos de injurias hacia instituciones, sino únicamente hacia particulares, puesto que en aquel caso se protege un bien superior de la colectividad, y también por expresa exclusión del CP vigente en el momento²⁵. El TS expresó este criterio tanto en auto de 19 de mayo de 1982 como en el de fecha 16 de junio del mismo año.

Por esta razón, Castells presentó un recurso de amparo ante el TC, que lo inadmitió al entender que no tenía competencia, pues no se podía considerar vulnerado ningún derecho garantizado por la CE hasta que no hubiera, en su caso, sentencia condenatoria²⁶.

La Sala de lo Penal del TS condena finalmente a Castells, por el delito de injurias menos graves contemplado en el art. 162, a un año y un día de prisión y a no ejercer cargos públicos durante el tiempo que durase la condena²⁷. Sobre la admisibilidad de la *exceptio veritatis*, el TS considera que no puede alegarse para el delito de injurias contra una institución del Estado, porque tales instituciones gozaban de una protección adicional en el ámbito penal bajo la legislación vigente y porque no había ningún funcionario concreto afectado, pues la acusación de Castells iba dirigida al Gobierno en su conjunto²⁸.

En efecto, el Capítulo I del Título X del Libro II del CP entonces en vigor, “De la calumnia”, aceptaba la exención de responsabilidad penal de quien probara el crimen que hubiere imputado, mientras que el Capítulo II, “De las injurias”, por el que se condenó a Castells, la excluía en todos los casos salvo en el de insultos contra funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo y en el de imputación de un delito que no se persigue de oficio.

²⁴ Art. 24.2 CE.

²⁵ Art. 461 del CP 1973: “Al acusado de injuria no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones sino cuando éstas fueren dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo [...]”.

²⁶ ATC 340/1982, de 10 de noviembre.

²⁷ STS (Sala Segunda) de 31 de octubre de 1983.

²⁸ STEDH *Castells c. España* (Demanda n.º 11798/85), de 23 de abril de 1992; §21 *in fine*.

Castells recurre en amparo esta sentencia del TS, alegando que se ha vulnerado el principio de la presunción de inocencia al no permitírsele aportar pruebas, además del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) y la libertad de expresión e información (art. 20 CE) en relación con su derecho a participar en los asuntos públicos a través de la crítica política en su condición de senador (art. 23 CE).

El TC desestimó el recurso en fecha 10 de abril de 1985, lo cual llevó a Miguel Castells a interponer una demanda ante el TEDH en septiembre de ese año. Para el TC, la cuestión de la admisibilidad de la *exceptio veritatis* en relación con el delito de injurias contra el Gobierno planteaba una cuestión de interpretación legal más que de cumplimiento de la CE, y la aplicación del art. 161 CP era materia únicamente de los tribunales ordinarios, por tanto, se abstuvo de juzgar esta cuestión, si bien señaló que fue una irregularidad que el TS anticipara parcialmente su opinión sobre el fondo del asunto al rechazar la posibilidad de la prueba de la verdad²⁹.

El TEDH no consideró que se hubiera vulnerado el derecho del demandante a la presunción de inocencia ni a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) ni el principio *nulla poena sine lege* (art. 7 CEDH), por lo que inadmitió parcialmente la demanda, admitiéndola únicamente en lo referente a la posible vulneración del derecho a la libertad de expresión del art. 10 y de la prohibición de discriminación del art. 14 CEDH, y éste último finalmente considera innecesario abordarlo en la sentencia³⁰.

Las limitaciones de la libertad de expresión del art. 10 CEDH tienen que cumplir lo establecido por el apartado segundo de dicho artículo: que estén previstas por la ley, que persigan un fin legítimo y que sean necesarias en una sociedad democrática.

El TEDH considera que la ley nacional española sí que preveía suficientemente la indudable restricción de la libertad que supone castigar penalmente el acto de insultar al Gobierno. En cuanto a si la limitación cumplía un objetivo legítimo, pese a que el TS había señalado que éste era la protección del honor del Gobierno, el TC, por su parte, no había ratificado esta declaración, sino que apuntaba como propósito de la restricción la prevención del desorden a través de la desacreditación de instituciones democráticas, lo cual era especialmente importante en España en 1979, dado que la instauración de la democracia en el país era muy

²⁹ STC 51/1985, de 10 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985), FJ 9.

³⁰ STEDH *Castells c. España*, § 22.

reciente y, por ende, frágil. El TEDH coincide con esta afirmación y considera, por tanto, que la medida persigue un fin legítimo³¹.

Sin embargo, el TEDH declara que la interferencia en la libertad de expresión del demandante no es necesaria en una sociedad democrática. Aduce que la libertad de expresión de los representantes políticos es aún más importante, si cabe, que la del resto de ciudadanos, y especialmente la de políticos de la oposición; que los límites de la crítica aceptable realizada por la prensa y la opinión pública a actos del gobierno son muy amplios; y que el gobierno, por la posición de poder que ocupa, debería comedirse a la hora de recurrir a la vía penal, particularmente en casos en los que los intereses del gobierno entran en conflicto con derechos fundamentales de los ciudadanos, como era el presente, y optar por las medidas menos restrictivas cuando fuere necesario sancionar estos comportamientos.

Igualmente, considera el TEDH un factor determinante a la hora de determinar que había habido una vulneración de la libertad de expresión de Castells el hecho de que se le denegara la posibilidad de alegar la *exceptio veritatis*, así como de probar su buena fe, pues esto habría podido afectar al fallo del TS³².

Los votos particulares de los jueces De Meyer y Pekkanen no comparten esta apreciación del TEDH, pues consideran que, en primer lugar, la actuación del senador Castells constituía un ejercicio totalmente lícito de su libertad de expresión y opinión, con independencia de que se le permitiera o no aportar pruebas de los hechos imputados al gobierno o de su buena fe. Concretamente, el juez De Meyer sostiene que es inaceptable que en una sociedad democrática se condene a un ciudadano por publicar su punto de vista sobre una cuestión de interés general³³.

³¹ *Ibid.*, §§ 35-39.

³² *Ibid.* §§ 40-50.

³³ *Ibid.*, anexo: votos concurrentes de los Jueces J. De Meyer y R. Pekkanen.

3. EL CONFLICTO DEL DELITO DE INJURIAS CONTRA LA CORONA CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS LIBERTADES PÚBLICAS

3.1. El alcance a libertad de expresión y su protección constitucional

El TC en su jurisprudencia ha señalado que la función de la libertad de expresión es garantizar “la formación y existencia de una opinión pública libre”, por lo que es “condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos”³⁴, que de otra forma quedarían “vacíos de contenido real [...] y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática”³⁵. Junto con la libertad de información, recogida en el mismo artículo, la libertad de expresión contribuye a salvaguardar el pluralismo político que el art. 1 CE defiende como valor supremo del ordenamiento jurídico español³⁶. Ésta es la llamada “dimensión pública y objetiva de la libertad de expresión e información” y constituye un fundamento decisivo de una sociedad democrática abierta y bien informada, motivo por el cual esta dimensión conforma el núcleo esencial de la libertad de expresión³⁷.

Por este importante rol que cumple la libertad de expresión en el sistema democrático, el TC le reconoce a este derecho fundamental una “posición preferente” y “especial protección” (STC 101/2003, de 2 de junio), para permitir un despreocupado intercambio de ideas y opiniones, “sin timidez y sin temor” (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, y 50/2010, FJ 7), incluso cuando lo expresado resulte molesto para terceros, como señala el TEDH en la sentencia del asunto *De Haes y Gijssels contra Bélgica* de 1997 (§ 46), que cita el TC en SSTC 235/2007, de 7 de noviembre; 177/2015, de 22 de julio; y 107/1988, de 8 de junio.

Ésta última determina, no obstante, que la libertad de expresión debe ejercitarse sobre cuestiones de interés general para que constituya efectivamente una aportación a la formación de la opinión pública y, por tanto, pueda gozar de esa protección reforzada frente a otros derechos fundamentales, como el derecho al honor de las personas públicas, que ejercen funciones públicas o que están implicadas en hechos relevantes para el público. Conforme a lo señalado por el Tribunal, ellas han de tolerar que sus derechos subjetivos de

³⁴ STC 9/2007, de 15 de enero; FJ 4.

³⁵ STC 6/1981, de 16 de marzo; FJ 3.

³⁶ *Ibid.* Voto particular del magistrado Fernández Viagas.

³⁷ GEPC, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), p. 11.

la personalidad sean menoscabados por opiniones, críticas e informaciones que resulten de interés general, ya que esto es absolutamente necesario para garantizar los valores de la democracia.

También en este sentido se ha expresado el TEDH, por ejemplo, en la sentencia *Colombani y otros contra Francia*, de 25 de junio de 2002: los límites de la crítica son más amplios cuando se trata de un político actuando como figura pública y debe mostrar una mayor tolerancia ante periodistas y el público en general. Tendrá derecho a la protección de su reputación, incluso en su faceta pública, pero tal protección deberá someterse a una rigurosa ponderación junto con los intereses del libre debate sobre cuestiones públicas relevantes, pues las restricciones a la libertad de expresión han de ser interpretadas de forma estricta (§56).

De lo expuesto se deduce que la jurisprudencia del TC, en línea con la del TEDH, se adscribe a una tendencia garantista en materia de libertad de expresión, especialmente cuando se trata de críticas contra figuras públicas, como sin duda alguna lo es el Jefe de Estado.

3.1.1. Límites a la libertad de expresión

La libertad de expresión reconocida por el art. 20, pese a su posición destacada en el frontispicio de los derechos fundamentales, no es ilimitada, como ha manifestado el TC en diversas sentencias³⁸.

El Tribunal considera que los límites de la libertad de expresión son el insulto, entendido como “expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”³⁹, y el discurso del odio⁴⁰. Aparte de estos límites que, podría decirse, son de tipo doctrinal o contruidos “doctrinalmente”, la misma Constitución española en el art. 20 recoge otros límites explícitos de la libertad de expresión: el respeto a los derechos del Título I de la CE; especialmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del art. 18, y a la protección de la juventud y de la infancia del art. 39.

³⁸ SSTC 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo; 50/2010, de 4 de octubre; 177/2015, de 22 de julio, entre otras.

³⁹ STC 50/2010, de 4 de octubre (BOE núm. 262, de 29 de octubre de 2010); FJ 7.

⁴⁰ Sobre esto me extenderé más adelante al analizar la STC 177/2015, de 22 de julio, en el epígrafe 4.2.1.

Por su parte, el segundo apartado del art. 10 del CEDH recoge los límites a la libertad de expresión que aplica el TEDH en sus sentencias: que las restricciones estén establecidas por una ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar la seguridad nacional, la moral y el orden público, la integridad territorial, la protección de la reputación y derechos de terceros, para evitar la distribución de información confidencial o preservar la autoridad e imparcialidad judiciales; es decir, para un fin legítimo.

La libertad de expresión, en cualquier caso, como derecho especialmente protegido, deberá prevalecer cuando entre en conflicto con otros derechos, como ya he señalado, razón por la cual, en caso de que se produjera tal conflicto, los límites de la libertad de expresión se deben someter a una minuciosa ponderación para valorar si se han sobrepasado éstos y, por tanto, los hechos no están amparados constitucionalmente, o si, por el contrario, no se trata de una conducta antijurídica⁴¹.

Como señala la STC 127/2004, de 19 de julio, la realización de este examen es obligatoria cuando se estén enjuiciando comportamientos que pueden constituir o bien una conducta delictiva o bien el ejercicio de derechos y libertades fundamentales, respectivamente; de no llevarse a cabo, se podría recurrir en amparo la resolución en cuestión para su anulación. Tal ponderación tiene como objetivo determinar si las opiniones o juicios de valor objeto de examen son innecesariamente vejatorias y, en el caso de informaciones, si éstas son o no ciertas. En ambos casos, tiene que haber *animus iniuriandi* para poder considerar que ha habido un ejercicio ilícito de la libertad de expresión, pero, además, habrá que estar al contexto en el que se emiten dichas expresiones para poder hacer una correcta valoración⁴².

En la sentencia del caso *Colombani y otros c. Francia*, el TEDH expresa, en relación con los límites de la libertad de expresión, que las restricciones de esta libertad pública deben responder a una “necesidad social imperiosa” que las justifique suficientemente y han de ser, en todo caso, proporcionadas respecto del fin que se persigue con ellas. Asimismo, el TEDH señala que, cuando se trate de limitar la libertad de información, debe primar el interés de cualquier democracia de garantizar y mantener una prensa libre (§57), y los tribunales partirán de la premisa de la buena fe de los periodistas de proporcionar información verdadera y fiable acerca de cuestiones de interés general.

⁴¹ STEDH *Colombani y otros c. Francia*, §56.

⁴² MARCHENA GALÁN. «Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión.» *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 34 (2018), p. 143.

Las libertades de expresión e información son esenciales para las sociedades democráticas, y, por este motivo, considera el Tribunal que las restricciones de ambas deben ser mínimas y respetar la proporcionalidad a la que han de sujetarse, invariablemente, las disposiciones penales, y, aún de forma más estricta, aquéllas que sean limitativas de derechos fundamentales.

Además, la jurisprudencia del TEDH, y también del TC en consonancia, insiste en que se ha de recurrir a la respuesta penal en la menor medida posible, sólo en casos excepcionales⁴³. Sería preferible la vía civil, por la que asimismo se puede garantizar la protección del derecho al honor y la reparación del daño causado al afectado por ataques a su derecho mediante la difusión de insultos, acusaciones, información falsa, etc.⁴⁴, pues perjudica en menor medida al injuriante, pero también a la sociedad, al no causar disuasión en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

3.1.2. *El caso de “El Jueves”*

Por la amplitud de la cobertura de la libertad de expresión, se considera, asimismo, que los mensajes puramente satíricos, caricaturescos o exagerados, que persiguen simplemente un ánimo de provocación, están plenamente protegidos por este derecho fundamental⁴⁵.

Sin embargo, en 2007, el Juzgado Central de lo Penal condena por injurias al entonces Príncipe heredero, en virtud de los dos primeros apartados del art. 491 del CP, a la pena de diez meses de multa con una cuota diaria de diez euros (esto es, tres mil euros) a dos humoristas y artistas colaboradores de la revista “El Jueves” que habían realizado una portada para el semanario, consistente en una representación caricaturesca de Felipe de Borbón y su esposa manteniendo relaciones sexuales con motivo de una medida del Gobierno para fomentar la natalidad⁴⁶. El Juzgado Central de Instrucción n.º 6 incluso llegó a ordenar el secuestro de las copias del número de la revista y la destrucción de los moldes⁴⁷.

⁴³ En este sentido se expresa el TEDH en la ya vista sentencia *Castells c. España* (1992) (§46), y también *Otegi Mondragón c. España* (2011) (§58), que se verá en profundidad más adelante, en el epígrafe 4.1, así como en varios textos elaborados por el Consejo de Europa, que se mencionarán en el mismo epígrafe.

⁴⁴ Art. 1, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la posibilidad de recurrir en amparo ante el TC.

⁴⁵ LIBEX, «Calumnias o injurias al rey, la reina y a ciertos miembros de su familia», 2020, <https://libex.es/calumnias-o-injurias-al-rey-la-reina-y-a-ciertos-miembros-de-su-familia/>

⁴⁶ SAN 62/2007, de 13 de noviembre, Juzgado Central de lo Penal, Sección primera.

⁴⁷ Procedimiento abreviado n.º 220/07.

Considera la Sección primera que se trata de una representación indubitadamente ultrajante y objetivamente injuriosa, pues señalaba al Príncipe de Asturias como un “vago” y un “codicioso”. Ante la invocación de los acusados de su libertad de expresión, el Juzgado Central de lo Penal se pregunta si la manifestación tiene un interés público, que es el criterio que indica que hay que seguir la STC 107/1988, como veíamos en este mismo epígrafe al referirnos al alcance de la libertad de expresión, y determina que no, que la viñeta únicamente tenía el ánimo de humillar e insultar a los príncipes, por lo que carecía de cualquier contenido relevante para la opinión pública.

Esta representación de los entonces Príncipes de Asturias no pretendía ser más que un acompañamiento cómico, en consonancia con el género de la revista, a una crítica hacia el subsidio de natalidad que había anunciado el Gobierno. En la sentencia, se hace referencia a cómo los príncipes no tenían ninguna relación con la toma de esta decisión por parte del gobierno, pero, como señaló en su voto particular el magistrado Sáez Valcárcel, al que se adhirieron otros tres magistrados del Juzgado, los príncipes son personas públicas que deben tener una mayor tolerancia frente a expresiones desagradables o hirientes⁴⁸.

Se señala en este voto disidente que la caricatura tiene un carácter inherentemente jocoso, por lo que tiene el mismo peso injurioso que podría tener un mero chiste o broma. Asimismo, recoge una serie de argumentos de por qué, en su opinión, el fallo de la sentencia ha errado: la viñeta sí que es de interés público, pues es, como decía, una crítica hacia el subsidio que iba a aprobar el Gobierno a la sazón, y señala que, además, los príncipes podían ser también destinatarios de la subvención si tenían descendencia, por lo que no era tan arbitraria la elección de la pareja, y menos si se toma en consideración la gran relevancia pública que tienen en tanto que Príncipes de Asturias.

Sáez Valcárcel sostiene también que no procede considerar que la viñeta constituya una crítica contra miembros de la familia real, pues lo que se criticaba era la ya mencionada acción del Gobierno, y que mostrar a dos personas teniendo relaciones sexuales no es inherentemente vejatorio.

Opino a este respecto que la viñeta sí contenía un tinte crítico con la Monarquía, pues insinuaba que el Príncipe de Asturias “no había trabajado en su vida”. Sin embargo, mientras el Juzgado Central considera esto un ataque personal hacia el Príncipe, tachándole de vago,

⁴⁸ SAN 62/2007, de 13 de noviembre: voto disidente del magistrado Sáez Valcárcel, al que se adhieren los magistrados Fernández Prado, Ricardo de Prada y Bayarri García.

creo que la realidad se acercaba más a una crítica contra la Monarquía en sí, como institución “inútil”, según la ideología que suele difundir la publicación “El Jueves” y, como tal, plenamente amparada por la libertad de expresión, dentro de la especie de la crítica política.

3.2. El rechazo a la democracia militante: la libertad ideológica y el discurso político

La democracia militante es un concepto jurídico que se refiere a aquella técnica constitucional que establece un núcleo inmodificable del sistema político de un Estado y que defiende aquél de forma activa frente a cualquier partido político o individuo con fines contrarios a los principios básicos que configuran ese núcleo. La democracia militante, fenómeno propio del continente europeo, aparece como reacción frente al Holocausto⁴⁹, que generó la urgencia de proteger los sistemas democráticos y sus valores de libertad, pluralismo y tolerancia frente a la amenaza de regímenes totalitaristas que privan de sus derechos a ciertos grupos de personas con base únicamente en su intolerancia.

Algunos países que han incorporado este modelo a sus constituciones son Portugal, Italia, Francia y, probablemente el ejemplo más claro y conocido, Alemania con su *streitbare Demokratie* (democracia combativa)⁵⁰.

En Estados Unidos, en cambio, se considera que el discurso público –incluso aquél que ataca abiertamente a la Constitución, a la democracia y a los derechos de otras personas–, es enriquecedor para el sistema democrático y sus instituciones, pues se entiende que es lo contrario –la censura de opiniones divergentes e ideologías disidentes– lo que es propio de regímenes totalitarios⁵¹.

Otra de las manifestaciones de la democracia militante, para Alcácer Guirao⁵², es que limita los derechos fundamentales de los ciudadanos que los emplean para destruir los derechos de terceros o dificultar su ejercicio. El art. 18 de la Ley fundamental para la República Federal de Alemania, por ejemplo, permite que el Tribunal Constitucional Federal limite los derechos

⁴⁹ ALCÁCER GUIRAO, «Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE. UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 103 (enero-abril 2015), p. 48.

⁵⁰ PRADO CUEVA, «Los límites de la tolerancia: en defensa de una democracia militante», *El Catoblepas*, n° 190 (2020), p. 12.

⁵¹ Voto disidente del juez Jackson en *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949) y *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

⁵² ALCÁCER GUIRAO, «Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE. UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 103 (enero-abril 2015), p. 48.

fundamentales de quienes los ejerzan de forma contraria al orden democrático que instituye la Constitución.

En el Estado español, en cambio, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, excluye la “democracia militante” –concepto introducido por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal en la STC 48/2003, de 12 de marzo– del modelo democrático, lo que implica que en España los derechos fundamentales y, concretamente, las libertades que reconoce el art. 20 CE, comprenden la posibilidad de que se empleen con el objetivo de criticar o rechazar el sistema constitucional español; no se impone la adhesión a la democracia ni, concretamente, al sistema democrático confeccionado por la CE; esto no significa, desde luego, que se puedan realizar acciones inconstitucionales, sino simplemente que se pueden mantener e, incluso, divulgar opiniones de rechazo a la CE o a algún aspecto de la misma⁵³.

En línea con ello, la Constitución española reconoce a los individuos y las comunidades la libertad de ideología, que, combinada con la libertad de expresión, da lugar al discurso político, que gozaría de una protección constitucional en virtud de ambas libertades y del hecho de que el TC haya descartado jurisprudencialmente el modelo de democracia militante.

El TEDH, pese a la tendencia europea en favor de la democracia militante, defiende en sus sentencias la legitimidad de la crítica contra las instituciones y los sistemas democráticos establecidos constitucionalmente, como comprobaremos a lo largo de este trabajo –aunque sí reconoce la posibilidad lícita de limitar los derechos fundamentales de las personas cuando atenten contra los de otras⁵⁴–, poniendo la libertad de expresión por encima de la defensa de la democracia e incluso del honor de los individuos que representan a las instituciones estatales.

El discurso político es una parte fundamental de la libertad de expresión, razón por la cual la libertad de expresión de los representantes electos tiene aún menos limitaciones, como se establece en varias sentencias del TEDH, entre ellas, la del caso *Castells c. España*, de 1992, ya vista, y la STEDH en el asunto *Otegi Mondragón contra España*, de 15 de marzo de 2011, que se verá más adelante.

En *Castells c. España*, el TEDH señala la especial importancia de la libertad de expresión de los parlamentarios, y más aún la de los de la oposición, pues representan a sus votantes, abordando sus preocupaciones y defendiendo sus intereses. Es por este motivo por el que

⁵³ MARCHENA GALÁN, «Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión.» *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 34 (2018), p. 138

⁵⁴ Art. 17 CEDH.

las interferencias en su libertad de expresión deben ser controladas todavía con mayor escrupulosidad (§ 42).

Pese a que esta sentencia se emitió en 1992, no es hasta el año 2000 que el TC lo cita por primera vez en su sentencia 112/2000, de 5 de mayo, y de forma un tanto cuestionable, pues la cita en el FJ 6 al excluir del ámbito de la libertad de expresión manifestaciones “indudablemente injuriosas”, lo cual es complicado relacionar con la STEDH *Castells c. España*⁵⁵, y varias menciones posteriores de esta sentencia del TEDH por parte del TC despiertan, asimismo, confusión. Es curioso y se ha de señalar que ninguna de esas menciones de la STEDH se hace para argumentar el derecho a la crítica política y, en concreto, el de los representantes políticos, lo cual podría decirse que supone la principal aportación de dicha resolución⁵⁶.

El juez Sáez Valcárcel, en el voto disidente de la SAN 4837/2008, de 5 de diciembre, expresa que la esencia de la democracia es la protesta social y las manifestaciones de discrepancia política, sobre todo las que vienen directamente de los ciudadanos, pues no han sido tamizadas por la prensa.

Es más, la crítica política amparada por la libertad de expresión no necesita estar correctamente formulada ni argumentada en absoluto. Así se deduce de que el TEDH haya determinado que son un ejercicio lícito de la libertad de expresión actos como mostrar en presencia del Presidente de Francia una pancarta en la que se leía simplemente “Vete”, acompañado de un insulto dirigido contra él⁵⁷, o quemar fotografías de representantes políticos o Jefes de Estado en casos como *Partido Popular Demócrata Cristiano c. Moldavia* (n.º 2) o *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*⁵⁸.

Sancionar penalmente esta clase de actuaciones desalienta la disidencia, como veremos a continuación al hablar del “*chilling effect*”, y, por tanto, debilita lo que, al parecer de Sáez Valcárcel, es el núcleo de la sociedad democrática.

⁵⁵ El párrafo de la STEDH citado por el TC declara que las autoridades estatales pueden adoptar, para garantizar el orden público, medidas para reaccionar apropiadamente y sin exceso a las acusaciones difamatorias formuladas sin fundamento o con mala fe. Resulta artificiosa la relación que establece el TC entre esta afirmación y la exclusión de las expresiones indudablemente injuriosas de la protección constitucional bajo el art. 20.

⁵⁶ URÍAS MARTÍNEZ, «Castells c. España (STEDH, de 26 de abril de 1992): La libertad de la crítica política veraz». En *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, de Alcácer Guirao, Beladiez Rojo, Sánchez Tomás y López Guerra (Cizur Menor, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2013), p. 575.

⁵⁷ STEDH de 14 de marzo de 2013, caso *Eon c. Francia*.

⁵⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, «El segundo “caso Pablo Hasél”», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 20 (2021), p. 399.

3.3. La doctrina del efecto desaliento o *chilling effect*

Como señalaba previamente, se ha de recurrir al Derecho penal con cautela en lo referente a limitar derechos fundamentales, ya que, de lo contrario, se corre el riesgo de disuadir a las personas del ejercicio de los mismos; esto es lo que se conoce como la doctrina del “efecto desaliento”, o “*chilling effect*” en inglés, originada por la Corte Suprema de Estados Unidos.

El *chilling effect* consiste en la inhibición o desaliento del ejercicio legítimo de un derecho constitucional por un potencial enjuiciamiento en bajo una ley o por la posible aplicación de una sanción⁵⁹. Esta doctrina es seguida también por el TC español, que la emplea, entre otras⁶⁰, en la STC 136/1999, de 20 de julio⁶¹, en la que estima el recurso de amparo interpuesto por componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna condenados por el TS por colaboración con banda armada por la difusión de un vídeo en el que la banda terrorista ETA ofrecía al Gobierno central un acuerdo para poner fin al conflicto vasco, al considerar que la sanción impuesta había sido desproporcionada. En el FJ 20 de esta sentencia, el TC dice lo siguiente:

“Una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada”.

El TEDH, especialmente tras su sentencia en el asunto *Castells c. España* en 1992, hace hincapié en este aspecto: habrá que justificar de forma absolutamente convincente todas las sanciones que se impongan –ya sean penales, administrativas o civiles– por criticar a las autoridades o a figuras públicas que las representen, y tales sanciones, bajo ningún concepto, podrán provocar la disuasión del ejercicio de los derechos fundamentales por la prensa ni por cualquier otro ciudadano⁶².

⁵⁹ “Chilling effect”. *Webster’s New World Law Dictionary* (2010), Hoboken, New Jersey: Wiley Publishing, Inc., 2010.

⁶⁰ SSTC 52/1983, de 17 de junio; 190/1996, de 25 de noviembre; 187/1999, de 25 de octubre; STC 86/2017, de 4 de julio, *inter alia*.

⁶¹ BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1999.

⁶² MARTÍN HERRERA, «¿Serán precisas más condenas del TEDH para dejar de proteger lo (in)defendible en España? Crónica de una interminable manipulación del 'hate speech' para enmudecer al disidente molesto», *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 9, n° 1 (2018), p. 52.

Aunque es totalmente legítimo por parte de los Estados el deseo de proteger especialmente a sus instituciones y autoridades, pues éstas no sólo son representantes sino también garantes del orden constitucional, “la posición dominante que éstas ocupan obliga a las autoridades a demostrar contención en el uso de la vía penal”⁶³ para evitar esta clase de consecuencias, razón por la cual también, los tribunales tienen el deber de interpretar restrictivamente las limitaciones de la libertad de expresión y hacerla preponderante cuando entre en conflicto con la reputación de instituciones o personas políticas.

4. EL DELITO DE INJURIAS CONTRA LA CORONA ANTE EL FILTRO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

4.1. El caso de Otegi Mondragón

4.1.1. El caso ante los tribunales españoles: la libertad de expresión no ampara el insulto

El acusado en este asunto era Arnaldo Otegi Mondragón, que, en el momento de los hechos, era portavoz del grupo parlamentario *Sozialista Abertzaleak*. Otegi fue condenado en virtud del art. 490.3 CP por haber proclamado ante la prensa que el rey era “el responsable de los torturadores”, aludiendo al papel del monarca como la más alta autoridad del Ejército español⁶⁴, y que éste “ampara la tortura” e “impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia”.

Dicha declaración se hizo en 2003, tan solo cinco días después de que el Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de la AN ordenara el secuestro del diario *Euskaldunon Egunkaria*, el único periódico editado en euskera, así como su cierre temporal, la intervención de sus activos y la detención provisional y arresto incomunicado durante cinco días de siete responsables de

⁶³ SSTEDH *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, § 58; *Jiménez Losantos c. España*, de 14 de junio de 2016, § 51; y *Stern Taulats y Roura Capellera*, de 13 de marzo de 2018, § 33.

⁶⁴ Art. 62.h) CE: “Corresponde al Rey: el mando supremo de las Fuerzas Armadas”.

este diario⁶⁵, que afirmaron haber sido torturados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuando el rey realizó una visita oficial a Bilbao.

El TSJ del País Vasco, en sentencia de 18 de marzo de 2005, consideró que las declaraciones de Otegi estaban amparadas por la libertad de expresión, ya que las interpretó como una crítica política contra la institución monárquica, que no se refería a la vida íntima del rey sino a su papel como Jefe del Estado⁶⁶; por tanto, declaró inocente al político.

La magistrada Bolado Zárrega añadía en su voto particular que las manifestaciones enjuiciadas reflejaban la ideología de Otegi y su grupo parlamentario, que rechazaba el modelo de monarquía parlamentaria establecido por la CE. D.^a Bolado remarca el hecho de que la CE permite el rechazo al modelo de Estado que en ella se formula. Señalaba asimismo que, si bien las expresiones merecían ser amonestadas, por su violencia, tal reprensión no había de ser penal, pues se trataba de una crítica lícita a la institución de la Corona, y además las figuras públicas deben tolerar un mayor grado de críticas. Así, considera la jueza que la condición de parlamentario del acusado, junto con el contexto político, hacen sus declaraciones relevantes para la opinión pública; y, al no amenazar la seguridad del Estado ni afectar al honor, puesto que no iban dirigidas contra aspectos privados del monarca, están amparadas por la libertad de expresión⁶⁷.

No obstante, esta sentencia fue recurrida en casación por la Fiscalía, que ahora alegaba que lo declarado por Otegi constituía discurso de odio; y fue el TS quien declaró al parlamentario culpable del delito de injurias a la Corona, al estimar que sus afirmaciones atentaban contra el honor del rey. El Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, sin embargo, en su voto disidente, que coincide con la decisión del TSJ vasco, señala que las instituciones no gozan de tal honor, pues se trata de una cualidad que corresponde únicamente a las personas físicas⁶⁸.

El TS sostiene que la libertad de expresión no ampara el derecho al insulto, que era lo que había emitido Otegi, por ser sus declaraciones, según el Tribunal, excesivamente molestas y absolutamente innecesarias; y que el honor de terceros es un límite de esta libertad constitucional⁶⁹. El TS anula la STSJ del País Vasco y condena a Otegi a un año de prisión, a

⁶⁵ AAN, de 26 de julio de 2004, Juzgado Central de Instrucción n.º 6. Diligencias previas 216/01. Estas medidas fueron posteriormente anuladas en SAN 1347/2010, de 12 de abril.

⁶⁶ STSJ del País Vasco (Bilbao), 1206/2005, de 18 de marzo; FJ 2.

⁶⁷ *Ibid.*, voto particular de la magistrada Bolado Zárrega: FJ 7.

⁶⁸ STS 1284/2005, de 31 de octubre: voto particular disidente del magistrado Andrés Ibáñez, párr. 5.

⁶⁹ Cita para ello la STEDH *Castells c. España* de 1992, de nuevo, de forma discutible, como ya se ha señalado que parece ser una práctica habitual en la jurisprudencia nacional. *Vid.* URÍAS MARTÍNEZ, «Castells c. España

la suspensión del derecho de sufragio pasivo durante ese año y al pago de las costas, ignorando la doctrina que recomendaba recurrir a las sanciones penales únicamente en casos excepcionales, y favorecía acudir a otros medios para responder a este tipo de insultos dirigidos hacia instituciones estatales, que podrían enmarcarse en la crítica política⁷⁰.

En el recurso de amparo ante el TC que interpuso el procesado, alegando una vulneración de los arts. 20 y 16 CE, su defensa mantenía que las declaraciones se habían realizado en un contexto político, que constituían una crítica política y que el honor de la Corona y del rey se debilitan frente a la libertad de expresión. El Tribunal, empero, consideró sus palabras desproporcionadamente ofensivas y vejatorias, y, por tanto, no dignas de protección constitucional y, por ende, inadmitió el recurso en auto de 3 de julio de 2006⁷¹.

4.1.2. *La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2011*

Arnaldo Otegi presentó una demanda ante el TEDH en la que su defensa alegaba que la protección especial que se le confería al rey y la Familia Real españoles era contraria al art. 10 CEDH, además de que se trataba de una restricción no necesaria en una sociedad democrática, requisito establecido en el apartado segundo del art. 10 para cualquier limitación de la libertad de expresión.

El TEDH resolvió sobre este asunto en sentencia de 15 de marzo de 2011. Comprobó si se cumplían los requisitos del art. 10.2 para las injerencias en el derecho y determinó que, en efecto, la restricción venía prevista por el CP español, pero que, en lo referente al discurso político y el debate sobre cuestiones de interés público, las limitaciones deben ser mínimas pues la libertad de expresión se torna más fundamental aún. Cita el Tribunal el asunto *Castells c. España* para hacer hincapié en que la libertad de expresión de los representantes políticos es más amplia, si cabe, que para cualquier otro individuo; mientras que, por su posición

(STEDH, de 26 de abril de 1992): La libertad de la crítica política veraz». En *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, de Alcácer Guirao, Beladiez Rojo, Sánchez Tomás y López Guerra (Cizur Menor, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2013), pp. 573-574.

⁷⁰ Así lo hace, por ejemplo, la propia STEDH *Castells c. España* en el párrafo 46. *Vid.* MARTÍN HERRERA, «Serán precisas más condenas del TEDH para dejar de proteger lo (in)defendible en España? Crónica de una interminable manipulación del 'hate speech' para enmudecer al disidente molesto», *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 9, n° 1 (2018), p. 61.

⁷¹ ATC 213/2006, de 3 de julio; FJ 6.

dominante, las instituciones como la Corona deberían recurrir a la vía penal muy extraordinariamente⁷².

Otegi actuaba como representante político en el momento de emitir aquellas declaraciones y, además, que lo hizo en un momento en que resultaba de interés público por lo sucedido recientemente con el diario *Egunkaria*, por lo que se trataba de un discurso político⁷³, el cual ha de gozar de una especial protección: a los representantes políticos, señalaba el Tribunal, les está permitido recurrir a la exageración y la provocación en sus manifestaciones como tales representantes. El TEDH indicó, asimismo, que el discurso del demandante no constituía una incitación al uso de la fuerza, ni mucho menos un discurso del odio, pues carecía de contenido violento⁷⁴.

El Tribunal de Estrasburgo insiste en esta sentencia de 2011 en lo que ya había dictaminado en la sentencia del asunto *Colombani y otros contra Francia*, de 25 de junio de 2002, y en la del asunto *Artun y Givener contra Turquía*, de 26 de junio de 2007: proporcionar una mayor protección al honor del Jefe de Estado a través de un delito especial de injurias no será acorde con el espíritu del Convenio, ni puede conciliarse con las nociones políticas actuales de la democracia. Prosigue el TEDH señalando que el hecho de que el rey tenga una postura neutral en el debate político no debería inmunizarle frente a las críticas en el ejercicio de sus funciones o en su papel como representante del Estado, sobre todo por parte de disidentes de la forma de gobierno del Estado; asimismo, la no sujeción a responsabilidad del monarca⁷⁵ no le guarda frente a la responsabilidad de la institución o incluso de la posible responsabilidad simbólica como Jefe del Estado, si bien sujeta al respeto por su reputación personal⁷⁶.

En cuanto a la pena impuesta a Otegi por los tribunales españoles, el TEDH considera que es excesiva y desproporcionada con respecto al fin perseguido e innecesaria en una sociedad democrática, pues es decididamente incompatible sancionar con una pena de prisión un delito relacionado con el discurso político y la libertad de expresión salvo cuando se hayan vulnerado gravemente los derechos fundamentales de terceros, como sería el caso en los delitos de discurso de odio o de incitación a la violencia. El Tribunal concluye que no hay justificación posible para una condena de privativa de libertad, y que una sanción así tendrá,

⁷² STEDH *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011; §§ 50 y 58.

⁷³ *Ibid.*, §51.

⁷⁴ *Ibid.*, §54.

⁷⁵ Art. 56.3 CE.

⁷⁶ STEDH *Otegi Mondragón c. España*; §§ 55 y 56.

sin duda, un efecto disuasorio, incluso a pesar de haber sido suspendida la ejecución de la misma, puesto que no desaparece de sus antecedentes penales, por lo que considera vulnerado el derecho a la libertad de expresión de Otegi.

Remite a las autoridades españolas a la Declaración del Comité de los Ministros sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación (2004) y a la Resolución n.º 1577 (2007) de la Asamblea parlamentaria, “Hacia la despenalización de la difamación”, que recogen de forma sintética toda esta doctrina acerca de la libertad de expresión en la prensa, el discurso político y contra personalidades públicas y autoridades⁷⁷.

Estos dos documentos son extremadamente relevantes para la cuestión tratada, ya que, entre otras cosas, la Declaración de 2004 insiste en que el privilegio legal a figuras públicas contra información u opiniones que se viertan sobre ellos obstaculiza el derecho a la libertad de expresión e información del art. 10 CEDH, y conmina a eliminar dicha protección adicional para la reputación de estas personas, que seguirían gozando de las garantías de las que disfruta el resto de los ciudadanos. De forma tajante, además, el Consejo rechaza la protección penal de las instituciones frente a las injurias y calumnias, inclusive las expresiones que sean meros insultos. También se reitera en que únicamente aquellas expresiones que vulneren gravemente los derechos fundamentales de terceros deberían ser castigadas con penas de prisión, mas siempre a modo de excepción.

Todo ello lo repite la Resolución de 2007, reforzando la urgencia de la derogación de cualquier pena de prisión que pudieran conllevar este tipo de ofensas en las legislaciones nacionales. Asimismo, esta resolución recomienda aportar una definición legal precisa del concepto de injuria para evitar el uso arbitrario del mismo por los tribunales –civiles, pues tal debería ser la jurisdicción si se hubiera cumplido con el resto de los mandatos del Consejo–.

Pese a la referencia a la condena en la STEDH *Otegi Mondragón c. España* y la referencia a estos dos textos, que no dan cabida a ninguna posible estrategia interpretativa, el Estado español vuelve a ser demandado en 2015 a raíz de una condena por injurias a la Corona, que originalmente acarreó una pena de prisión, por el proceso desarrollado contra Stern Taulats y Roura Capellera en España entre 2011 y 2015, objeto de estudio del sucesivo epígrafe.

⁷⁷ *Ibid.*, §§ 58-61.

4.2. El caso de Stern Taulats y Roura Capellera

El día 13 de septiembre de 2007 se celebra en Girona una manifestación de rechazo a la Monarquía y en defensa de la independencia, con ocasión de una visita oficial del, a la sazón, Rey de España. El lema era “300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española”. En dicha protesta, los protagonistas del caso, Enric Stern Taulats y Jaume Roura Capellera, quemaron públicamente una fotografía de gran tamaño de los entonces reyes de España, colocada boca abajo.

Los actores de los hechos fueron procesados por el delito de injurias a la Corona del art. 490.3 del CP por el Juzgado Central de lo Penal, que apreció además la circunstancia agravante de disfraz, pues los activistas habían realizado los hechos con los rostros cubiertos; por este órgano fueron condenados a quince meses de prisión. Esta pena fue sustituida, no obstante, por una pena de multa durante treinta meses, con una cuota diaria de 3 euros⁷⁸.

El Juzgado Central de lo Penal fundamenta este fallo en que se ha despreciado de forma innecesaria a los Reyes, menoscabando su dignidad y la de la institución monárquica, lo cual supone un abuso de la libertad de expresión sin amparo constitucional⁷⁹.

La sentencia del Juzgado Central de lo Penal fue recurrida ante el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso⁸⁰ al considerar, al igual que el Juzgado Central de lo Penal, que los hechos eran innecesarios, pues no se requiere el recurso a vejaciones de tal entidad para defender la opinión de los actores sobre la Monarquía. Califica los hechos de “formalmente injuriosos”, por la colocación invertida de la fotografía, el uso del fuego y el hecho de que los actores cubrieran sus rostros para dificultar su identificación⁸¹.

A raíz de la desestimación del recurso ante la AN, se interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue nuevamente desestimado en STC 177/2015, de 22 de julio, que a continuación analizo.

Pese a su condena por todos los órganos judiciales españoles por los que pasaron, el TEDH estimó que su actuación estaba amparada por la libertad de expresión. A continuación,

⁷⁸ SAN 40/2008, de 9 de julio, Juzgado Central de lo Penal; Fallo.

⁷⁹ *Ibid.*, FJ 2.

⁸⁰ SAN 4837/2008, de 5 de diciembre, Sala de lo Penal; Fallo.

⁸¹ *Ibid.*, FJ 7.

analizamos en mayor profundidad los argumentos tanto de los tribunales españoles como del de Estrasburgo.

4.2.1. La STC 177/2015, de 22 de julio: las creativas interpretaciones del Tribunal Constitucional

El TC aborda en esta sentencia sobre el caso de Stern Taulats y Roura Capellera, en relación con el delito de injurias contra la Corona, tanto la libertad de expresión del art. 20.1.a) de la Constitución española como la libertad ideológica del art. 16.1 del mismo texto. La principal dificultad a la que se enfrenta el TC es determinar si los hechos suponen un delito de injurias contra la Corona del art. 490.3 CP o si, por el contrario, se encuentran amparados por la libertad de expresión que reconoce la Constitución como derecho fundamental.

Al hablar de los límites de la libertad de expresión, mencioné el examen que se debe llevar a cabo para determinar si la libertad de expresión ha de prevalecer sobre el derecho al honor en cada caso concreto: que estemos ante expresiones indudablemente vejatorias o ante un discurso del odio y que exista un ánimo de injuriar, todo ello analizado dentro del contexto en que se producen tales expresiones⁸².

En esta sentencia, el TC utiliza el concepto de “discurso del odio” para justificar la exclusión de los actos de Stern y Roura como ejercicio lícito de la libertad de expresión, considerando también que los autores actúan con dolo, con conocimiento de la antijuridicidad de sus actos.

a) Los límites de la libertad de expresión en el discurso político

Como señalaba previamente al analizar la STEDH *Asunto Otegi Mondragón contra España*, en el ámbito del discurso político, se goza de una más amplia libertad de expresión, sobre todo si se es un representante electo. El TC cita las SSTEDH *Otegi Mondragón c. España* y *Castells c. España* en el caso de Stern y Roura, sin embargo, no para hacer hincapié en esta mayor amplitud de la libertad de expresión cuando estamos frente a un discurso político, sino

⁸² Vid. Epígrafe 3.1.1.

solamente para apuntar que la libertad de expresión es limitada⁸³, y que los recurrentes, en este caso, no son representantes políticos, por lo que su discurso carece de tal calidad⁸⁴.

Yo concuerdo, no obstante, con la opinión contraria a esta afirmación del magistrado Xiol Ríos en su voto disidente a la sentencia: esta actuación se puede considerar inmersa en la esfera del discurso político, puesto que se realiza en una manifestación en contra de la monarquía y, por tanto, en un contexto de activismo respecto de una cuestión tan relevante para la opinión pública como lo es la forma del Estado español⁸⁵, y no considerarla como tal discurso político supone una excesiva reducción y simplificación del concepto.

El TC opta por hacer caso omiso también de la observación del TEDH en *Otegi Mondragón c. España* sobre la incompatibilidad entre la protección cualificada del Jefe de Estado y el carácter del CEDH e incluso de la propia democracia, pues tal sobreprotección limita la crítica pública hacia aquél⁸⁶.

b) Las expresiones simbólicas como actos de incitación a la violencia.

El TC cita la STEDH del caso *Murat Vural c. Turquía*, de 21 de octubre de 2014, por la que el TEDH reconoce que el art. 10 CEDH también ampara medios de expresión menos frecuentes que el hablado o el escrito, como el lenguaje simbólico (§§44-51).

Es curioso que en el párrafo 51 de esta sentencia se hace mención precisamente al caso *Partido Popular Demócrata Cristiano c. Moldavia (n.º 2)*, en el que el TEDH considera, precisamente, que no se puede decir que la quema de fotografías de líderes políticos y banderas constituya una incitación a la violencia, incluso cuando, como en aquel caso, fuera acompañada de mensajes provocativos contra el régimen político moldavo y contra Rusia, sino que se ha de entender como mera expresión de una opinión sobre un tema de relevancia pública⁸⁷.

⁸³ STC 177/2015, de 22 de julio (BOE n.º 200, de 21 de agosto de 2015, pp. 76006-76033); FJ 2, b).

⁸⁴ *Ibid.*, FJ 4.

⁸⁵ *Ibid.*, voto disidente del magistrado Xiol Ríos, punto 6.

⁸⁶ Es difícil justificar que no se haga mención de esta cuestión en la STC 177/2015, puesto que debería resultar decisivo para el TC, a la hora de estimar el recurso, el conocimiento de que el TEDH considera que la mera existencia del delito de injurias contra la Corona, en tanto que tipo especial de injurias, resulta dudosa a la vista del CEDH, ya que podría implicar una limitación injusta de un derecho fundamental reconocido por la CE.

⁸⁷ STEDH, de 2 de febrero de 2010, caso *Partido Popular Demócrata Cristiano c. Moldavia (N.º 2)*, § 27.

Pese a la referencia que hace el TC a esta misma condena y a la legitimidad de la quema de retratos de líderes políticos, condena a Stern y Roura por unos hechos prácticamente idénticos a los del caso *Partido Popular Demócrata Cristiano c. Moldavia*.

Asimismo, el TEDH, al descartar estas manifestaciones como ejercicios ilegítimos de la libertad de expresión, rechaza, de forma tácita, que conlleven un llamamiento a la violencia, pues de ser ese el caso, no serían protegidos por el art. 10 CEDH. Es por ello por lo que resulta aún más sorprendente y confuso que el TC considere que esta quema de la fotografía de los reyes supone un acto de odio e incitador a la violencia, que transmite que los monarcas “merecen ser ajusticiados”⁸⁸, simplemente porque tal imagen fuera colocada en posición “claudicante”⁸⁹ y los autores llevaran el rostro cubierto.

c) Una nueva modalidad de discurso de odio.

El TC considera, entonces, que la puesta en escena de la quema de la fotografía de los monarcas implica una amenaza a los reyes y a la Corona, y lo lleva aún más allá: sostiene que, si bien el discurso de odio más crudo es aquél que va dirigido contra personas por razón de su etnia, género, orientación sexual, sus creencias o su cultura, otra de sus manifestaciones posibles es, “indudablemente [*sic*], la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”⁹⁰, considerando que, con el acto de la quema de la fotografía de los reyes, los recurrentes consumaron una “incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población”⁹¹, supuestamente, de aquél que no comparte la ideología abiertamente antimonárquica de Stern y Roura, pero también una incitación al odio hacia la propia institución de la Corona⁹².

⁸⁸ STC 177/2015; FJ 4: El TC hace aquí también una observación, carente de toda relevancia, y más aún de relevancia jurídica, sobre cómo este tipo de mensajes tienen un mayor impacto en España por venir la pena de muerte excluida por la CE. Este comentario, citando el voto disidente a esta sentencia del magistrado Xiol Ríos, supone “una banalización de la pena de muerte”; un recurso ridículo, en tanto que inusual y frívolo, a la sensibilidad de las personas que pudieran ser testigos de una escena de carácter simbólico como ésta, incluso si, en efecto, quisiera representar la ejecución de los monarcas.

⁸⁹ *Ibid.*, FJ 4.

⁹⁰ *Ibid.*, FJ 4.

⁹¹ *Ibid.*, FJ 5.

⁹² MARCHENA GALÁN, «Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n° 34 (2018), p. 144.

El propio TC reconoce que fue un acto eventual y simbólico, y que no dio lugar a ningún desorden público, y, sin embargo, sigue considerando que era un suceso susceptible de provocar esa clase de reacción que, de haberse dado, habría resultado en una degradación de la estima hacia las instituciones constitucionales; justifica esto con una referencia a la STEDH del caso *Féret c. Bélgica* que dice que no es necesario que se promueva la realización de un acto violento concreto para considerar que ha habido una incitación al odio. El TC también cita la STEDH en el caso *Süreke c. Turquía (n.º 1)* para argumentar que la actuación de Stern y Roura pone en riesgo de ser objeto de violencia a los entonces reyes de España⁹³.

Sobre este asunto, considero que tal protección por parte del TC de la consideración de las instituciones frente a las potenciales, que ni siquiera efectivas, consecuencias de la crítica política contra ellas –ejercicio de un derecho fundamental garantizado por la CE– es, sin duda, propia de una democracia militante como la que el propio TC ha descartado a través de su jurisprudencia⁹⁴, y no cabe, en nuestro modelo constitucional, priorizar la defensa de las instituciones a la libertad de expresión y de información.

Es digna de consideración, en relación con este tema, la Recomendación N.º R(97)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el “*hate speech*”. En este texto, al que no se refiere la STC 177/2015 sino en los votos disidentes de algunos de los magistrados, a los que haremos alusión a continuación, y algunas de las STEDH que sí cita el TC, se define el discurso del odio como cualquier expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo: la intolerancia expresada a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra minorías, migrantes y personas de origen inmigrante⁹⁵.

En la amplia expresión de “otras formas de odio basadas en la intolerancia” –aunque esta recomendación está centrada, como se aprecia sin gran dificultad, en el discurso de odio que promueve la discriminación de personas racializadas o por su origen nacional o étnico–, se

⁹³ En la STEDH de 8 de julio de 1999, caso *Süreke c. Turquía (n.º 1)*, el TEDH avala la pena que habían impuesto los tribunales turcos a Sürek al considerar que éste, al publicar una carta en la que aparecían nombres de personas concretas, los exponía a ser víctimas de violencia física. Lo que parece no considerar relevante el TC, pero que fue decisivo a los ojos del TEDH, fue el hecho de que el Estado turco se encontraba en un conflicto armado contra el Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK, por sus iniciales en turco), y el contenido de las cartas publicadas alimentaba el odio hacia el Estado turco y, particularmente, hacia aquellas personas a las que señalaba expresamente una de las cartas (§62). Al estar inmerso el país en tal enfrentamiento, que, para más inri, se venía arrastrando desde 1985, aquellos sujetos estaban expuestos a un verdadero riesgo de ser víctimas de violencia física a raíz de tales publicaciones. Huelga decir que la situación no era ni remotamente equiparable en España al tiempo de dictar la resolución que está siendo analizada.

⁹⁴ *Vid.* Epígrafe 3.2.

⁹⁵ Apéndice de la Recomendación n.º R (97) 20 del Comité de Ministros sobre el “*hate speech*”, de 30 de octubre de 1997; *Ámbito*.

han de entender incluidas las expresiones, difundidas por cualquier medio, que fomentan conductas que humillan, estereotipan, estigmatizan, amenazan o niegan la igual dignidad y derechos a personas pertenecientes a cualquier colectivo vulnerable por razón de una característica fundamental que comparten, ya sea su raza, color, nacionalidad, etnia, ascendencia, lenguaje, cultura, creencias, religión, orientación sexual, identidad de género, sexo, situación socioeconómica, o discapacidad, siendo ésta una enumeración *numerus apertus*⁹⁶.

La magistrada Asúa Batarrita escribe un voto particular disidente a esta sentencia, a la que se adhiere el magistrado Valdés Dal-Ré. En él denuncia que el TC se ha alejado de la cuestión que se presentaba en recurso, que era si los hechos constituían un acto injurioso o no, para estudiar si constituyen una incitación al odio. La jueza rechaza que la quema de la fotografía de los monarcas sea un acto violento y que provoque un peligro evidente e inminente para ellos⁹⁷, y recrimina a los jueces del TC equiparar una expresión contraria a la institución monárquica con el discurso de odio, es decir, aquellas expresiones que pretenden discriminar a grupos vulnerables o en riesgo de exclusión, haciendo una “lamentable utilización” del concepto.

Añade –acertadamente, a mi parecer– a la definición de discurso del odio de la Recomendación n.º R (97) 20 que tales expresiones deben crear una sensación de hostilidad y peligro en las personas contra quienes va dirigido, dificultando que éstas disfruten verdaderamente de la igualdad de derechos. Incide la magistrada en la relevancia pública de los reyes y la institución monárquica –que, desde luego, no pertenecen a un colectivo vulnerable ni cuyos derechos podrían verse afectados por esta manifestación–, lo que, a su juicio, bastaría para excluir la posibilidad de que puedan ser víctimas de un discurso del odio.

En efecto, como se desprende sin gran esfuerzo de la definición de discurso del odio que hemos dado anteriormente, los destinatarios del discurso del odio son personas físicas, y no entes –lo cual excluye directamente a la monarquía como sujeto pasivo–, y pertenecen a un

⁹⁶ Definición elaborada a partir de las de: OSCE-OIDDH, «*What is hate crimes*», 2018, <https://hatecrime.osce.org/what-hate-crime>; ECRI, «*General Policy Recommendation No. 15 on combating hate speech*», 8 de diciembre de 2015; y de De Vicente Martínez, *El discurso del odio* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), p. 42.

⁹⁷ Asúa Batarrita hace referencia al “*clear and present danger test*”, que se origina en un voto particular del juez Oliver Wendell Holmes a la Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Abrams v. United States* (1919), que señala que, para poder restringir la libertad de palabra en el ámbito de la crítica política, las expresiones manifestadas deben suponer un peligro evidente e inminente para el orden constitucional. *Vid.* PARKER, «*Clear and present danger tests*», *Middle Tennessee State University: The First Amendment Encyclopedia*, 2009, <https://mtsu.edu/first-amendment/article/898/clear-and-present-danger-test>.

colectivo vulnerable e históricamente oprimido con motivo en cualquiera de las características que se han referido previamente. De hecho, el art. 510 del CP, que contempla los delitos de odio, no incluye a las instituciones siquiera como poseedoras del bien jurídico protegido, la dignidad⁹⁸.

Los miembros de la Familia Real o la propia institución de la Monarquía, por tanto, quedan ineludiblemente fuera de cualquiera de los grupos susceptibles de ser objeto del discurso del odio, puesto que no solamente no son sujetos oprimidos, sino que ocupan una posición de autoridad y poder.

El magistrado Xiol Ríos, también en su voto particular discordante con el fallo de la sentencia, considera que se ha banalizado el discurso del odio. Cita la STC 235/2007, de 7 de noviembre, como prueba de que el TC, en su previa jurisprudencia, consideraba necesario para apreciar un discurso de odio que hubiera una incitación directa a la violencia, contrariamente a lo que evoca el TC en la sentencia que analizamos al citar la STEDH *Féret c. Bélgica*, y que fuera dirigido contra la ciudadanía en su conjunto o contra grupos de personas consideradas vulnerables en virtud de una cualidad concreta –raza, creencia, u otra–. Por tanto, Xiol considera que el TC, en esta sentencia, se ha desviado de su propia jurisprudencia, puesto que las escenificaciones de esta clase no son consideradas, como veíamos anteriormente, al hablar de la jurisprudencia del TEDH en materia de expresión a través del simbolismo, una incitación directa a la violencia y, en efecto, como también señala el magistrado, no produjo tales reacciones violentas.

Considera el magistrado, finalmente, que el recurso a la vía penal para sancionar un acto simbólico realizado en un contexto de activismo político y de crítica a una institución constitucional es absolutamente desproporcionado con respecto del fin que persigue, que es la mera defensa de la institución de la Corona, y, como ya se ha mencionado en repetidas ocasiones a lo largo del trabajo, cualquier empleo excesivo del Derecho penal para limitar la crítica política previsiblemente conlleva un *chilling effect* que no es tolerable en las sociedades democráticas.

⁹⁸ MARCHENA GALÁN, «Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n.º 34 (2018), pp. 157-158; y ALCÁCER GUIRAO, «Víctimas y disidentes. El "discurso del odio" en EE. UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 103 (enero-abril 2015), pp. 71-74.

d) *El efecto desaliento sobre la libertad ideológica.*

El TC, sin embargo, descarta la posibilidad de que, en este caso, la respuesta penal tenga un efecto desalentador de la libertad ideológica, y de la expresión de la ideología, puesto que lo que se condena no es la ideología, sino la forma en que la misma se ha expresado en este caso concreto de forma que supone, insisto, según el Tribunal, una incitación al odio. Arguye que, si lo que se persiguiera fuera la propia ideología, no se habría permitido realizar la manifestación en la que los hechos tuvieron lugar, que era antimonárquica e independentista, y totalmente legal⁹⁹.

Querría señalar a este respecto, haciendo una relación no poco rebuscada, pero no por ello inherentemente ficticia, que el TC no se muestra en desacuerdo con las sentencias de las instancias previas en que el hecho de que los autores de la quema de la fotografía de los monarcas llevaran el rostro cubierto, dificultando así su identificación, era muestra de conocimiento por parte de los mismos de la ilegitimidad de sus acciones.

La Sentencia del Juzgado Central de la AN dice que, de considerar sus actos como un ejercicio lícito de su derecho a la libertad de expresión y a la participación política, Stern y Roura no habrían estimado necesario ocultar sus caras, pues estos derechos gozan de plena protección en virtud de la CE. La sentencia de la Sala de lo Penal de la AN, por su parte, aprecia el dolo a raíz de este gesto, ya que la ocultación de sus rostros derivaría de “la conciencia de la antijuricidad de la acción”¹⁰⁰.

El magistrado Xiol Ríos, sin embargo, difiere de esta consideración en su voto disidente a la STC y concluye que no es suficiente para determinar la apreciación de los autores sobre la ilegalidad de sus actos y, en todo caso, la apreciación de los autores sobre si los actos llevados a cabo eran delictivos no es un factor determinante de que, en efecto, lo sean, lo cual era la cuestión que se estaba examinando¹⁰¹.

Coincido con este rebatimiento, puesto que el ir encapuchados los recurrentes puede tener diversas explicaciones, y una de ellas es, nuevamente en contra de lo que sentencia el TC, el efecto desalentador en el ejercicio de los derechos que hayan podido tener sentencias anteriores que condenaban por el delito de injurias a la Corona del art. 490 CP. Estas sentencias, incluso las que han sido posteriormente anuladas por tribunales internacionales,

⁹⁹ STC 177/2015, FJ 5.

¹⁰⁰ *Ibid.*, Antecedente 2.

¹⁰¹ *Ibid.*, voto particular del magistrado Xiol Ríos, punto 5.

despiertan dudas en aquéllos que pretenden ejercer su libertad de expresión sobre si su derecho será o no garantizado por los tribunales españoles¹⁰².

4.2.2. *La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de marzo de 2018*

El *Asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España* llega al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la interposición de las demandas de Enric Stern Taulats y Jaume Roura Capellera el 2 de octubre de 2015, después de que su recurso de amparo ante el TC fuera desestimado. Alegaron que la pena impuesta era desproporcionada respecto del fin que perseguía e innecesaria en una sociedad democrática; asimismo, insisten en que sus actos no eran un discurso de odio pues no iban dirigidos contra ningún colectivo vulnerable, por lo que se trataba de un acto simbólico en el contexto del discurso político que perfectamente queda amparado por el derecho a la libertad de expresión.

El Gobierno de España avalaba la postura del TC, estimando necesaria en una sociedad democrática la injerencia en la libertad de expresión de los demandantes y proporcionada la condena a prisión. Además, atribuye a Stern y Roura, como argumento que sostendría que efectivamente los actos de los demandantes fueron una incitación a la violencia, la responsabilidad de varias protestas violentas en España en septiembre de 2007, aunque en la propia exposición de los argumentos de las partes, se hace referencia a dichas protestas como motivadas por la condena a los demandantes por los tribunales españoles¹⁰³.

Una organización internacional de ámbito global por la defensa de la libertad de expresión, de informar y de ser informado, y la libre participación en la vida pública, Article19¹⁰⁴, se constituye como tercer interviniente en el proceso. Objeta que el principio básico de la democracia es que los ciudadanos puedan controlar a las autoridades, por lo que las penas impuestas a raíz de la expresión de una crítica política muy extraordinariamente serán proporcionadas. Además, considera que el fin de la tipificación del discurso del odio es la salvaguarda del derecho a la igualdad de personas expuestas a discriminación y violencia, que

¹⁰² También debería considerarse la posibilidad de que Stern y Roura cubrieran sus rostros para añadir dramatismo a la escena. En definitiva, no puede deducirse nada de tal actitud, y menos en perjuicio de los acusados. Considero, por tanto, que tanto el TC como los tribunales de instancias previas vulneraron el principio *in dubio pro reo* al dar por hecho que ocultar su identidad implicaba dolo por parte de los autores de la quema.

¹⁰³ STEDH de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*; §26.

¹⁰⁴ ARTICLE 19, «What we do», article19.org/what-we-do

no es el caso en este asunto en el que simplemente se trata de una manifestación ofensiva o molesta.

La STEDH, de 13 de marzo de 2018, considera que la injerencia en la libertad de expresión de Stern y Roura sí está prevista por la ley, por lo que no es arbitraria, y sí tiene una finalidad legítima, que sería la defensa del honor de terceros. Sin embargo, contrariamente al TC español, considera que el Reino de España ha vulnerado el artículo 10 del CEDH, pues la limitación del derecho en cuestión es innecesaria en una sociedad democrática, y lo condena, por consiguiente, a abonar 2700 euros a cada uno de los demandantes y 9000 euros conjuntamente en los tres meses posteriores a la firmeza de la sentencia, además de a los gastos y costas del proceso.

El TEDH, rozando la ironía, hace referencia en la exposición de los principios generales hasta tres veces al caso *Otegi Mondragón c. España* y una vez a la STEDH de 14 de junio de 2016, *Jiménez Losantos c. España*¹⁰⁵ en una sentencia de tan solo doce páginas que parece querer dar a entender que, si España hubiera tenido en mayor consideración las condenas en sentencias previas, fácilmente podría haber evitado ésta última, y no es para menos.

a) *La libertad de expresión es casi ilimitada en el discurso político.*

La Sección tercera del TEDH, bajo la presidencia de la magistrada Jäderblom, en efecto, comienza su valoración del caso reiterando toda la doctrina ya existente sobre la importancia de la libertad de expresión en las sociedades democráticas que hemos venido analizando a lo largo de este trabajo, pues el TEDH ya cita la mayoría de la jurisprudencia relevante para condenas por injurias a la Corona en *Otegi Mondragón c. España* e incluso en *Castells c. España*¹⁰⁶.

A modo de breve recordatorio, esta doctrina incluye cuestiones como que la libertad de expresión cubre expresiones de mal gusto, hirientes e impertinentes para proteger los valores democráticos de pluralismo, tolerancia y apertura, y que, en la misma línea, las limitaciones a esta libertad han de minimizarse, y, en todo caso, cumplir los requisitos que establece el

¹⁰⁵ En esta sentencia de 2016, ya citada, el TEDH condena a España por una vulneración del art. 10 CEDH al haber condenado al periodista Federico Jiménez Losantos por un delito continuado de injurias graves con publicidad contra el entonces alcalde de la ciudad de Madrid a una pena de multa con pena sustitutiva de prisión. El TEDH considera que la injerencia no está justificada por una necesidad social imperiosa y que la sanción impuesta por los tribunales nacionales es desproporcionada, por lo que provocará un efecto disuasorio. Por todo ello, consideró el Tribunal, seis votos a uno, que España había vulnerado la libertad de expresión del periodista.

¹⁰⁶ STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, §30-34.

apartado 2 del art. 10 CEDH. En esta sentencia, como ya señalaba, la más relevante de estas exigencias es la de que la injerencia en el derecho responda a una “necesidad social acuciante” en una sociedad democrática que sirva como justificación de aquélla.

Prosigue con que hay menos justificaciones posibles a las injerencias en la libertad de expresión en el contexto del discurso político, especialmente si se trata de una crítica contra figuras públicas de la esfera política, pero que la libertad de expresión podrá ser restringida en la medida en que lo exigen la tolerancia y el respeto por la dignidad de toda persona, lo cual es cimiento de la democracia. Con esto el TEDH excluye el discurso del odio y la apología de la violencia del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, aunque también en estos casos las sanciones impuestas deben ser proporcionales al fin que se persigue con la restricción, y deberá procurarse que estas sanciones no sean penales, o que lo sean en la menor medida posible.

Ya señalaba en el análisis de la STC 177/2015 cómo el TC no había aludido a la incompatibilidad que señalara el TEDH en *Otegi Mondragón c. España* entre la protección cualificada del Jefe de Estado y el CEDH, y, en efecto, el TEDH vuelve a aludir a dicha disconformidad, y es aún más directo que en la sentencia de 2011 al decir que no cabe justificación posible a una protección cualificada del Jefe de Estado frente a la libertad de información y de opinión sobre él¹⁰⁷.

Considera el TEDH también que la quema del retrato de los reyes, especialmente atendiendo al contexto en que se realiza –una manifestación republicana e independentista a raíz de una visita institucional del monarca a la ciudad–, es una crítica política a la institución de la monarquía española, y no una crítica personal hacia los, a la sazón, reyes de España, para vejarlos ni humillarlos¹⁰⁸.

Es más, está vinculada con cuestiones públicas tan relevantes como la monarquía española y la independencia de Cataluña, reivindicación que lleva aparejada el repudio del Estado español, que queda perfectamente representado por la figura del Jefe de Estado español, es decir, el rey, cuya imagen es, pues, empleada como símbolo de todo aquello que rechazan los manifestantes: la dinastía borbónica, como aparentes responsables de la ocupación de Cataluña; el sistema monárquico, pues abogan por uno republicano; y el Estado español en su conjunto, pues sostienen que Cataluña debería ser un Estado independiente. Tomando

¹⁰⁷ *Ibid.*, §35.

¹⁰⁸ *Ibid.*, § 36.

todo esto en consideración, no se puede sostener que se trate de una crítica personal hacia los monarcas, por lo que el acto se enmarca en el ámbito de la disidencia política.

b) *El discurso simbólico no incita a la violencia ni al odio.*

La Corte Suprema de Estados Unidos, para determinar si un acto simbólico está amparado por la libertad de expresión, emplean el conocido como “test de Spence”¹⁰⁹ por la sentencia en que se originó esta doctrina: *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974). Esta prueba considera que un acto simbólico tiene suficiente contenido comunicativo si supone un intento de transmitir un mensaje y si hay una razonable posibilidad de que dicho mensaje sea comprendido.

El TEDH, aplicando esta prueba, considera que toda la puesta en escena de la quema de los reyes pretende ser una crítica política y mostrar el radical rechazo de los autores contra el aparato estatal español en su totalidad, y por el contexto en que ésta se realiza, no cabe duda de que dicho mensaje se capta fácilmente.

De esta forma, por su carácter simbólico, ninguno de los elementos que forman parte de la escenificación –ni el fuego, ni el gran tamaño ni la posición invertida de la fotografía de los reyes– pueden considerarse como incitadores al odio ni a la violencia; quizá sí provocadores, pero, como ya se ha señalado varias veces, una cierta dosis de provocación, sobre todo en la esfera de la crítica política, es perfectamente legítima.

El TEDH cita también, para sustentar esta postura, su sentencia en el caso *Partido Popular Demócrata Cristiano c. Moldavia (n.º 2)*, ya mencionada, reafirmando la doctrina que sentó en *Murat Vural c. Turquía* acerca del lenguaje simbólico en relación con el discurso político.

Al contrario de lo que sostenía el Gobierno de España en sus alegaciones, el TEDH, con buen juicio, estima que los actos de los demandantes no dieron lugar a reacciones violentas, y desasocia expresamente las protestas en Madrid y Barcelona, que tuvieron lugar después de las sentencias condenatorias de los demandantes, del acto de quema de la fotografía de los reyes, y las atribuye, en su lugar, al uso excesivo de la respuesta penal por parte del Estado¹¹⁰, que despertó, como respuesta perfectamente aceptable en una sociedad democrática,

¹⁰⁹ HUDSON Jr., «Spence Test», *Middle Tennessee State University: The First Amendment Encyclopedia*, 2009, <https://mtsu.edu/first-amendment/article/1590/spence-test>

¹¹⁰ STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, §§ 38-40.

multitudinarias manifestaciones para denunciar una acción del Gobierno que es, como en la propia STEDH se determina, desproporcionada y, por ende, ilícita.

c) El discurso del odio y por qué las instituciones no pueden ser objeto del mismo

El TEDH justifica la exclusión del discurso del odio del legítimo ejercicio de la libertad de expresión por el art. 17 CEDH¹¹¹, que prohíbe el uso de cualquiera de los derechos reconocidos por el Convenio en detrimento de los mismos derechos y libertades de otros¹¹², y en la igual dignidad de todos los seres humanos, la cual debe ser respetada en todas las sociedades democráticas.

Configura el discurso de odio partiendo de la definición del anexo de la Recomendación n.º R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que ya mencionaran varios magistrados del TC en los votos disidentes a la STC 177/2015, como se vio, y añade que “debe ser examinado teniendo sumamente en cuenta el contexto”, citando la STEDH *Perinçek c. Suiza*, de 15 de octubre de 2015.

En línea con la apreciación del Tribunal de que las limitaciones a la libertad de expresión han de ser mínimas, encuentra que la subsunción del TC de la expresión del rechazo político de una institución dentro del concepto de discurso del odio conlleva una interpretación excesivamente amplia de dicho concepto.

Considero pertinente mencionar la STEDH en el asunto *Fáber c. Hungría*, de 24 de octubre de 2012, en la que se condena a Hungría por vulneración del art. 10 CEDH en razón de haber impuesto una multa al demandante por exhibir la bandera Árpád, símbolo del régimen nacionalsocialista húngaro —y, por tanto, con posibles connotaciones racistas e incluso genocidas—, cerca de una concentración contra el racismo y el odio. En este caso, el TEDH entendió que del mero hecho de mostrar la bandera no se podía extraer ninguna incitación al odio o a la violencia.

¹¹¹ El art. 17 del Convenio, la cláusula de abuso del derecho, para Alcácer Guirao, es reflejo de la tendencia europea a la democracia militante. *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, «Víctimas y disidentes. El "discurso del odio" en EE. UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 103 (enero-abril 2015), pp. 45-86.

¹¹² STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, § 41.

Es evidente que la cantidad de creatividad necesaria para establecer un vínculo entre la Árpád y el discurso del odio dirigido contra personas por razón de, en el caso concreto, su raza o etnia es mucho menor que aquélla que requiere ver como una suerte de representación de la ejecución de los reyes la quema de una foto de los mismos y aún más agudeza es la que se precisa para extraer de tal acto que promueve el odio hacia los reyes, la Corona y las personas de ideología monárquica.

Pero, en cualquier caso, no se puede delegar en las asociaciones imaginarias que una demostración simbólica despierte en el espectador, por molestas o provocadoras que sean, la decisión sobre si tal demostración constituye o no un discurso del odio o un ejercicio lícito de la libertad de expresión¹¹³. Resalto esta sentencia porque considero que en ella se aprecia hasta qué punto está protegida la libertad de expresión, incluso frente a posibles discursos del odio, cuyo concepto se interpreta de forma restrictiva pese a estar en juego un valor tan fundamental como es la dignidad de las personas; tal es la importancia que confiere el TEDH a la libertad de expresión y el discurso político.

Esta doctrina, como una parte significativa de la doctrina del TEDH¹¹⁴, nace en 1989 en la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir del caso *Texas contra Johnson*, en el que se considera inocente al acusado de profanación de la bandera por quemarla e insultarla en el contexto de una manifestación contra el recién elegido presidente del Partido Republicano, Ronald Reagan.

Asimismo, sobre el discurso de odio, la STEDH *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, es ampliamente citada, tanto por el TC como por el TEDH, por ser donde mejor se puede discernir cuáles son los requisitos para considerar una declaración como discurso del odio. Según el TEDH: tiene que haber un ánimo de discriminar o de suscitar violencia; el mensaje debe ser adecuado para despertar, de forma efectiva, sentimientos de rechazo y odio hacia otras personas en función de una característica concreta, incitando claramente –que no directamente– a la violencia o a la discriminación u odio contra una persona, grupo o comunidad en razón de su raza, color, origen nacional o étnico, a través de las injurias, ridiculizaciones o difamaciones de estas partes de la población; y se ha de valorar atentamente

¹¹³ STEDH de 24 de julio de 2012, *Fáber c. Hungría*, § 57.

¹¹⁴ ALCÁCER GUIRAO, «Víctimas y disidentes. El "discurso del odio" en EE. UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 103 (enero-abril 2015), p. 50.

el contexto en que se difunde el discurso –aunque en casos en que la incitación al odio sea clara y directa, el contexto no justificará la acción, como sucede en *Féret c. Bélgica*¹¹⁵.

Considero que el TEDH comete un error al introducir la matización de que no es necesario que la incitación a la violencia o la discriminación sea directa¹¹⁶, pues corre el riesgo de ser utilizada exactamente como el TC lo hizo en el caso de Stern y Roura: para justificar una condena por incitación a la violencia pese a que no despierta realmente reacciones violentas en las personas, argumentando que no hace falta un llamamiento expreso ni directo a tal violencia.

En línea con el voto disidente de tres de los siete magistrados en esta sentencia, opino que el TEDH no respeta su propia doctrina, que hace primar la libertad de expresión, y en particular cuando se trata de la de un representante político, como era el caso en *Féret c. Bélgica*, sobre una cuestión de interés público como es la política migratoria –sin duda discutida en términos cuestionables, pero, en fin, informando de cuál opina el representante político que es la mejor opción–. En esta sentencia, por el contrario, el TEDH anima a los políticos a hacer un uso comedido del lenguaje, que no resulte vejatorio ni humillante, para no debilitar la confianza en las instituciones democráticas¹¹⁷. Sin embargo, en *Gündüz contra Turquía* se considera el hecho de que las expresiones antidemocráticas se realicen en un contexto público de forma opuesta, como algo casi beneficioso, por la mayor exposición a una refutación inmediata de sus expresiones, tan es el caso en un contexto de campaña política, incluso si no es en un debate¹¹⁸.

¹¹⁵ STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret c. Bélgica*, § 69-73.

¹¹⁶ *Ibid.*, § 73.

¹¹⁷ *Ibid.*, § 74-77.

¹¹⁸ STEDH de 4 de diciembre de 2003, *Gündüz c. Turquía*, §51. Asimismo, en esta sentencia se considera como uno de los puntos clave el hecho de que las ideas extremistas del demandante ya eran conocidas, lo cual también es aplicable a *Féret c. Bélgica*.

5. PROPUESTAS DE REFORMA DEL DELITO DE INJURIAS CONTRA LA CORONA

5.1. La proposición de reforma del Grupo de Estudios de Política Criminal

Desde la doctrina, se lleva años estudiando el evidente problema que rodea al delito de injurias contra la Corona y a otros delitos relacionados con la libertad de expresión –como los delitos de injurias contra otras instituciones, el delito de enaltecimiento del terrorismo, los delitos de odio y los delitos contra los sentimientos religiosos–, y las posibles soluciones.

Cabe destacar la propuesta de reforma de la regulación de estos delitos publicada por el Grupo de Estudios de Política Criminal en 2019¹¹⁹, que considera que la legislación actual pone la seguridad pública en una posición privilegiada frente a las libertades personales, haciendo un uso excesivo de la vía penal, lo cual es contrario al principio de intervención mínima que debe guiar esta rama del Derecho.

Además, para el GEPC, los términos que la legislación penal emplea en este ámbito –conceptos difusos y no pertenecientes a la esfera jurídica, como “hostilidad” u “odio”– ofrecen una gran discrecionalidad a los jueces, lo que ha favorecido la interpretación extensiva de estos delitos por parte de los tribunales.

El GEPC considera que la tipificación de cualquier clase de injurias no cumple con los principios de intervención mínima, de legalidad y taxatividad, de lesividad ni de proporcionalidad, por lo que propone la eliminación de los delitos de injurias en todas sus modalidades¹²⁰. Propone que se mantengan, no obstante, los delitos de calumnias y, concretamente, los delitos de calumnias contra la Corona.

Para esto, el GEPC sugiere la derogación de los arts. 490.3 y 491 –así como los arts. 496 y 504, que recogen los delitos de injurias y calumnias contra otras instituciones del Estado– y que las calumnias contra la Corona sean sancionadas por el tipo general de calumnias del art. 205, pero que sean perseguidas de oficio –como las calumnias contra funcionarios públicos

¹¹⁹ GEPC, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).

¹²⁰ *Ibid.*, p. 21.

en el ejercicio de sus funciones—, para lo cual se habría de incluir un inciso que así lo dispusiera en el art. 215.1 del CP¹²¹.

Este grupo de catedráticos, doctores, profesores y magistrados encuentra insuficiente el supuesto interés público y constitucional que tiene la defensa de la reputación de las instituciones para justificar la existencia de un tipo especial de calumnias para las instituciones, que puede contribuir a la disuasión del ejercicio de la libertad de expresión en lo referente al discurso ideológico y a la libre crítica a las instituciones, los cuales nutren las bases de la sociedad democrática.

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

El Ministerio de Justicia anunciaba el día 8 de febrero de 2021, unos pocos días después de que la AN anunciara la inminente entrada en prisión de Pablo Hasél, que se disponía a iniciar el proceso de elaboración de un proyecto de ley que reformara los delitos relacionados con la libertad de expresión.

Esta modificación implicaría la eliminación de las penas privativas de libertad para todos estos delitos, manteniendo las penas de multa por su efecto disuasorio. Asimismo, despenalizaría totalmente cualquier manifestación artística, cultural o intelectual, por excesivo que fuera su contenido¹²².

El grupo parlamentario de Unidas Podemos, por su parte, preparó ya en marzo de 2018 una proposición de ley con este mismo fin y se encontraba trabajando en una segunda con los grupos de En Comú Podem y Galicia en Común, labor que interrumpieron a causa de la pandemia por Sars-Cov-2, aunque, ante el anuncio del Ministerio de Justicia, declararon que mantendrían su iniciativa.

Efectivamente, el 15 de junio de 2021 ya se aprueba en el Congreso, con el voto a favor de 193 diputados y el voto en contra de 152, el comienzo de la tramitación de la Proposición de

¹²¹ *Ibid.*, pp. 28-29. Esta cuestión no la aborda la proposición de reforma del CP que ahora mismo se tramita en el Congreso y que veremos en el siguiente epígrafe.

¹²² PÚBLICO, «El Gobierno plantea la reforma de los delitos sobre libertad de expresión y eliminará las penas de prisión», 8 de febrero de 2021, <https://www.publico.es/sociedad/gobierno-plantea-reforma-delitos-libertad.html>.

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

Esta Proposición suprimiría los siguientes preceptos penales: el art. 525, que recoge los delitos contra los sentimientos religiosos y el escarnio público; el art. 543, que castiga las ofensas a España y sus símbolos; el art. 504, de las injurias al Gobierno y otras instituciones del Poder Judicial y al Ejército y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; el art. 578, de enaltecimiento del terrorismo, que ahora mismo conlleva penas de prisión de uno a tres años; y la derogación del delito de injurias contra la Corona, que es en la que nos vamos a detener especialmente, como es lógico.

La exposición de motivos de la Proposición contiene una disertación sobre la libertad de expresión como núcleo de la democracia, haciendo una mención expresa al reconocimiento de este derecho por diversos convenios internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y, no podía faltar el art. 10 del CEDH, principal motivación de esta proposición de ley.

A continuación, enumera las limitaciones que admite la libertad de expresión, citando, de nuevo, el CEDH –concretamente, el segundo apartado del art. 10 que, como sabemos, recoge las posibles justificaciones para restringir este derecho–, y también la CE y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; para después denunciar los abusos que se vienen llevando a cabo en la limitación de este derecho, siguiendo una “deriva autoritaria”, a través de dos medios.

En primer lugar, el administrativo, a raíz de la promulgación de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de seguridad ciudadana; más conocida con el sobrenombre peyorativo de “Ley Mordaza”, por las restricciones a la libertad de expresión que introdujo. Señala a esta ley como principiadora de un efecto de desaliento de la población española de participar políticamente en la sociedad, sobre todo a través de manifestaciones.

En segundo lugar, la herramienta más disuasoria con la que cuenta el Estado: el Derecho penal. Se enumeran aquí una serie de conductas que, en efecto, han llevado a personas a ser condenadas penalmente, con gran repercusión en los medios. Tales han sido los casos que ya hemos cubierto en las páginas anteriores: el de Pablo Hasél, condenado por publicar una serie de tuits en su perfil en la red social y por publicar en YouTube una canción sobre el rey; o el caso de Valtònyc, condenado también por el contenido injurioso de sus canciones; además de otros, como la utilización de imágenes religiosas para la crítica política o en simples montajes artísticos.

La reforma, por ende, comprende la derogación de varios de los delitos antes mencionados, aportando como justificación de tales medidas sentencias del TEDH, como *Sekmadienis Ltd. c. Lituania*, para razonar la eliminación del Código del art. 525, reivindicando la protección constitucional de la que goza la libertad religiosa en España, en tanto que Estado laico; y *Murat Vural c. Turquía* y *Partido Popular Demócrata Cristiano c. Moldavia*, para argumentar que sean derogados, asimismo, los arts. 504 y 543, pues tanto la jurisprudencia del TEDH como la del propio TC rechazan el modelo de democracia militante, y tanto el TEDH como la Corte Suprema de los Estados Unidos entienden amparados en la crítica política los actos irrespetuosos con los símbolos nacionales y las instituciones.

En lo referente al delito de apología del terrorismo, se señala que ya existe la apología del delito como infracción penal, lo que hace innecesario este tipo especial. El grupo parlamentario considera que, para este caso, lo más necesario es definir de forma muy clara el tipo penal para garantizar la seguridad jurídica y que no se interprete de forma amplia el concepto de apología. Remarca, a su vez, que las víctimas de terrorismo no quedarán desprotegidas por la eliminación de este artículo, pues existe el delito de injurias y se va a incluir en los colectivos protegidos a las víctimas del terrorismo.

En cuanto a los delitos contra la Corona de los arts. 490.3 y 491, que son los que interesan a los efectos de esta investigación, el grupo parlamentario hace referencia a la doctrina ya vista sobre la incompatibilidad de los valores democráticos con una protección cualificada de la Jefatura del Estado.

Cita la Observación general n.º 34 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 2011, que expresaba el desasosiego del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con origen en la tipificación de este tipo de normas para la defensa de la Jefatura del Estado, como la tipificación de la difamación de las instituciones o las faltas de respeto hacia las autoridades, el desacato, etc., criticando la decisión de los Estados parte del Pacto de castigar estas expresiones.

También menciona la Resolución 1577 de 2007 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en cuya significación ya insistimos anteriormente en el texto del trabajo, y, en la misma línea, el informe de 2012 de Frank La Rue, Relator especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión –aunque podría haber citado cualquier otro, pues en todos el Relator expresa, con mucha razón, la misma conclusión–, que señala que cualquier sanción penal impuesta con origen en un delito de difamación es “intrínsecamente severa”, desproporcionada y disuasoria del ejercicio de la

libertad de expresión, porque, simplemente, la difamación no deberían ser considerada un delito, apremiando a los Estados a retirar cuanto antes de su legislación penal los insultos en general, y muy especialmente los insultos a las instituciones.

Como no podía ser de otra forma, se erigen como principal justificación de la derogación de las injurias contra la Corona las sentencias del TEDH que condenan a España por violación del art. 10 del Convenio y cuyo análisis ha sido el objeto principal de este trabajo: las referentes a los casos de Otegi Mondragón y, especialmente, el de Stern Taulats y Roura Capellera, por la particular controversia que despertó en la doctrina la STC 177/2015, de 22 de julio.

Por tanto, las injurias contra la Corona, tras la aprobación de esta reforma, quedarían derogadas. Atendiendo al principio de retroactividad favorable¹²³, podemos afirmar que todas las personas que hayan sido condenadas por estos delitos y estén cumpliendo dicha condena quedarían absueltos, y se cancelarían también los antecedentes penales de quienes ya hubieran cumplido dicha condena.

¹²³ Art. 2.2 del CP.

6. CONCLUSIONES

De todo lo analizado en estas páginas, se puede extraer que la crítica a la Corona está amparada por la libertad de expresión, que también protege las expresiones que puedan resultar ofensivas, molestas o provocadoras. De hecho, la crítica de la Corona goza de una mayor protección aún por tratarse de un discurso político sobre una cuestión de interés general –tal es el debate público sobre las actuaciones del Jefe del Estado o sobre el propio modelo de Estado español–, que contribuye a la formación de la opinión pública.

Al ir dicha crítica dirigida contra una institución o contra “personas políticas” en el ejercicio de sus funciones, la protección de la reputación de estos sujetos queda relegada a un segundo plano cuando su derecho al honor entra en conflicto con la libertad de expresión de los ciudadanos, que es preponderante.

Además, inferimos que no sólo es perfectamente legítimo el empleo del discurso simbólico para realizar dicha crítica, sino que, si se recurre al simbolismo, el ámbito de protección de la libertad de expresión será aún mayor, pues este tipo de discurso carece de contenido violento.

Asimismo, se ha insistido en el hecho de que ni los miembros de la familia real en tanto que tales, ni, menos aún, la misma institución de la Corona pueden ser objeto de discursos del odio.

Hemos visto, igualmente, que el TEDH ha advertido a España en varias ocasiones de que su legislación, que ofrece una excesiva protección a sus instituciones frente a la crítica, no es compatible con el CEDH, y que las autoridades españolas deberían contenerse en el recurso a la vía penal para responder a esta clase de conductas, pues las sanciones penales son desproporcionadas con respecto del fin perseguido –la defensa de las instituciones–, y conllevan un efecto desalentador del ejercicio de la libertad de expresión por el pueblo, que tiene una función de control de las instituciones en las sociedades democráticas esencial para el desarrollo y buen funcionamiento de las mismas.

Tras el repaso de la jurisprudencia del TEDH y la interpretación y el uso que de ella hace el TC en sus sentencias, hemos visto que el principal problema y la razón de que los tribunales españoles se aparten de la doctrina del TEDH y restrinjan la libertad de expresión de los ciudadanos es, fundamentalmente, la incompatibilidad de la normativa penal española con las recomendaciones de organismos internacionales, pues mantiene la figura de las injurias a

la Corona en su legislación, otorgando al Jefe de Estado un privilegio no conforme con los valores democráticos.

Esta situación pone a los tribunales españoles contra las cuerdas, obligándolos a llevar a cabo maniobras desesperadas –como considerar la quema del retrato de los reyes un delito de odio– para intentar hacer efectivos ambos Derechos, el interno y el internacional.

Al hablar de la STEDH *Otegi Mondragón c. España*, de 2011, sintetiqué el contenido de los textos del Consejo de Europa a los que el Tribunal de Estrasburgo había remitido a España al condenarla por vulneración de la libertad de expresión de Arnaldo Otegi: la Declaración del Comité de los Ministros sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación (2004) y a la Resolución n.º 1577 (2007) de la Asamblea parlamentaria, “Hacia la despenalización de la difamación”¹²⁴.

A mi juicio, ambos son documentos primordiales, puesto que señalan claramente los pasos a seguir por todos los países que forman parte del Consejo de Europa. España, sin embargo, durante alrededor de tres décadas y hasta hace muy poco, ha hecho caso omiso de las recomendaciones que contienen, pese a las repetidas condenas del TEDH, y ha continuado aplicando sanciones penales, incluso penas de prisión, apoyándose en el delito de injurias a la Corona, y el Ministerio Fiscal, durante ese tiempo, tampoco ha dejado de acudir a la vía penal en estos casos.

Recalco que estos textos fueron elaborados en 2004 y 2007; respectivamente, hace 17 y 14 años, y, pese a ello, como ya he dicho, en España no sólo no se han derogado las disposiciones penales que dan una protección cualificada a los miembros de la Familia Real, ni siquiera las penas privativas de libertad que pueden acarrear, sino que se ha llegado a condenar a prisión por este delito hasta en dos ocasiones posteriormente a la STEDH *Otegi c. España*: en el caso de Stern Taulats y Roura Capellera, si bien fue sustituida por una pena de multa, y también en la STS 397/2018, de 15 de febrero, que desestima el recurso de casación del rapero balear José Miguel Arenas Beltrán, conocido como Valtònyc, condenado por la Sección Segunda de la AN a un año de prisión por incluir mensajes ofensivos sobre miembros de la Familia Real en varias de sus canciones.

Tampoco parece, a la vista de la desestimación total del recurso de Pablo Hasél por el TS el año pasado, que los tribunales españoles tengan intención alguna de dejar de condenar por este delito, y refuerza esta percepción la decisión de la AN de no suspender su pena de prisión

¹²⁴ Vid. Epígrafe 4.1.2.

–impuesta en virtud del delito de enaltecimiento del terrorismo y no del de injurias a la Corona–, pese a que el TEDH se ha reiterado en que la limitación de la libertad de expresión por estos motivos no responde a una “necesidad social imperiosa”, por lo que cualquier sanción impuesta resulta desproporcionada. De hecho, podemos afirmar casi con toda certeza, después de todo lo examinado, que de demandar Hásel y Valtònyc a España ante el TEDH, las sentencias de este Tribunal serían a su favor, por todos los motivos expuestos y sintetizados en estas conclusiones.

La forma de resolver esta situación debiera ser sencilla, y, efectivamente, ya se ha solventado en otros Estados como Francia, que, poco después de las condenas del TEDH por los delitos de difamación contra la Jefatura de Estado francesa y extranjeras, derogaron los correspondientes artículos de la Ley de Libertad de Prensa de 29 de julio de 1881.

La solución, en efecto, es la mera derogación del tipo penal de injurias contra la Jefatura del Estado, que no priva a los sujetos anteriormente protegidos por este tipo –los que enumera el art. 490.3 del CP– de defender su derecho al honor a través de los tipos generales de injurias y calumnias.

No obstante, en España, los sucesivos Gobiernos no han mostrado una voluntad de adaptación de la normativa para cumplir las condenas del TEDH, incumpliendo sus correspondientes obligaciones internacionales al mantener estos delitos en el CP incluso tras la gran reforma del CP de 2015.

Sólo recientemente, hace apenas tres meses, pasado el décimo aniversario de la STEDH *Otegi Mondragón c. España*, se ha decidido el Legislativo, al fin, a derogar estos y otros delitos limitativos de la libertad de expresión, atendiendo, finalmente, las apremiantes instrucciones del Consejo de Europa, las Naciones Unidas, la Unión Europea, etc., además de otras organizaciones no gubernamentales, haciendo primar el derecho fundamental a la libertad de expresión y, por ende, mejorando la calidad democrática de nuestro país.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO FERNÁNDEZ, E., M. Jaén Vallejo, y Á. L. Perrino Pérez. «Delitos contra la Constitución.» En *Derecho penal aplicado: parte especial: delitos contra intereses colectivos o difusos*, pp. 303-358. Madrid: Dykinson, 2019.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. «Víctimas y disidentes. El "discurso del odio" en EE. UU. y Europa.» *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 103 (enero-abril 2015), pp. 45-86.
- ARTICLE 19. *What we do*. Obtenido de: article19.org/what-we-do (último acceso: 22 de septiembre de 2021).
- ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA. *Resolución 1577 (2007): Hacia la descriminalización de la difamación*. 4 de octubre de 2007.
- COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA. *Recomendación n.º R (97) 20 sobre el "hate speech"*. 30 de octubre de 1997.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. «El segundo "caso Pablo Hasél".» *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 20 (2021), pp. 393-414.
- ECRI (Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia). *ECRI General Policy Recommendation No. 15 on combating hate speech*. Estrasburgo, 8 de diciembre de 2015.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- GRUPO PARLAMENTARIO CONFEDERAL DE UNIDAS PODEMOS-EN COMÚ PODEM-GALICIA EN COMÚN. *Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión*.
- HUDSON Jr., David L. «Spence Test.» *Middle Tennessee State University: The First Amendment Encyclopedia*. 2009. Obtenido de: <https://mtsu.edu/first-amendment/article/1590/spence-test> (último acceso: 22 de septiembre de 2021).

- LIBEX. *Calumnias o injurias al rey, la reina y a ciertos miembros de su familia*. 2020. Obtenido de: <https://libex.es/calumnias-o-injurias-al-rey-la-reina-y-a-ciertos-miembros-de-su-familia/> (último acceso: 22 de septiembre de 2021).
- MARCHENA GALÁN, Sara María. «Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión.» *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n° 34 (2018), pp. 132-164.
- MARTÍN HERRERA, David. «¿Serán precisas más condenas del TEDH para dejar de proteger lo (in)defendible en España? Crónica de una interminable manipulación del 'hate speech' para enmudecer al disidente molesto.» *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 9, n° 1 (2018), pp. 45-84.
- MARTÍNEZ, Guillermo. *Pública*. 6 de febrero de 2021. Obtenido de: <https://www.publico.es/sociedad/libertad-expresion-pablo-hasel-entrara-prision-delitos-organismos-internacionales-llevan-anos-pidiendo-reformar-espana.html> (último acceso: 22 de septiembre de 2021).
- OSCE-OIDDH (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa. Oficina de las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos). *What is hate crime*. 2018. Obtenido de: <https://hatecrime.osce.org/what-hate-crime> (último acceso: 22 de septiembre de 2021).
- PARKER, Richard. «Clear and Present Danger Test.» *Middle Tennessee State University: The First Amendment Encyclopedia*. 2009. Obtenido de: <https://mtsu.edu/first-amendment/article/898/clear-and-present-danger-test> (último acceso: 22 de septiembre de 2021).
- PRADO CUEVA, Manuel Enrique. «Los límites de la tolerancia: en defensa de una democracia militante.» *El Catoblepas*, n° 190 (2020), p. 12.
- PÚBLICO. «El Gobierno plantea la reforma de los delitos sobre libertad de expresión y eliminará las penas de prisión.» *Pública*, 8 de febrero de 2021. Obtenido de: <https://www.publico.es/sociedad/gobierno-plantea-reforma-delitos-libertad.html>
- URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. «Castells c. España (STEDH, de 26 de abril de 1992): La libertad de la crítica política veraz.» En *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, de R. Alcácer Guirao, M. Beladiez Rojo, J. M. Sánchez Tomás y L. y López Guerra, pp. 571-575. Cizur Menor, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2013.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «Delitos contra el honor.» En *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, de Elena Marín de Espinosa Ceballos (Directora) y Patricia Esquinas Valverde (Coordinadora), pp. 169-180. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

8. RESOLUCIONES JUDICIALES CONSULTADAS

AAN de 26 de julio de 2004

ATC 213/2006, de 3 de julio

ATC 30/1982, de 10 de noviembre

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)

SAN 2526/2013, de 21 de mayo

SAN 40/2008, de 9 de julio

SAN 4837/2008, de 5 de diciembre

SAN 62/2007, de 13 de noviembre (Juzgado Central de lo Penal, Sección primera)

SAP Barcelona, Sección tercera, de 6 de octubre de 1999

STC 101/2003, de 2 de junio

STC 107/1988, de 8 de junio

STC 112/2000, de 5 de mayo

STC 127/2004, de 19 de julio

STC 136/1999, de 20 de julio

STC 177/2015, de 22 de julio

STC 214/1991, de 11 de noviembre

STC 235/2007, de 7 de noviembre

STC 48/2003, de 12 de marzo

STC 50/2010, de 4 de octubre

STC 51/1985, de 10 de abril

STC 9/2007, de 15 de enero

STEDH Castells c. España, de 23 de abril de 1992 (Demanda n.º 11798/85)

STEDH Colombani y otros contra Francia, de 25 de junio de 2002

STEDH De Haes y Gijssels contra Bélgica, de 24 de febrero de 1997

STEDH Fáber c. Hungría, de 24 de octubre de 2012

STEDH Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009

STEDH Gündüz c. Turquía, de 4 de diciembre de 2003

STEDH Jiménez Losantos c. España, de 14 de junio de 2016

STEDH Murat Vural c. Turquía, de 21 de octubre de 2014

STEDH Otegi Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011

STEDH Partido Popular Demócrata Cristiano c. Moldavia (n.º 2), de 2 de febrero de 2010

STEDH Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 de marzo de 2018

STEDH Sürek c. Turquía (n.º 1), de 8 de julio de 1999

STS 1284/2005, de 31 de octubre

STS 135/2020, de 7 de mayo

STS 397/2018, de 15 de febrero

STS de 31 de octubre de 1983 (Sala Segunda)

STSJ del País Vasco (Bilbao) 1206/2005, de 18 de marzo

Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949)

