

Grado: Doble Grado en Administración y Dirección de empresas y Derecho

Curso 2023/2024

El delito de injurias y calumnias a la Corona como límite a la libertad de expresión: análisis a través del caso Otegi Mondragón

Autor: Pablo Marañón Barrera

Director: Javier Tajadura Tejada

Bilbao, a 18 de junio de 2024



ÍNDICE

1. Introducción.	1
2. La libertad de expresión en España	2
2.1. Constitución de 1978.	2
2.2. Divergencias con la libertad de información: el límite interno de veracidad.	4
2.3. La libertad de expresión como garante institucional: su posición preferente.	5
2.4. Límites a la libertad de expresión.	6
3. El delito de injurias y calumnias a la Corona.	8
3.1. Tipo objetivo.	9
3.1.1. <i>Injurias y calumnias en el ejercicio de sus funciones.</i>	10
3.1.2. <i>Injurias y calumnias fuera del ejercicio de sus funciones.</i>	12
3.3. Tipo subjetivo	13
3.4. Bien jurídico protegido.	14
4. La libertad de expresión y sus límites a la luz del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	15
4.1. Artículo 10 CEDH	16
4.2. Artículo 17 CEDH: el discurso del odio como abuso de derecho.	20
5. El caso Otegi Mondragón.	22
5.1. El caso Otegi Mondragón en España.	22
5.1.1. <i>Los hechos.</i>	22
5.1.2. <i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1206/2005, de 18 de marzo de 2005: prevalencia de la libertad de expresión frente al derecho al honor...</i> 24	
5.1.3. <i>Sentencia del Tribunal Supremo 1284/2005, de 31 de octubre: la Constitución no reconoce un derecho al insulto.</i>	26
5.1.4. <i>Auto del Tribunal Constitucional 213/2006, de 3 de julio.</i>	29

5.2. El caso Otegi Mondragón en Europa: Sentencia del TEDH de 15 de marzo de 2011, Caso Otegi Mondragón c. España (TEDH)	31
5.2.1. <i>Los límites a la protección del Jefe del Estado.</i>	31
5.2.2. <i>Crítica del TEDH al artículo 490.3 CP.</i>	34
6. Pronunciamientos posteriores del TEDH: el caso Stern Taulats y Roura Capellera.	35
6.1. Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, de 22 de julio: las injurias a la Corona como discurso del odio.	37
6.2. Sentencia del TEDH de 13 de marzo de 2018: Caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España.	39
7. Conclusiones.	41
8. Referencias.	45

1. Introducción.

El derecho a la libertad de expresión se configura como la piedra angular de todo Estado democrático de derecho que consagra el pluralismo político como valor superior de su ordenamiento jurídico. De este modo, el reconocimiento y protección del citado derecho ocupa un lugar preeminente en los textos constitucionales de los países de nuestro entorno, así como en los tratados y declaraciones internacionales que protegen los derechos humanos.

El papel fundamental que juega la libertad de expresión en el mantenimiento de una sociedad plural, garantizando el debate público y la participación política de la ciudadanía, obliga a que las restricciones que delimitan sus fronteras estén en todo caso justificadas y conlleven sanciones proporcionadas. Sin embargo, nuestro Código Penal recoge un amplio abanico de delitos que sancionan conductas de expresión y que en los últimos años han sido interpretados por buena parte de los tribunales de manera extensiva, restringiendo así los márgenes de la libertad de expresión.

Entre dichos tipos penales se encuentran los delitos de injurias y calumnias a la Corona recogidos en los artículos 490.3 y 491.1 del Código Penal, que otorgan una protección reforzada al derecho al honor del Rey y sus familiares, así como a la dignidad de la propia institución monárquica. Las múltiples sentencias condenatorias dictadas por los tribunales españoles en aplicación de estos tipos han puesto de manifiesto una posible limitación desproporcionada del derecho a libertad de expresión en un ámbito tan relevante como el de la crítica política. De hecho, algunas de dichas sentencias, como la dictada contra el entonces dirigente de Sozialista Abertzaleak Arnaldo Otegi, le han valido a España sendas condenas del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A través de este trabajo se pretende arrojar luz sobre el complicado equilibrio entre el derecho al honor del Jefe del Estado y el derecho a la libertad de expresión, dilucidando si la protección del primero a través del delito de injurias y calumnias a la Corona supone una limitación desproporcionada del segundo. Para ello, analizaremos esta cuestión en primer lugar desde una perspectiva interna, estudiando el encaje constitucional de la libertad de expresión a través de la doctrina del Tribunal Constitucional, así como la configuración del

tipo penal en el ordenamiento jurídico español. En segundo lugar, abordaremos el asunto desde una perspectiva europea, examinando el reconocimiento de la libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia. En tercer lugar, mediante el estudio del caso Otegi Mondragón, uno de los más relevantes a nivel jurídico, político y mediático, analizaremos la distinta aplicación por parte de los tribunales españoles y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la doctrina expuesta. Asimismo, por su relevancia sobre otras aristas de esta cuestión también se hará referencia al caso Stern Taulats y Roura Capellera.

2. La libertad de expresión en España

2.1. Constitución de 1978.

La Constitución Española reconoce y protege el derecho a la libertad de expresión en su artículo 20, ubicado en la Sección Primera “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, del Capítulo II “Derechos y libertades”, del Título I “De los derechos y deberes fundamentales”.

En la sección a) del apartado primero del artículo 20, se reconoce el derecho a “*expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*”. Este precepto recoge lo que conocemos como libertad de expresión en sentido estricto, entendida como el derecho a expresar las propias ideas y opiniones. Sin embargo, en las secciones siguientes del citado apartado, se recogen otros derechos que conforman aspectos específicos de la libertad de expresión y que presentan su propia complejidad. De este modo, la Constitución configura la libertad de expresión como un conjunto de derechos autónomos pero interrelacionados que disponen de un reconocimiento constitucional individual.¹

¹ López Guerra, L., Espín Templado, E.; Díaz Revorio, F. J. (2022). *Manual de derecho constitucional* (1ª edición). Tirant lo Blanch, pp. 265-290.

Así, la sección b) recoge el derecho a la “producción y creación literaria, artística, científica y técnica”, conocido como la libertad de expresión creativa. Por su parte, la sección c) reconoce el derecho a la libertad de cátedra, entendida, en palabras del Tribunal Constitucional, como *“la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias con relación a la materia objeto de su enseñanza”*.² Por último, la sección d) reconoce el derecho a la libertad de información como el derecho a *“comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.”*

En el propio artículo 20 se recogen además dos garantías esenciales que protegen las mencionadas manifestaciones de la libertad de expresión. Por un lado, el apartado segundo establece la prohibición de la censura previa. El Tribunal Constitucional ha definido este concepto como *“cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido”*, incluyendo también aquellas limitaciones *“más débiles y sutiles, que... tengan por efecto no ya el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su art. 20.1”*.³ De este modo, se previene que los poderes públicos seleccionen las informaciones o ideas que deben llegar a la población e intervengan así en el proceso de formación de la opinión pública libre, crucial en un Estado democrático.

Por otro lado, el apartado quinto establece que el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información deberá llevarse a cabo en virtud de resolución judicial y no por un mero acto administrativo. El secuestro implica la retención de una obra impresa, audiovisual o sonora por parte de los poderes públicos, por haber infringido presuntamente una disposición legal. Supone, por tanto, una injerencia sobre el ejercicio de la libertad de expresión exteriorizado mediante una obra ya producida, al menos parcialmente, pero en ningún caso sobre una obra futura.⁴ Ahora bien, a pesar de existir una reserva de jurisdicción

² STC 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 2º

³ STC 52/1983, de 17 de junio, FJ 5º

⁴ López Guerra, L., Espín Templado, E.; Díaz Revorio, F. J. (2022). Op. cit.

en este ámbito, será necesario que el juez valore previamente las circunstancias de cada caso y que la medida se adopte en cumplimiento de una previsión legal.

Frente a estas garantías, la Constitución también recoge una serie de restricciones que limitan el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y que serán estudiadas en su correspondiente apartado.

2.2. Divergencias con la libertad de información: el límite interno de veracidad.

A pesar de que la Constitución configure el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información de forma autónoma, ambos se encuentran estrechamente relacionados entre sí, por lo que su caracterización ha sido objeto de amplia jurisprudencia.

El fundamento segundo de la STC 107/1988, de 8 de junio, dispone que la libertad de expresión tiene por objeto *“la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor”*, mientras que la libertad de información comprende *“el comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables.”* Por lo tanto, la primera se mueve en el terreno subjetivo y la segunda en el objetivo.⁵ Esta diferencia tiene una relevancia crucial a la hora de determinar si estas libertades han sido ejercidas de forma legítima, pues, a diferencia de los juicios de valor, los hechos son susceptibles de ser probados. De este modo, el ejercicio de la libertad de información está limitado por un requisito de veracidad, que por su carácter subjetivo no aplica a la libertad de expresión, disfrutando esta última de un ámbito de ejercicio mayor.⁶ Cabe destacar, además, que el límite interno de veracidad viene recogido en el propio texto constitucional mediante la inclusión en el artículo 20.1.d) del término *“información veraz”*.

⁵ STC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 2º

⁶ STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2º; y más recientemente STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4º

Ahora bien, para evitar debates interminables sobre la veracidad de la información transmitida en cada caso concreto, este requisito ha sido reconducido por el Tribunal Constitucional al *ánimus* del informador.⁷ De este modo, no se exige que en todo caso la información sea cierta, sino que haya sido diligentemente transmitida y contrastada por el informador para evitar la falsedad.⁸ Respecto a esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha reconocido también la dificultad de diferenciar en ciertas ocasiones entre una opinión y una narración de hechos, pues eventualmente la primera se basa en los segundos. Por lo tanto, en aquellos escenarios en los que se entremezclen ambos elementos, habrá que considerar cuál de ellos es preponderante en cada caso concreto.⁹

2.3. La libertad de expresión como garante institucional: su posición preferente.

El Tribunal Constitucional ha considerado el derecho a la libertad de expresión como un elemento imprescindible para el mantenimiento de la “*opinión pública libre*”, siendo esta necesaria para el ejercicio de otros derechos que la Constitución consagra y sin la cual quedaría “*absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.*”¹⁰ En esta misma línea, el Tribunal Constitucional calificó la opinión pública libre garantizada por la libertad de expresión como una “*institución política fundamental, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático*”¹¹ y estableció que en su núcleo esencial no solamente se encontraban manifestaciones positivas, sino también aquellas “*negativas o injustas*”¹². De este modo, la jurisprudencia ha concedido a la libertad de expresión una

⁷ Santaolalla López, F. (1992). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración. *Revista de Administración Pública*, (128), pp. 185-224. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17134>

⁸ STC 105/1990, 6 de junio, FJ 5º

⁹ STC 4/1996, 16 de enero, FJ 3º

¹⁰ STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3º

¹¹ STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3º

¹² STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ 3º

dimensión objetiva de relevancia destacada, configurándola como un pilar fundamental para el mantenimiento del orden constitucional.

Esta consideración de la libertad de expresión como garantía institucional tiene como consecuencia principal el reconocimiento por parte de la doctrina constitucional de una posición prevalente frente a otros derechos fundamentales con los que colisiona, como el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen.¹³ Ahora bien, este valor preferente no tiene un carácter absoluto, puesto que solo legitimará la afectación de otros derechos fundamentales cuando el ejercicio de la libertad de expresión tenga por finalidad la formación de una opinión pública libre sobre un tema de interés general, careciendo de dicha legitimación cuando su ejercicio exceda el fin por el que la Constitución le otorga tal valor preferente.¹⁴

2.4. Límites a la libertad de expresión.

A pesar de que la Constitución otorgue una protección cualificada a la libertad de expresión, no la configura como un derecho absoluto. Así se recoge tanto en el apartado cuarto del artículo 20 de la carta magna como en una extensa jurisprudencia del Tribunal Constitucional.¹⁵

Con carácter general el Tribunal Constitucional ha entendido que el derecho a la libertad de expresión, siendo su objeto la *“formulación de pensamientos, ideas y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos”*, solamente se verá limitado por el uso de expresiones *“indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”*¹⁶, así como

¹³ STC 104/1986, de 17 de julio, FJ 5º

¹⁴ STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5º

¹⁵ STC 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2º; STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4º; STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2º; entre otras

¹⁶ STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4º; STC 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2º; STC 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 6º; entre otras.

aquellas que persigan incitar y promover el odio y la violencia.¹⁷ De este modo, se establecen el insulto y el discurso del odio como límites a la libertad de expresión de construcción jurisprudencial.

Por su parte, la Constitución en el apartado cuarto de su artículo 20 recoge expresamente como límites a la libertad de expresión la protección de la juventud y la infancia, así como los derechos reconocidos en el Título I del texto constitucional y las leyes que lo desarrollen, haciendo una mención especial a los derechos de la personalidad. Estos últimos se recogen en el artículo 18 CE y se dividen en el derecho al honor, a la personalidad y a la propia imagen. Su reconocimiento bajo un mismo epígrafe ha llevado a la doctrina a cuestionarse si nos encontramos ante un único derecho con tres vertientes o si por el contrario se trata de tres derechos autónomos. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha aclarado que a pesar de que estén estrechamente relacionados por derivar de la dignidad de las personas y estar dirigidos a proteger su patrimonio moral, se configuran como derechos autónomos.¹⁸ Por lo tanto, la vulneración de uno de ellos no implica necesariamente la vulneración de los demás.¹⁹

Cuando dos derechos fundamentales entran en conflicto, la jurisprudencia ha buscado proteger al máximo posible los derechos enfrentados. Así, se pretende garantizar que estos derechos puedan desarrollarse sin que ninguno de ellos desaparezca o se vea significativamente debilitado. Para ello, el Tribunal Constitucional lleva a cabo una ponderación de ambos derechos, a través del conocido criterio de proporcionalidad, asegurando que cada uno de ellos prevalezca en la máxima medida posible.²⁰

En el caso concreto del derecho a la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional ha establecido que los tribunales españoles deberán tener en cuenta los siguientes extremos en su ponderación con otros derechos fundamentales: el juicio sobre la relevancia pública del

¹⁷ STC 177/2015, de 21 de agosto, FJ 4º

¹⁸ STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2º

¹⁹ STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 2º

²⁰ González-Trevijano Sánchez, P. (2019). La libertad de expresión, una perspectiva de derecho comparado: España. *European Parliament, Directorate-General for Parliamentary Research Services*, p. 32. Disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/07416>

asunto, el carácter público de la persona sobre la que verse la crítica u opinión, el contexto en el que se produzcan las manifestaciones enjuiciadas y si contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre.²¹ Como se ha mencionado en el apartado anterior, cuando se cumple el último de los requisitos la jurisprudencia reconoce su protección máxima a la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales al otorgarle la posición de garantía institucional.

A este respecto, si hay un derecho fundamental que destaca por sus constantes fricciones con la libertad de expresión es el derecho al honor. Esto se debe, en buena medida, por la protección que otorga al citado derecho el Código Penal a través de los delitos de calumnias e injurias, recogidos en los artículos 205 y 208 respectivamente, que han servido como base al cuestionable delito de injurias y calumnias a la Corona recogido en los artículos 490.3 y 491.1 CP.

3. El delito de injurias y calumnias a la Corona.

El artículo 1.3 de la Constitución configura la forma política del Estado español como una Monarquía parlamentaria, reconociendo así el papel fundamental de la institución monárquica en el diseño del sistema constitucional español. En esta línea, la Carta Magna reserva un lugar privilegiado a la regulación de la Corona en su Título II, que personifica la Jefatura del Estado en la persona del Rey y establece las funciones que tiene atribuidas constitucionalmente.²² Asimismo, en el artículo 56.3 CE se recoge que la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Esta garantía tiene una doble vertiente: la ausencia de responsabilidad en todos los ámbitos por los actos cometidos y la imposibilidad de iniciar cualquier tipo de procedimiento judicial en su contra.²³ Además, el citado artículo

²¹ STC 160/2003, de 15 de septiembre, FJ 4º; STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4º; entre otras.

²² Artículos 56 a 65 Constitución Española.

²³ Fernández-Fontecha Torres, M. (2018). *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (1ª edición). Thomson Reuters Aranzadi, pp. 1661-1682. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7614069>

recoge que la inviolabilidad corresponde a la “persona del Rey” y, por tanto, sus actos no podrán ser sometidos a la jurisdicción, tanto cuando actúe en calidad de Jefe del Estado como en calidad de ciudadano particular.²⁴

Esta posición cualificada reconocida en la Constitución es correspondida por el Código Penal de 1995, que recoge una protección penal reforzada a la Corona en el Capítulo II de su Título XXI “Delitos contra la constitución” a través de los denominados delitos contra la Corona. Este capítulo recoge una serie de conductas que tienen como común denominador a un conjunto determinado de sujetos pasivos, entre los que no solo se encuentra el Rey, sino también personas vinculadas al mismo. A pesar de que estos delitos constituyan tipos especiales por sus sujetos pasivos, podemos localizar su equivalente delito común a lo largo del Código Penal.²⁵

Entre los delitos a la Corona se encuentra el ya mencionado delito de injurias y calumnias a la Corona, recogido en los artículos 490.3 y 491.1 CP, y cuya configuración será objeto de análisis en los siguientes apartados.

3.1. Tipo objetivo.

Para conocer la acción típica constitutiva de los delitos de injurias y calumnias contra la Corona debemos acudir a los tipos comunes de los que parten, recogidos en los artículos 205 a 216 del Código Penal.

El Código Penal define la injuria como la “acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.”²⁶ Este comportamiento podrá manifestarse tanto por la imputación de hechos como por la emisión

²⁴ García Majado, P. (2020). Significado y alcance de la inviolabilidad del Rey. *Teoría y Realidad Constitucional*, (47), 357-381. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7897294>

²⁵ Álvarez García, F. J., Majón-Cabeza Olmeda, A., & Ventura Püschel, A. (2016). *Tratado de derecho penal español parte especial IV: delitos contra la Constitución [actualizado a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015]*. Tirant lo Blanch, pp. 72-119.

²⁶ Artículo 208 Código Penal

de juicios de valor, ya sea oralmente o por escrito, e incluso de forma simbólica mediante caricaturas o emblemas. Además, la citada expresión deberá tener un significado que sea objetivamente ofensivo, es decir, que en atención a las circunstancias sociales y al contexto en el que se produzca, dañe la reputación o la dignidad de la persona injuriada.²⁷

Por su parte, la calumnia se configura como un supuesto específico de injuria consistente en la *“imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.”*²⁸ Por lo tanto, es necesario que se atribuyan hechos concretos tipificados como delito.

Teniendo en cuenta que los delitos previstos en los artículos 490.3 y 491.1 CP tienen como base aquellos recogidos en los artículos 205 y 208 CP, el tipo objetivo será prácticamente idéntico, salvo las matizaciones que veremos a continuación.

3.1.1. Injurias y calumnias en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 490.3 CP tipifica este delito de la siguiente manera: *“El que calumniare o injuriare al Rey, a la Reina o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o a la Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son.”*

El precepto establece que las injurias o calumnias deberán tener lugar cuando los sujetos pasivos se encuentren en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas. A este respecto, la jurisprudencia ha establecido que es necesario que se dé *“una situación*

²⁷ Muñoz Conde, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23a edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch, pp. 329-342

²⁸ Artículo 205 Código Penal

presencial o cuasi-presencial del monarca”²⁹. Como veremos posteriormente, este requisito de presencialidad ha sido aplicado por la jurisprudencia con flexibilidad, permitiendo condenar a Arnaldo Otegi por unas declaraciones realizadas en rueda de prensa tras la visita del Rey al País Vasco, sin que hubiera una coincidencia física entre ambos sujetos en el momento exacto de producirse la conducta.³⁰

También supone objeto de debate cuales son las funciones a las que hace referencia el tipo. En el caso del Rey o la Reina parece evidente que alude a aquellas que la Constitución prevé en los artículos 62 y 63. También se prevén funciones para el Rey o Reina consorte en el caso de que estén ejerciendo la Regencia.³¹ Sin embargo, no se recogen en la Constitución funciones para el Príncipe o Princesa de Asturias, el Rey o Reina consorte, o para los ascendientes o descendientes del titular de la Corona, lo que hace cuestionable la aplicación del tipo cuando las injurias o calumnias van dirigidas a estos sujetos.

Esta protección penal a personas que no cuentan con funciones constitucionales asignadas y que forman parte del núcleo íntimo del Rey surge de la identificación de la institución con su titular y de la consiguiente confusión entre la esfera pública y privada del mismo. De este modo, se busca la protección de la institución monárquica a través de la protección de la persona que ostenta su representación.³²

Cabe destacar, por último, la mayor severidad de las sanciones recogidas en este precepto respecto al tipo común de injurias. El artículo 490.3 CP establece una pena de prisión de seis meses a dos años para las injurias o calumnias graves y de multa de seis a doce meses para las leves. De este modo, aplica las mismas penas que recoge el artículo 206 CP para las calumnias, pero basando su distinción en la gravedad de las mismas y no en su publicidad. Como hemos mencionado, esto supone una agravación considerable de la pena respecto a las

²⁹ SAN JCP 24/2012, de 27 de marzo, FJ 1º

³⁰ STS 1284/2005, de 31 de octubre

³¹ Artículo 59 Constitución Española

³² Alvarez García, F. J., Majón-Cabeza Olmeda, A., & Ventura Püschel, A. (2016). *Tratado de derecho penal español parte especial IV: delitos contra la Constitución [actualizado a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015]*. Tirant lo Blanch, pp. 72-119.

injurias graves dirigidas contra un particular, que se sancionan en el artículo 209 CP con una pena máxima de multa de seis a catorce meses cuando se hayan ejecutado con publicidad y de tres a siete meses en el caso contrario. Además, el artículo 490.3 CP sanciona también las injurias leves contra la Corona, mientras que en el caso de ser dirigidas contra un particular se consideran atípicas.

3.1.2. Injurias y calumnias fuera del ejercicio de sus funciones.

El artículo 491.1 CP tipifica este delito de la siguiente manera: *“Las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses.”*

Este tipo protege a los sujetos pasivos mencionados en el precepto anterior frente a las calumnias e injurias que no se hayan producido en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas. En este caso la pena prevista es de multa de cuatro a veinte meses, siendo menos severa que la del tipo anterior, pero superando igualmente el límite máximo del tipo común de injurias. Sin embargo, respecto al delito común de calumnias se produce un hecho cuanto menos reseñable: una calumnia con publicidad realizada contra el Rey fuera del ejercicio de sus funciones recibiría como reproche penal una multa de entre cuatro y veinte meses, mientras que si esa misma calumnia fuera dirigida a un particular la pena sería menor, prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

Este precepto hace más patente si cabe la confusión entre la institución monárquica y su titular, al otorgar una protección reforzada al Jefe del Estado y sus familiares frente a situaciones que nada tienen que ver con sus funciones constitucionales. Si ya es cuestionable que el honor del Rey sea merecedor de una mayor protección que la de los ciudadanos cuando este sea objeto de injurias y calumnias fuera de sus funciones, resulta totalmente indefendible

que dicha protección cualificada alcance a quienes no es que actúen fuera de sus funciones constitucionales, sino que carecen completamente de ellas.³³

3.3. Tipo subjetivo

Al igual que en el caso del tipo objetivo, debemos analizar previamente el elemento subjetivo que debe concurrir en los tipos comunes de injurias y calumnias, siendo ambos delitos dolosos.

En el caso de la injuria, para determinar la existencia de dolo es imprescindible que el sujeto activo tenga plena consciencia de la naturaleza injuriosa de su acción y, a pesar de ello, decida llevarla a cabo. Se requiere, por tanto, que la persona actúe con “animus iniuriandi”, es decir, con una intención deliberada de injuriar.³⁴

En el caso de la calumnia, se apreciará la existencia de dolo cuando el sujeto conozca la falta de veracidad del hecho imputado (dolo directo) o cuando le sea indiferente su posible falsedad (dolo eventual), de ahí la expresión “temerario desprecio hacia la verdad” empleada en el tipo. Respecto al “animus iniuriandi” no hay consenso en la doctrina entre los que consideran necesaria su concurrencia³⁵ y los que no.³⁶ Sin embargo, la jurisprudencia se ha decantado por la primera tesis.³⁷

Respecto a los tipos recogidos en los artículos 490.3 y 491.1 CP, el “animus iniuriandi” deberá ir dirigido no solo contra el honor del sujeto pasivo, sino también contra la dignidad de la institución, pues como veremos a continuación, son ambos los bienes jurídicos

³³ Macías Caro, V. M. (2022). Delitos de calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona (arts. 490.3 y 491 cp): análisis de los tipos y de la jurisprudencia española y europea. *Revista penal México*, (20), pp. 117-136. Disponible en: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/530>

³⁴ Muñoz Conde, F. (2021). Op. Cit.

³⁵ Muñoz Conde, F. (2021). Op. Cit.

³⁶ González Cussac, J. L.; Martínez-Buján Pérez, C.; Cuerda Arnau, M. L.; Borja Jiménez, E.; Carbonell Mateu, J. C. (2023). *Derecho penal parte especial* (8ª Edición). Tirant lo Blanch, pp. 333-342

³⁷ STS 1569/1992, de 26 de febrero, FJ 3º; STS 16476/1993, de 25 de mayo, FJ 5º

protegidos.³⁸ Además, debido a que se trata de delitos especiales por razón de los sujetos pasivos, será necesario que el autor conozca su identidad.³⁹

3.4. Bien jurídico protegido.

La jurisprudencia ha indicado de forma reiterada que el bien jurídico protegido por los delitos contra la Corona es la propia defensa del sistema constitucional⁴⁰. El Rey, como representante de la institución monárquica es símbolo de la unidad y la permanencia del Estado⁴¹ y, por ello, la protección del primero implica inherentemente la protección del segundo. Se trata, por tanto, de una protección instrumental dirigida a la conservación del orden político que recoge la Constitución y que la figura del Rey representa. Esto explica el reconocimiento de la naturaleza pública de estos delitos por gran parte de la doctrina y su consiguiente inclusión en los delitos contra la Constitución y no en otros títulos del Código Penal.⁴²

En este sistema de delitos configurado por el Código Penal para salvaguardar el sistema constitucional a través de la protección de la Corona, cada uno de ellos preserva un aspecto diferente tanto de la institución como de sus integrantes. Así, la jurisprudencia ha delimitado como bienes jurídicos protegidos por los delitos de injurias y calumnias contra la Corona el honor personal de los sujetos pasivos y la dignidad de la institución, reconociendo la naturaleza pluriofensiva de los citados tipos.⁴³ Sin embargo, esta afirmación no ha estado exenta de controversia.

En primer lugar, surge la pregunta sobre si el artículo 490.3 CP protege verdaderamente el honor de los sujetos pasivos. Como ya se ha mencionado, parte de la doctrina considera que

³⁸ SAN 2526/2013, de 21 de mayo, FJ 2º

³⁹ Agudo Fernández, E.; Jaén Vallejo, M.; Perrino Pérez, A. L. (2019). *Derecho penal aplicado: parte especial: delitos contra intereses colectivos o difusos* (1ª edición). Dykinson, p. 317

⁴⁰ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 3º

⁴¹ Artículo 56 Constitución Española

⁴² García Majado, P. (2021). El Jefe del Estado ante su control difuso. *Teoría & Derecho, Revista De Pensamiento jurídico*, (31), pp. 30–49. Disponible en: <https://doi.org/10.36151/td.2021.020>

⁴³ SAN 2526/2013, de 21 de mayo, FJ 2º

la inclusión de los citados tipos dentro de los Delitos contra la Constitución implica reconocer su naturaleza pública y no personal. En este sentido, cuando los sujetos pasivos estuvieran actuando en el ejercicio de sus funciones, se materializaría en su persona la institución monárquica y, por tanto, el bien jurídico protegido sería exclusivamente la citada institución y no tanto el honor o la dignidad de las personas que la representan.⁴⁴

En segundo lugar, la jurisprudencia concibe el derecho al honor contemplado en el artículo 18.1 CE desde un punto de vista personalista, propio únicamente de las personas físicas, y, por tanto, no aplicable a las instituciones públicas del Estado.⁴⁵ En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que los términos dignidad o prestigio resultan más correctos desde una perspectiva constitucional, puesto que, si bien son elementos que deben ser penalmente protegidos, no son merecedores del nivel de protección propio del derecho al honor constitucionalmente protegido de las personas físicas.⁴⁶ Este matiz, recogido también en la citada sentencia de la Audiencia Nacional, resulta de gran relevancia, pues en una hipotética ponderación entre la libertad de expresión, que sí ostenta la condición de derecho fundamental y su correspondiente protección constitucional, y la dignidad de la Corona, la protección de esta última se vería gravemente debilitada.⁴⁷

4. La libertad de expresión y sus límites a la luz del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Son múltiples los instrumentos internacionales que consagran la libertad de expresión como un elemento indispensable para el desarrollo de sociedades libres, plurales y democráticas. Ya en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en París, recogía en su artículo 19 el derecho de todo individuo a la libertad de expresión, que garantiza el

⁴⁴ Marchena Galán, S. M. (2018). 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*, (34), pp. 132-162. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7044338>

⁴⁵ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 6º

⁴⁶ STC 107/1988, de 25 de junio, FJ 2º

⁴⁷ *Ibid.*

derecho a “no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”⁴⁸ Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaba el 16 de diciembre de 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 19 volvía a reconocer el derecho de cualquier persona a la libertad de expresión, añadiendo como únicos límites el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.⁴⁹

La lista de textos internacionales que al igual que los anteriores protegen el derecho a la libertad de expresión es extensa. Sin embargo, dada su transcendencia sobre el ordenamiento jurídico y los tribunales españoles, así como sobre el objeto de estudio, centraremos el análisis en el reconocimiento de este derecho en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) y su interpretación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH).

4.1. Artículo 10 CEDH

El artículo 10 del CEDH, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, reconoce a todas las personas el derecho a la libertad de expresión. Se protege así la libertad a expresarse libremente, a opinar, y a recibir y difundir información, sin que quepan injerencias de autoridades públicas ni consideración de fronteras.

Esta relevancia otorgada a la libertad de expresión en el CEDH ha sido acompañada por la jurisprudencia del TEDH, estableciendo que “*la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, una de las condiciones primordiales para su progreso y el de las personas.*”⁵⁰ El TEDH reconoce, en el mismo sentido que el

⁴⁸ Artículo 19 Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁴⁹ Artículo 19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁰ STEDH de 7 de diciembre de 1976, Caso Handyside c. Reino Unido, §49.

Tribunal Constitucional, dos dimensiones del derecho: por un lado, la referente a la protección del ámbito de libertad de la persona, y por otro, su carácter de garantía institucional del sistema democrático.⁵¹ Teniendo en cuenta esta segunda dimensión y siendo el pluralismo político y la tolerancia elementos constitutivos de toda sociedad democrática⁵², la libertad de expresión no solo amparará informaciones o ideas que sean favorablemente recibidas por la población, sino también aquellas que puedan resultar desconcertantes u ofensivas para el Estado o una parte de la sociedad.⁵³

A pesar de que el CEDH adopte una visión monista de la libertad de expresión, configurando bajo un mismo derecho la libertad de expresión en sentido estricto y la libertad de información,⁵⁴ el TEDH, al igual que el Tribunal Constitucional, ha distinguido los supuestos en los que se comuniquen juicios de valor de aquellos en los que se comuniquen hechos.⁵⁵ Respecto a la difusión de hechos, el TEDH exige como modelo de diligencia que se actúe conforme a la buena fe, otorgando protección a la divulgación de informaciones de interés general cuando “*se expresen de buena fe, sobre la base de hechos verídicos y exactos, y que proporcionen informaciones fiables y precisas, respetando la ética periodística.*”⁵⁶ El nivel de diligencia se verá afectado por diversos factores, como la naturaleza pública de la persona afectada o el nivel de importancia o gravedad de la información.⁵⁷ En cuanto a los juicios de valor, el TEDH requiere para su protección que se sustenten en una base fáctica suficiente, pudiendo ser considerados de lo contrario como excesivos.⁵⁸ No será necesario hacer

⁵¹ López Guerra, L. (2021). *El convenio europeo de derechos humanos: según la jurisprudencia del tribunal de estrasburgo* (1ª edición). Tirant lo Blanch, p. 236

⁵² STEDH de 25 de noviembre de 1999, Caso Nilsen i Johnsen c. Noruega, §43

⁵³ STEDH de 7 de diciembre de 1976, Caso Handyside c. Reino Unido, §49.

⁵⁴ Valiente Martínez, F. (2020). *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión* (1ª edición). Dykinson, p. 119.

⁵⁵ STEDH de 8 de julio de 1986, Caso Lingens c. Austria, §46

⁵⁶ STEDH de 21 de enero de 1999, Caso Fressoz y Roire c. Francia, §54

⁵⁷ Presno Linera, M. A. (2020). La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (70), pp. 461-492. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7460400>

⁵⁸ STEDH de 19 de mayo de 2005, Caso Turham c. Turquía, §24

referencia a los hechos en los que se basa el juicio de valor cuando estos sean conocidos por el público general.⁵⁹

Al igual que la Constitución, el CEDH no reconoce la libertad de expresión como un derecho absoluto. Así, el apartado segundo del artículo 10 establece que la libertad de expresión podrá ser sometida a “formalidades, condiciones, restricciones y sanciones”, siempre y cuando se cumplan tres requisitos: que la injerencia esté prevista por la ley, que se persiga la defensa de uno de los fines legítimos enumerados en el propio precepto y que la limitación del derecho sea necesaria en una sociedad democrática.

Respecto a la previsión legal de la restricción, además de su efectiva existencia, deberá cumplir dos requisitos. El primero de ellos es que la ley sea lo suficientemente accesible, es decir, que pueda ser fácilmente conocida por los ciudadanos. El segundo hace referencia a la previsibilidad de la norma, siendo necesario que sea formulada con la suficiente precisión y claridad como para que un ciudadano regular pueda prever las consecuencias de una conducta determinada y modularla.⁶⁰

En relación con los fines que justifican la imposición de límites, el propio artículo 10.2 CEDH enumera una serie de intereses públicos cuya protección podrá servir como fundamento de la injerencia: la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud y la garantía de la autoridad e imparcialidad del poder judicial. También se incluye la protección de derechos de carácter individual como la reputación o la privacidad de las personas. El significado de los derechos enumerados es autónomo de aquel que tengan en el derecho interno de cada Estado⁶¹ y al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, será el propio TEDH el que, en cada caso, teniendo en cuenta el bien jurídico que trata de protegerse, concrete su sentido real.⁶²

⁵⁹ STEDH de 27 de febrero de 2001, Caso Feldek c. Eslovaquia, §86

⁶⁰ STEDH de 26 de abril de 1979, Caso The Sunday Times c. Reino Unido, §49

⁶¹ SETDH de 10 de marzo de 1980, Caso König c. Alemania, §88

⁶² Fernández Segado, F. (1990). La Libertad de Expresión en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, (70), pp. 93-124. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27083>

Respecto al tercer requisito, esto es, que la limitación del derecho sea necesaria en una sociedad democrática, el TEDH ha concretado que se debe tratar de una “imperiosa necesidad social”.⁶³ A pesar de que los Estados gocen de cierto margen de apreciación, se trata de una facultad limitada, pues será el TEDH quien en última instancia resuelva en cada caso concreto si la injerencia cumple con el requisito de necesidad,⁶⁴ pudiendo rechazar los argumentos presentados por los tribunales internos.⁶⁵ Además, en su control, el TEDH no se restringe a los argumentos utilizados en las decisiones judiciales internas, sino que considera todos los aspectos del caso, incluso aquellos hechos o circunstancias que no fueron tomados en cuenta en el ámbito nacional y que podrían ser relevantes.⁶⁶

A este respecto, el TEDH ha elaborado a través de su jurisprudencia un test de proporcionalidad mediante el que analiza si las medidas adoptadas son proporcionadas respecto al fin legítimo que perseguían y si los motivos alegados por las autoridades nacionales eran pertinentes y suficientes a la luz del artículo 10.2 CEDH.⁶⁷ Los elementos que toma en consideración el TEDH para realizar su examen de proporcionalidad son diversos. Entre ellos, se incluye el propósito de quien emite las declaraciones, su contenido, el contexto en el que tienen lugar, el carácter público o privado de la persona a la que hacen referencia, la difusión o el impacto de la expresión, la naturaleza de la injerencia y de la sanción, la existencia o no de medidas alternativas y la consistencia de la actitud del Estado.⁶⁸ Como veremos posteriormente, el TEDH en su sentencia relativa al Caso Otegi Mondragón c. España valorará cada uno de estos extremos para decidir sobre la necesidad de la injerencia adoptada por los tribunales españoles.

⁶³ STEDH de 26 de abril de 1979, Caso The Sunday Times c. Reino Unido, §59

⁶⁴ Consejo de Europa (2021). *Guía sobre el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Libertad de expresión*, pp. 19-24. Disponible en:

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_10_SPA

⁶⁵ STED de 10 de febrero de 2009, Caso Eerikäinen y otros c. Finlandia, §71

⁶⁶ Presno Linera, M. A. (2018). Crónica de una condena anunciada: el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del rey. *Teoría y realidad constitucional*, (42), 2018, pp. 539-549. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800413>

⁶⁷ STEDH de 26 de abril de 1979, Caso The Sunday Times c. Reino Unido, §62

⁶⁸ Rodríguez Montañés, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito: una aproximación desde la constitución a las fronteras del derecho penal* (Ser. Alternativa, 12). Tirant lo Blanch, pp. 221-272

4.2. Artículo 17 CEDH: el discurso del odio como abuso de derecho.

A parte de los límites reconocidos en el apartado 2 del artículo 10 CEDH, es necesario hacer referencia también a su artículo 17. El citado artículo recoge la prohibición del abuso de derecho, prescribiendo que las disposiciones del CEDH no podrán ser empleadas por un Estado, grupo de personas o individuo, para cometer actos que destruyan los derechos y libertades reconocidos en el propio texto. Así, el TEDH ha empleado este artículo para excluir de plano de la protección del CEDH ciertas manifestaciones calificadas como discurso del odio, no aplicando el examen de proporcionalidad propio de su artículo 10.2.

La definición de lo que se entiende por discurso del odio ha suscitado un gran debate, siendo objeto de diversos textos. En el marco del CEDH, el texto de mayor relevancia es la Recomendación nº R (97) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el “discurso de odio”, adoptada el 30 de octubre de 1997, que define este término como *“toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”*. Por lo tanto, a la vista de este texto podríamos considerar que el elemento definidor del discurso del odio es la manifestación de odio por cualquier tipo de motivación intolerante o discriminatoria (racial, antisemita, xenófoba, etc.). En esta línea, el TEDH ha calificado el discurso del odio como *“todas las formas de expresión que expandan, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”*⁶⁹. Sin embargo, las diferentes sensibilidades existentes en Europa sobre esta cuestión y una jurisprudencia poco clara del TEDH han dificultado que éste adopte un estándar de protección común.⁷⁰ Así, el TEDH solo

⁶⁹ STEDH de 6 de julio de 2006, Caso Erbakan c. Turquía, §56

⁷⁰ Presno Linera, M. A. (2020). Op. cit.

ha aplicado el “efecto guillotínante”⁷¹ del artículo 17 a determinados discursos del odio, analizando el resto a través de la perspectiva del artículo 10.2 CEDH.

Por un lado, el TEDH ha excluido “*ratione materiae*” de protección aquellos discursos que nieguen el Holocausto, por considerarlos como “*una de las más serias formas de difamación racial de los judíos y de incitación al odio contra ellos (...) incompatibles con la democracia y los derechos humanos.*”⁷² Sin embargo, ha descartado extender la aplicación de la doctrina del abuso de derecho a otros casos de negacionismo o revisionismo histórico relativos a hechos que “*escapan de la categoría de hechos históricos claramente probados.*”⁷³ Así, en el Caso Lehideux y Isorini c. Francia el TEDH amparó el derecho a la libertad de expresión de dos negacionistas de los crímenes del régimen de Vichy que habían justificado sus postulados en un artículo publicado en el periódico Le Monde, por entender que no era comparable al negacionismo del Holocausto nazi, puesto que el primero, a diferencia del segundo, seguía generando un debate entre historiadores. Por otro lado, el TEDH también ha considerado incompatibles con el CEDH, sin necesidad de entrar en el fondo del asunto, aquellos discursos con contenido o finalidad racista, islamofóbica o antisemita.⁷⁴

En los restantes casos que pudieran quedar fuera de la protección del CEDH por considerarse discursos del odio, como aquellos de contenido homófobo o xenófobo, será necesario su valoración individual mediante el test de proporcionalidad propio de su artículo 10.2, teniendo en cuenta diversos elementos, entre ellos: si las declaraciones tuvieron lugar en un contexto político o social tenso, o si atendiendo a dicho contexto podían entenderse como una llamada directa o indirecta a la violencia o al odio.⁷⁵ Así, el TEDH ha destacado que el artículo 17 solo se deberá emplear en casos excepcionales y extremos en los que resulte

⁷¹ Teruel Lozano, G. (2017). El discurso de odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (27), p. 11. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6111311>

⁷² Decisión del TEDH de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c. Francia.

⁷³ STEDH de 23 de septiembre de 1998, Caso Lehideux y Isorni c. Francia, §47

⁷⁴ Puerta, A. J. F. (2022). El tratamiento jurídico del discurso del odio a ambos lados del Atlántico: ¿referentes para España? *Clio & Crimen: Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, (19), pp. 159-182. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8785406>

⁷⁵ Teruel Lozano, G. (2017). Op. cit.

evidente que se ha intentado desviar el artículo 10 de su verdadero propósito, utilizando el derecho a la libertad de expresión con fines incompatibles con los valores del CEDH.⁷⁶

5. El caso Otegi Mondragón.

El caso Otegi Mondragón supone un hito significativo en el delicado equilibrio entre el ejercicio de la libertad de expresión y las limitaciones impuestas por el delito de injurias y calumnias a la Corona. En este contexto, se presenta como un estudio revelador que ilustra las complejidades inherentes a la intersección entre la crítica política y el respeto a la institución monárquica.

A través del análisis del caso, desde su comienzo en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en adelante, TSJPV) hasta llegar al TEDH, se pretende arrojar luz sobre la conveniencia de un delito que otorga una protección cualificada a la institución monárquica frente a la libertad de expresión. De este modo, se pondrá de manifiesto la aplicación al caso por los tribunales de todos los elementos comentados hasta el momento y sus conclusiones divergentes: aquellas que abogaron por una protección rigurosa de la Corona ante las declaraciones del Señor Otegi y las que defendieron el derecho fundamental a la libertad de expresión a pesar de contener críticas o cuestionamientos hacia la institución monárquica.

5.1. El caso Otegi Mondragón en España.

5.1.1. Los hechos.

El recorrido judicial de Arnaldo Otegi comienza tras una querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal en relación a unas declaraciones efectuadas en una rueda de prensa celebrada el 26 de febrero de 2003 en San Sebastián. La citada comparecencia fue convocada

⁷⁶ STEDH de 15 de octubre de 2015, Caso Perinçek c. Suiza, §45

por el Señor Otegi en calidad de portavoz del Grupo Parlamentario Sozialista Abertzaleak en el Parlamento Vasco, con el ánimo de expresar la postura de su grupo parlamentario respecto al cierre del periódico en euskera *Euskaldunon Egunkaria*.

La clausura del diario había tenido lugar cinco días antes de las declaraciones de Otegi por orden del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional, a causa de sus presuntos vínculos con ETA. En el registro de los locales del periódico fueron detenidas 10 personas, entre las que se encontraban miembros del consejo de administración y el redactor jefe de la publicación. Tras cinco días de detención preventiva incomunicada, varios de los trabajadores del diario manifestaron haber sido objeto de malos tratos.

Partiendo de esta premisa, el mismo día de la rueda de prensa realizada por Otegi, el lehendakari Juan José Ibarretxe había recibido en Bilbao al Rey de España Juan Carlos I con motivo de la inauguración de la Central de Generación Eléctrica Bahía de Vizcaya. En respuesta a una pregunta planteada por un periodista sobre su parecer en relación a este encuentro, el Señor Otegi dijo lo siguiente: “*¿Cómo es posible que se fotografíen (haciendo referencia a los miembros del Gobierno vasco) hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?*”

El Ministerio Fiscal interpuso una querrela criminal el 7 de abril de 2003 por injurias graves al Rey, según lo dispuesto en el artículo 490.3 del Código Penal, en relación con el artículo 208 de dicho Código. En ese momento comenzó un largo proceso judicial, analizado en las sucesivas páginas, que concluyó con una sentencia condenatoria a España por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5.1.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1206/2005, de 18 de marzo de 2005: prevalencia de la libertad de expresión frente al derecho al honor.

En su escrito de acusación la fiscalía solicitó la imposición de una pena al Señor Otegi de 15 de meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo por infracción del artículo 490.3 CP. Por su parte, la defensa alegó que sus declaraciones formaban parte de una crítica política dirigida al Lehendakari y no al Rey, y que no existía ninguna intención de injuriar al monarca puesto que afirmar que este es el jefe máximo de las Fuerzas Armadas era una realidad propia de la configuración del Estado español. Por lo tanto, solicitó la libre absolución de su representado al considerar que las manifestaciones proferidas por el Señor Otegi no eran susceptibles de ser tipificadas como delito.

El TSJPV acordó la absolución del acusado por entender que sus declaraciones no podían ser consideradas constitutivas de delito alguno, pues suponían un ejercicio legítimo de la libertad de expresión al resultar preponderante frente al derecho al honor.

En su Fundamento de Derecho Segundo el TSJPV recuerda el carácter institucional de la libertad de expresión por ser garante de la libertad y el pluralismo político, considerados como valores superiores del ordenamiento jurídico de un Estado democrático. Así, reconoce la prevalencia de la libertad de expresión frente al derecho al honor cuando esta vaya dirigida a la formación de la opinión pública sobre cuestiones político-estatales o sociales de interés general. Entre estas cuestiones, el TSJPV incluye la crítica a una institución constitucional, en este caso la Corona, recordando que no está prohibida por la Constitución y, por tanto, tampoco excluida del ejercicio de la libertad de expresión.

Íntimamente ligada a la consideración de unas declaraciones como de interés general se encuentra el carácter público de la persona a la que hacen referencia. Cita el TSJPV la STS 46/1998, de 2 de marzo, estableciendo que *“la tutela del derecho al honor se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información cuando sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública”*. De este modo, reconoce un mayor ámbito de crítica al Rey

por su condición de figura pública, debiendo asumir este un mayor riesgo de que su derecho al honor se vea afectado por valoraciones o informaciones de interés general.

Otro aspecto que valora el TSJPV en su ponderación entre ambos derechos es si las manifestaciones eran necesarias para el ejercicio efectivo de la libertad de expresión. Para determinar dicha necesidad se debe analizar el contexto en el que las manifestaciones han tenido lugar. En el caso concreto de las injurias dirigidas al Rey, deberá tenerse en cuenta el marco del debate político generado por las diversas opiniones favorables y contrarias al actual modelo de Jefatura del Estado. En este contexto, el TSJPV recuerda que el derecho a la libertad de expresión también ampara las expresiones de mal gusto o provocativas que pueden formar parte del discurso político, no siendo tales consideraciones suficientes para calificar unas declaraciones de innecesarias. Sin embargo, aquellas manifestaciones que lesionen el núcleo último de la dignidad de las personas no estarán protegidas bajo el paraguas de la libertad de expresión, considerándose en cualquier caso innecesarias.

En aplicación de la mencionada doctrina, el TSJPV consideró que en el caso concreto el derecho a la libertad de expresión tenía carácter preponderante respecto al honor. En primer lugar, porque las manifestaciones se enmarcaban en la crítica política dirigida al Lehendakari por su recibimiento al Rey de España tras los acontecimientos relativos al cierre del periódico Egunkaria, tratando así de influir en la formación de la opinión pública sobre este asunto. En segundo lugar, por el carácter público de los sujetos implicados: Arnaldo Otegui, parlamentario en la Cámara Vasca; y Juan Carlos I, Jefe del Estado español. Por último, porque a pesar de calificar las declaraciones del Sr. Otegi como “*ofensivas, improbias, injustas, oprobiosas y ajenas a la realidad*”, el TSJPV consideró que no afectaban al núcleo último de la dignidad del Rey puesto que no hacían referencia a su vida privada, sino que mostraban el rechazo del acusado por la institución monárquica encarnada en su persona.

Por lo tanto, el 18 de marzo de 2005 la Sala de lo Civil y Penal del TSJPV dictó sentencia declarando la libre absolución del Señor Otegui al considerar que, en atención al razonamiento expuesto, los hechos imputados al mismo no encajaban en el tipo penal recogido en el artículo 490.3 CP.

5.1.3. Sentencia del Tribunal Supremo 1284/2005, de 31 de octubre: la Constitución no reconoce un derecho al insulto.

Frente a la sentencia dictada por el TSJPV el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de ley por inaplicación del artículo 490.3 del Código Penal. Defendió que el tribunal de instancia no había realizado correctamente la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión del acusado y el derecho al honor del Rey y entendió que a su juicio las declaraciones vertidas por el Señor Otegi eran claramente injuriosas e innecesarias. Por su parte, la defensa mantuvo que se trataba de declaraciones desprovistas de expresiones injuriosas, dirigidas a una persona de carácter público y enmarcadas en un contexto político.

El Tribunal Supremo declaró que había lugar al recurso de casación, casando la sentencia dictada por el TSJPV y dictando una Segunda Sentencia en la que condenaba a Arnaldo Otegi a la pena de un año de prisión y a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

En la fundamentación de su sentencia el Tribunal Supremo comienza recordando la doctrina recogida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 39/2005, de 28 de febrero, que establece que en aquellos casos en los que la defensa alegue el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión frente a los tipos de calumnias e injurias, el criterio subjetivo del animus iniuriandi no bastará para que exista una condena penal por dichos delitos. Será necesario que el juez penal analice en el caso concreto si efectivamente se ha hecho uso del citado derecho constitucional y, en caso afirmativo, operaría como causa excluyente de la antijuridicidad de la conducta enjuiciada.

Partiendo de esta premisa, el Tribunal Supremo, al igual que el TSJP, señala el valor preponderante de la libertad de expresión cuando esta se utiliza como instrumento de participación política, reconociendo la relevancia del bien jurídico protegido en estos casos: la formación de la opinión pública. En este sentido, cita la STC 101/1990, de 11 de noviembre, que reconoce el derecho a la libertad de expresión no solo como un derecho de cada individuo, sino como un requisito imprescindible para la existencia de un Estado democrático en el que prime el pluralismo político. Asimismo, cita diversas sentencias del

TEDH que también apuntan en esta línea, estableciendo que la tolerancia y el pluralismo de una sociedad democrática deberá amparar aquellas ideas que puedan resultar ofensivas o chocantes. Sin embargo, el Tribunal Supremo recalca que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y, pese a su carácter preponderante, se podrá ver limitada cuando la afectación a otros derechos fundamentales no tenga como finalidad la formación de una opinión pública sobre asuntos de interés general.

En línea con lo anterior, el Tribunal Supremo comparte con el TSJPV que las personas de carácter público son susceptibles de soportar un nivel de crítica mayor, pero recalca que esto no supone una carta blanca para atentar contra su honor, puesto que siguen siendo titulares de este derecho. De este modo, el Tribunal Supremo mantiene con firmeza en su argumentación que la Constitución no reconoce un derecho al insulto. Para sustentar esta tesis cita varias sentencias del Tribunal Constitucional que excluyen de protección constitucional aquellas expresiones que resulten ultrajantes o vejatorias y sean impertinentes para manifestar la opinión o información pretendida. Así, vuelve a coincidir con el TSJPV recordando que aquellas manifestaciones que afecten al núcleo último de la dignidad de las personas no estarán jamás amparadas por el derecho a la libertad de expresión.

Teniendo en cuenta esta doctrina y las circunstancias del caso, el Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho Tercero, concluye que no existe un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, al considerar que las manifestaciones realizadas por Arnaldo Otegi constituyen juicios de valor que atentan directamente contra el núcleo último de la dignidad del Rey. El Tribunal Supremo considera que las declaraciones son manifiestamente injuriosas al imputar al Jefe del Estado uno de los delitos más graves del ordenamiento jurídico, como es la tortura, y que no pueden ser justificadas por el contexto en el que se producen. Remarca además que las denuncias presentadas por presuntas torturas por los trabajadores del periódico Egunkaria fueron posteriormente archivadas y sobreesídas. Por ello, el Tribunal Supremo considera que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión resulta contrario al principio de proporcionalidad e innecesario en este caso concreto.

De esta argumentación resulta desconcertantes dos cuestiones. En primer lugar, resulta cuestionable que, tras haber calificado las manifestaciones del Sr Otegi como juicios de valor,

enmarcándolas así dentro de la libertad de expresión y eximiéndolas del requisito de veracidad que sí aplica a la difusión de hechos, el Tribunal Supremo emplee el sobreseimiento de las denuncias de tortura del caso Egunkaria que propician las citadas declaraciones para sustentar que “no pueden verse atemperadas por el contexto en el que se dicen pronunciadas.”⁷⁷ A este respecto cabe destacar además que, tras haber agotado la vía interna, el director del periódico Egunkaria, Martxelo Otamendi, interpuso una demanda (nº 47303/08) ante el TEDH contra España por violación del artículo 3 del CEDH, que prohíbe las torturas y los tratos inhumanos en su vertiente procesal. El TEDH condenó a España mediante Sentencia del 16 de octubre de 2012 al entender que las investigaciones de los tribunales españoles no habían tenido la profundidad y eficacia suficiente para cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 3 del CEDH.⁷⁸

En segundo lugar, resulta desconcertante que tras la exposición de una larga doctrina en la que se reconoce la trascendencia de la libertad de expresión para un Estado democrático y su mayor protección cuando esta se emplea como instrumento de participación política, el Tribunal Supremo obvie estos principios basando su resolución únicamente en la consideración de las manifestaciones como injuriosas. Así, el Tribunal Supremo, en su breve aplicación de la doctrina al caso, no hace referencia al posible carácter prevalente de la libertad de expresión en el caso concreto y se limita a calificar las declaraciones del Señor Otegi de desproporcionadas e innecesarias.

Esta conclusión choca con la formulada en su voto particular por el magistrado Perfecto Andrés en el que defendía que las manifestaciones realizadas por Arnaldo Otegi sí se encuadraban dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

A juicio de este magistrado las declaraciones del acusado eran de una clara naturaleza política, habida cuenta del estatus de parlamentario del Señor Otegi y de que formaban parte

⁷⁷ Rodríguez Montañés, T. (2013) Otegui Mondragón C. España (STEDH de 15 de marzo de 2011): El derecho a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político extremo. En Alcacer Guirao, R.; Beladiez Rojo, M.; Sánchez Tomás, J. M. (1ª edición), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (pp. 613-640). Civitas.

⁷⁸ STEDH de 16 de octubre de 2012, Caso Otamendi Egiguren c. España, del 16 de octubre de 2012, §42

de un pronunciamiento respecto al comportamiento del Lehendakari durante la visita del Rey al País Vasco. Además, el magistrado pone de manifiesto la animadversión manifiesta del Señor Otegi hacia la Corona, concluyendo así que las manifestaciones van dirigidas al Rey como representante de dicha institución, sin que se haga referencia en ningún caso a su vida privada.

Por último, el magistrado hace hincapié en que las declaraciones no le atribuyen al Rey una responsabilidad directa por su participación en actos concretos de tortura, sino que le atribuye una responsabilidad simbólica por ser el jefe de las Fuerzas Armadas. Así, cita la STC 190/1992, de 16 de noviembre, en la que el TC aclara que debe diferenciarse la acción de imputar de forma genérica actuaciones ilícitas como un instrumento retórico empleado en el discurso político, y la acción de atribuir responsabilidad por la participación en hechos concretos constitutivos de un delito de tortura.

5.1.4. Auto del Tribunal Constitucional 213/2006, de 3 de julio.

El 30 de noviembre de 2005 Arnaldo Otegi interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La demanda de amparo fue fundamentada en la vulneración de varios derechos fundamentales, de los que cabe resaltar dos por su relevancia para el objeto de estudio.

Por un lado, el Señor Otegi alegó que la sentencia del Tribunal Supremo había vulnerado su derecho a la libertad de expresión por no haber ponderado correctamente los derechos en conflicto, recalando una vez más que las declaraciones realizadas no eran injuriosas, que se dirigían al Lehendakari y no al Rey, y que se produjeron en un contexto de carácter político.

Por otro lado, el recurrente defendió que había sido vulnerado su derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 CE, puesto que las declaraciones se habían realizado en una rueda de prensa de carácter político sobre una cuestión de interés público en representación de su Grupo Parlamentario.

Respecto a la primera de las pretensiones, el Ministerio Fiscal sostiene la misma tesis que el Tribunal Supremo y considera que no se ha ejercido legítimamente el derecho a la libertad de expresión por resultar manifiestamente ofensivas e innecesarias las declaraciones del Señor Otegi. Respecto a la segunda, la fiscalía entiende que la sentencia recurrida no afecta a la libertad ideológica del acusado puesto que la condena no se fundamenta en su animadversión por la institución monárquica, sino en las expresiones injuriosas realizadas contra el Rey.

El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo por entender que carecía de contenido constitucional.

En su pronunciamiento el Tribunal Constitucional comienza recordando que para que se pueda apreciar la violación del derecho recogido en el artículo 16 será necesario que los actos realizados por los poderes públicos impidan la libre adopción o mantenimiento de una ideología determinada. En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera el argumento esgrimido por la fiscalía, recalcando que la condena penal adoptada contra el Señor Otegi por la sentencia recurrida no se basa en su posición ideológica contraria a la monarquía, sino en la vulneración del derecho al honor del Rey causada por las declaraciones proferidas.

Respecto a la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional vuelve a mencionar su posición de garante institucional y la falta de reconocimiento por la Constitución de un derecho al insulto. Reitera también que cuando la libertad de expresión se emplea para manifestar opiniones o ideas, es decir, juicios de valor, el campo de actuación de este derecho se ve ampliado y solo se limita por aquellas expresiones ofensivas que sean innecesaria para expresar la opinión pretendida.

Respecto al caso concreto, el Alto Tribunal consideró que el Tribunal Supremo en su resolución había ponderado correctamente el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, teniendo en cuenta el contexto en el que se producen las declaraciones, el interés público del tema que tratan y el carácter público de las personas a las que van dirigidas, concluyendo así que se trataba de declaraciones completamente innecesarias e injuriosas. Para llegar a esta conclusión el Tribunal Constitucional hace suyos los argumentos

esgrimidos por el TS y añade que la exención de responsabilidad y la posición de neutralidad respecto al debate político concedidas por la Constitución al Rey le otorgan una posición merecedora de un respeto institucional cualitativamente distinto al resto de instituciones del Estado. Sin embargo, cabe preguntarse si no es precisamente en aquellos supuestos en los que menos responsabilidad quepa exigir a quienes desarrollan funciones constitucionales cuando mayor nivel de crítica ciudadana deberán soportar como instrumento de legitimación democrática de la institución que representan.⁷⁹

5.2. El caso Otegi Mondragón en Europa: Sentencia del TEDH de 15 de marzo de 2011, Caso Otegi Mondragón c. España (TEDH)

5.2.1. Los límites a la protección del Jefe del Estado.

Tras haber agotado la vía del derecho interno, el 5 de enero de 2007, el Señor Otegi presentó demanda (nº 2034/07) contra España ante el TEDH, al amparo del artículo 34 del CEDH, alegando la violación del artículo 10 del CEDH por suponer la sentencia del Tribunal Supremo un ataque contra su libertad de expresión. El 15 de marzo de 2011 el TEDH dictó sentencia confirmando la vulneración del artículo 10 del CEDH y condenando a España a abonar al Señor Otegi la suma de 20.000 euros por daños morales y 3.000 euros por gastos y costas.

En primer lugar, el TEDH procede a comprobar si las expresiones objeto de controversia quedan dentro del ámbito protegido por el artículo 10 del CEDH. Una vez verificado que las partes coinciden en que efectivamente se ha producido una injerencia por parte de las autoridades públicas en el derecho a la libertad de expresión del demandante, el TEDH procede a examinar si se cumplen los requisitos que el artículo 10.2 exige para que la citada

⁷⁹ Presno Linera, M. A. (2018). Op. cit.

injerencia sea legítima: que esté prevista por la ley, que persiga un objetivo legítimo y que sea necesaria en una sociedad democrática.

Respecto al primero de los requisitos, el TEDH confirma que la sentencia condenatoria al Señor Otegi está fundada en el artículo 490.3 CP y, por tanto, entiende que la injerencia está efectivamente prevista por la ley. Respecto al objetivo legítimo perseguido, el TEDH entiende que se busca la protección de la reputación o derechos de otros, concretamente del Rey de España. Es la necesidad de la injerencia la que suscita un mayor debate y argumentación.

El TEDH comienza recordando su doctrina respecto a la libertad de expresión, coincidente en muchos casos con la de los tribunales españoles. Por un lado, establece que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos principales de una sociedad democrática, plural y tolerante y que protege, por tanto, no solo las expresiones favorables, sino también aquellas que puedan ofender o molestar. Asimismo, reconoce también que la libertad de expresión disfruta de un mayor campo de protección cuando se ejerce en un contexto político y, en mayor medida, cuando el titular del derecho es un representante público, pues este representa y defiende los intereses del pueblo. Por último, recuerda que la crítica dirigida a personas de carácter público-político gozará de límites más amplios, pues las injerencias a la libertad de expresión en estos casos deberán ponderarse con el libre debate sobre asuntos políticos.

En atención a estos principios, el TEDH pasa a analizar si en el caso concreto la injerencia reviste una necesidad social imperiosa, es decir, si es proporcionada para lograr el objetivo legítimo perseguido y si los motivos alegados por las autoridades nacionales son suficientes para justificarla.

El TEDH comienza puntualizando que el Señor Otegi se manifestaba sobre una cuestión de interés público, en virtud de su cargo de portavoz del Grupo Parlamentario Sozialista Abertzaleak y, por tanto, sus declaraciones forman parte del debate político. Por lo tanto, el margen para apreciar la necesidad de la sanción impuesta se ve notablemente reducido.

En relación con las declaraciones en sí mismas, el TEDH las califica de provocativas. Sin embargo, puntualiza que en ningún caso incitan a la violencia y no constituyen, por tanto, un

discurso del odio. Además, el Tribunal reconoce una mayor licencia de provocación como instrumento retórico a aquellas personas que participen en el debate público y señala que al haber sido unas declaraciones realizadas en una rueda de prensa el demandante no tuvo ocasión de corregirlas o rectificarlas antes de que llegaran al público general.

Respecto a la posición de neutralidad del Rey aducida por el Tribunal Constitucional en su auto, el TEDH recalca que en ningún caso puede significar que el Jefe del Estado esté exento de toda crítica en el ejercicio de sus funciones y, menos aún, cuando se esté manifestando legítimamente el rechazo por la institución que representa, pues la libertad de expresión adquiere un valor mayor cuando se emplea para exponer ideas que cuestionan el orden establecido. Además, que la Constitución exima de responsabilidad penal al Rey no debe impedir que se forme un debate sobre una posible responsabilidad institucional o simbólica.

A continuación, el TEDH remarca el carácter público y político de las declaraciones del Señor Otegi y subraya que no atentaban contra el honor personal del Rey, ni hacían referencia a su vida privada. Tampoco considera el TEDH que se le imputara una responsabilidad individual en la comisión de un delito de torturas, sino una responsabilidad institucional por ser el jefe de las Fuerzas Armadas que presuntamente habían torturado a los trabajadores del periódico Egunkaria.

Por último, el TEDH recuerda que la sanción impuesta también debe ser considerada para establecer la proporcionalidad de la injerencia. Así, aclara que, aunque esté plenamente justificado que las autoridades competentes protejan las instituciones del Estado por su condición de garantes del orden público institucional, la preeminencia que estas instituciones ostentan requiere que las autoridades ejerzan moderación en el uso del derecho penal. En línea con lo anterior, añade que, dado el efecto disuasorio que podría causar, solo se podrá imponer una pena de prisión por declaraciones realizadas en el marco del discurso político cuando se afecte gravemente otros derechos fundamentales, como cuando se difunde un discurso del odio o se incita a la violencia. El TEDH considera que, en atención a las circunstancias del caso, realizándose las declaraciones en un contexto político sobre un tema de interés general y habiendo descartado ya que se trate de un discurso del odio, no se puede justificar la imposición de una pena de prisión.

Tras esta argumentación, el TEDH concluyó que las razones alegadas por los tribunales españoles no resultaban suficientes para considerar que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del demandante fuera necesaria en una sociedad democrática. Así, a pesar de reconocer el margen interno de apreciación, el TEDH consideró que la injerencia era desproporcionada respecto al objetivo legítimo perseguido y que, por tanto, se había producido una violación del artículo 10 del CEDH.

5.2.2. Crítica del TEDH al artículo 490.3 CP.

En su sentencia el TEDH aprovecha para lanzar una crítica al artículo 490.3 CP por conceder una protección más elevada al Jefe del Estado que a otras personas o instituciones respecto a la propagación de opiniones o informaciones que le atañen. Considera que esta defensa reforzada del honor del Rey respecto de las críticas que pudiera recibir no es compatible con el espíritu del CEDH por ser desproporcionada.

A este respecto cita en primer lugar el TEDH la “Declaración sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación”, adoptada por el Comité de los Ministros el 12 de febrero de 2004. Dicha Declaración establece que los privilegios jurídicos otorgados por algunos sistemas jurídicos de Estados miembros a personalidades políticas contra la difusión de opiniones e informaciones relativas a su persona no son compatibles con el derecho a la libertad de expresión e información recogido en el artículo 10 CEDH. Menciona que la reputación de estas personas no debería gozar de un nivel de protección mayor que el de otros individuos. Asimismo, respecto a las instituciones del Estado, la Declaración determina que, debido a su preeminencia, no deberían estar protegidas por el Derecho Penal contra declaraciones insultantes o difamatorias y, en caso de estarlo, esta protección debería emplearse de forma muy restrictiva y en ningún caso limitando la libertad de crítica.

En segundo lugar, el TEDH cita la Resolución nº 1577 (2007) de la Asamblea Parlamentaria, titulada “hacia una despenalización de la difamación”, que considera las penas de prisión por difamación contrarias al espíritu del Convenio. La resolución insta a los Estados miembros cuyos ordenamientos jurídicos prevén aún dichas penas a derogarlas con prontitud. Así, se

busca que sea el Derecho Civil quien asegure una protección efectiva de la dignidad de las personas afectadas por difamación, evitando un recurso abusivo a la vía penal. Por último, se exhorta a los Estados miembros a excluir cualquier protección reforzada de las personalidades públicas frente a la difamación.

El TEDH en su reflexión sobre la conveniencia del artículo 490.3 CP también menciona pronunciamientos anteriores sobre cuestiones similares, como su sentencia en el Caso Colombani y otros c. Francia, del 25 de junio de 2002. El Tribunal consideró que el artículo 36 de la ley francesa del 29 de julio de 1881, dirigido a castigar las ofensas contra Jefes de Estado extranjeros, otorgaba a estos una protección exorbitante que los sustraía de toda crítica en virtud de su función o régimen jurídico. Así, determinó que este privilegio era incompatible con la práctica y concepciones políticas actuales y su aplicación tendía a atentar contra la libertad de expresión, por lo que Francia acabó derogándolo.

Por lo tanto, en atención a los textos mencionados y a su jurisprudencia, el TEDH considera que a pesar de ser legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en virtud de su condición de garantes del orden público institucional, el interés del legislador español de proteger la reputación del Rey no justifica el otorgarle un privilegio especial frente a la libertad de expresión e información, como resulta del artículo 490.3 CP.

6. Pronunciamientos posteriores del TEDH: el caso Stern Taulats y Roura Capellera.

El caso Otegi Mondragón no ha sido la única condena que ha recibido España por parte del TEDH en esta materia. En su sentencia del 13 de marzo de 2018 el TEDH consideró que los tribunales españoles habían violado el artículo 10 del CEDH al haber restringido de forma desproporcionada la libertad de expresión de los ciudadanos Enric Stern Taulats y Jaume Roura Capellera mediante la aplicación del artículo 490.3 CP. Este caso es de gran interés pues el pronunciamiento del Tribunal Constitucional es posterior a la sentencia del TEDH en el caso Otegi Mondragón, brindando una oportunidad al Alto Tribunal de adaptar su jurisprudencia en la materia a la del TEDH. Desafortunadamente, como veremos, el Tribunal

Constitucional desaprovecha esta ocasión y trata de vincular las injurias a la Corona al discurso del odio para sortear la doctrina del TEDH y justificar así una condena penal en el ámbito del discurso político.

Los hechos que propiciaron esta nueva condena fueron los siguientes. El 13 de septiembre de 2007 tuvo lugar en Girona, con motivo de la visita institucional a la ciudad del Jefe del Estado, una concentración antimonárquica e independentista encabezada por una pancarta en la que se podía leer “300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española”. En el transcurso de la manifestación, los dos condenados colocaron una imagen de los Reyes de España boca abajo y procedieron a prenderle fuego mientras eran jaleados por el resto de asistentes.

Estos hechos fueron suficientes para motivar una sentencia condenatoria del Juzgado Central de la Audiencia Nacional de 15 meses de prisión, sustituida por una multa de 2.700 euros, por la comisión de un delito de injurias a la Corona.⁸⁰ En su sentencia de 9 de julio 2008, el magistrado De Castro consideró que la colocación de la fotografía de los Reyes boca abajo y su posterior quema tenía una intención evidente de menospreciar y vilipendiar su figura, por lo que no podía verse amparada por el ejercicio a la libertad de expresión y el derecho de participación política de los ciudadanos. Tras la interposición del correspondiente recurso de apelación, este fue desestimado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al entender que los actos realizados por los recurrentes eran formalmente injuriosos e innecesarios para defender su opinión sobre la monarquía, por lo que lesionaban el derecho al honor de la Corona y quedaban fuera del ámbito protegido por la libertad de expresión.⁸¹ El pleno consideró que la quema de la foto escenificaba un juicio inquisitorial que expresaba simbólicamente el desprecio y la destrucción de la institución monárquica. Frente a esta sentencia interpusieron los dos condenados recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, dando lugar a la sentencia desestimatoria 177/2015, de 22 de julio.

⁸⁰ SAN JCP 40/2008, de 9 de julio de 2008.

⁸¹ SAN 4837/2008, de 5 de diciembre de 2008.

6.1. Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, de 22 de julio: las injurias a la Corona como discurso del odio.

El Alto Tribunal comienza su resolución reproduciendo su ya conocida doctrina respecto a la libertad de expresión. Menciona, entre otros aspectos ya analizados en este trabajo, que la Constitución recoge el derecho a expresar y difundir libremente ideas, opiniones y pensamientos, no solo a través de la palabra o de forma escrita, sino también mediante cualquier otro medio de reproducción. Por lo tanto, el lenguaje simbólico también queda amparado por el artículo 20 CE.⁸²

En su Fundamento Jurídico Tercero el Tribunal Constitucional plantea la cuestión que debe ser dilucidada: si los actos realizados por los recurrentes no son penalmente reprochables por constituir un ejercicio legítimo de la libertad de expresión o si, por el contrario, se trata de una conducta vejatoria e injuriosa que queda fuera del amparo del artículo 20 de la carta magna. Sin embargo, tras exponer su doctrina respecto al equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor de la Corona, también analizada anteriormente, el Tribunal Constitucional olvida la cuestión previamente expuesta y determina que el interrogante a resolver es otro: si la conducta de los recurrentes expresa una postura crítica hacia la monarquía amparada por la libertad de expresión o si se trata de un acto que incita a la violencia o al odio contra la Corona y los Reyes.

Este hecho fue duramente criticado por la magistrada Asua Batarrita en su voto particular por suponer una clara alteración de la calificación jurídica de los hechos y abocar a una incongruencia omisiva, puesto que dejaba sin responder el objeto de amparo: si el honor del Rey o/y la dignidad de la Corona podían operar como un límite legítimo a la libertad de expresión política de los demandados. Añadió, además, que la búsqueda de otro elemento para afirmar la extralimitación de los recurrentes en su ejercicio de la libertad de expresión

⁸² STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 3º

supone reconocer implícitamente que la afectación al honor de los Reyes o de la Corona no puede operar en el caso concreto como límite del citado derecho.

En su empeño por atribuir la condición de discurso del odio a los hechos enjuiciados, el Tribunal Constitucional estableció que, a pesar de que las manifestaciones más evidentes del discurso del odio son aquellas que se arrojan sobre condiciones étnicas, culturales, religiosas o sexuales, también pueden ser incluidas dentro de este concepto aquellas que buscan fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política de quienes no comparten las ideas de los intolerantes. En esta línea, consideró que la quema de la foto de los Reyes era un acto no solo ofensivo sino también dirigido a incitar al odio hacia los mismos y la Corona, haciéndoles merecedores de exclusión y de amenazas.⁸³ El Tribunal Constitucional destacó que a pesar de que no se produjeran accidentes de orden público, la conducta de los recurrentes pudo suscitar entre los asistentes a la concentración reacciones violentas o avivar el sentimiento de desprecio hacia la Corona y los Reyes, exponiéndolos a un posible riesgo de violencia, pues la incitación al odio no requiere necesariamente un llamamiento a la realización de actos violentos.⁸⁴

Tanto la magistrada Asua Batarrita como el magistrado Xiol Riós mostraron en sus respectivos votos particulares su disconformidad con la calificación de discurso del odio que el Tribunal Constitucional otorgó a los hechos. Para la primera, equiparar el discurso antimonárquico con aquel dirigido a fomentar la exclusión y el odio de colectivos históricamente discriminados supone distorsionar peligrosamente el concepto y alcance del discurso del odio para tratar de justificar de cualquier manera la desestimación del recurso de amparo. Por su parte, el magistrado Xiol Riós consideró que la conducta de los recurrentes se enmarcaba en un contexto de activismo político del que no se podía desprender que la quema de la fotografía invertida de los Reyes buscara nada más allá que mostrar el rechazo de la institución como órgano constitucional.

⁸³ Ibid. FJ 5º

⁸⁴ Ibid. FJ 6º

Finalmente, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo por considerar que al tratarse de un discurso del odio los hechos no estaban amparados por la libertad de expresión y remarcó que la sustitución de la pena de 15 meses de prisión por una multa de 2.700 euros era proporcionada en el supuesto concreto, de acuerdo con la doctrina establecida por el TEDH en el Caso Otegi Mondragón.

6.2. Sentencia del TEDH de 13 de marzo de 2018: Caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España.

En su sentencia el TEDH comenzó apuntando que la conducta llevada a cabo por los demandantes se enmarcaba en un ámbito de crítica política a la Corona como institución y al Reino de España como nación. Así lo dedujo del contexto en el que se habían producido los hechos: una concentración antimonárquica e independentista encabezada por el lema “300 años de Borbones, 100 años combatiendo la ocupación española”, que había tenido lugar con motivo de la visita institucional del Jefe del Estado a Girona. En este sentido, según el TEDH, la representación ejecutada por los demandantes formaba parte de un debate sobre cuestiones de interés público, como la independencia de Cataluña o la forma política del Estado. Por lo tanto, no se puede considerar que los hechos fueran un ataque personal al Rey dirigido a vilipendiarlo y menospreciarlo, sino una crítica a lo que su figura representa como símbolo del Estado.⁸⁵

Respecto a la puesta en escena, el TEDH sostuvo que se presentaba como una composición de elementos simbólicos que evocaban de forma clara una crítica política. De este modo, negó que el uso del fuego y la posición invertida de la fotografía fueran actos ofensivos, sino meros medios simbólicos para expresar su rechazo por la institución monárquica. Por lo tanto, se trató de una actuación provocativa destinada a llamar la atención de los medios de

⁸⁵ STEDH de 13 de marzo de 2018, Caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España, §36

comunicación, encuadrándose dentro de la dosis de provocación permitida para transmitir un mensaje crítico.⁸⁶

En línea con lo anterior, el TEDH consideró que no se podía desprender de los hechos que la intención de los demandantes fuera suscitar odio o actos de violencia contra el Rey. Esta conclusión no solo se basa en el contexto político en el que suceden los hechos, sino también en la ausencia de conductas violentas o alteraciones del orden público posteriores a los mismos.⁸⁷

Respecto al discurso del odio, el TEDH estableció que abarca todas aquellas formas de expresión que *“propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”* y reconoció su incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión recogido en el artículo 10 CEDH. Sin embargo, consideró que la manifestación del rechazo y la crítica a una institución no se enmarca dentro del discurso del odio, pues su consideración como tal supondría una interpretación demasiado amplia de esta excepción, perjudicando al pluralismo y a la tolerancia que caracteriza a una sociedad democrática.⁸⁸

Por lo tanto, al no poder calificar los hechos como discurso del odio y enmarcarse dentro del debate político, el TEDH consideró que la imposición de la pena de prisión recogida en el artículo 490.3 CP era totalmente desproporcionada con la finalidad legítima perseguida y no podía considerarse como necesaria en una sociedad democrática, condenando nuevamente a España por violar el artículo 10 CEDH.

⁸⁶ Ibid. §38

⁸⁷ Ibid. §39 y 40

⁸⁸ Ibid. §41

7. Conclusiones.

Resulta evidente que los delitos de injurias y calumnias a la Corona recogidos en los artículos 490.3 y 491.1 del Código Penal suponen un límite al derecho a la libertad de expresión. Ahora bien, la cuestión a dilucidar a través de este trabajo es si dicho límite puede ser sustentado en la necesidad de proteger el derecho al honor del Rey y la dignidad de la Corona o si, por el contrario, supone un menoscabo injustificado del efectivo ejercicio de la libertad de expresión. Así pues, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH en la materia, así como de sus respectivas resoluciones en los casos estudiados, podemos llegar a una conclusión que será desarrollada y argumentada en los sucesivos párrafos: la configuración actual del delito de injurias y calumnias a la Corona supone un límite a libertad de expresión totalmente desproporcionado en un sociedad plural y democrática.

Resulta paradójico como a pesar de que la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la libertad de expresión sea sumamente cercana a la del TEDH, su aplicación produce en ocasiones resultados antagónicos. Ambos tribunales destacan la configuración de este derecho como garantía institucional de una sociedad democrática, reconociendo su posición preferente ante otros derechos fundamentales cuando contribuye a la formación de la opinión pública libre. Coinciden también en su mayor valía cuando se emplea para exponer opiniones críticas que puedan resultar polémicas o incluso ofensivas, siempre que no inciten al odio o la violencia. Además, subrayan que la libertad de expresión goza de su protección máxima cuando su ejercicio se desarrolla en un contexto político.

Sin embargo, en la resolución del caso Otegi Mondragón tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional dejan de lado estas consideraciones para enrocarse en que la Constitución no reconoce un derecho al insulto, parecer que comparto pero que simplifica y olvida otros aspectos relevantes de la cuestión tratada. De este modo, se establece un discurso que queda fuera de la protección del artículo 20.1.a) de la Constitución, cuya delimitación resulta difusa, no quedando claros los criterios que determinan cuándo una opinión puede ser calificada como insulto.

Si esta aplicación de la doctrina constitucional resulta más que cuestionable, siendo rechazada por el propio TEDH, el intento del Tribunal Constitucional de calificar las injurias a la Corona como discurso del odio en la resolución del caso Stern Taulats y Roura Capellera para justificar una condena penal en el ámbito del discurso político roza lo absurdo. Tratar de equipar la crítica a una institución como la monarquía, por muy negativa que esta sea, con la incitación al odio hacia colectivos históricamente discriminados no parece tener otro motivo de ser más allá de justificar de cualquier manera las severas penas recogidas en los delitos de injurias y calumnias a la Corona. De hecho, esta necesidad por recurrir al discurso del odio por parte del propio Tribunal Constitucional evidencia que el honor del Rey o la dignidad de la institución monárquica no bastan para justificar esta protección reforzada a la Corona.

A este respecto, el propio TEDH ha puesto de relieve que la mayor protección otorgada a través de una ley especial a un Jefe del Estado frente a las críticas, opiniones e informaciones sobre su persona es contraria al espíritu del CEDH. Además, en el caso español dicha protección no solo se aplica al propio Rey, sino que se extiende a sus ascendientes y descendientes, algunos de los cuales ni si quiera cuentan con funciones constitucionales asignadas, lo que hace más cuestionable si cabe la pertinencia de los tipos. En una sociedad democrática, en la que prima el pluralismo político y la diversidad de opiniones, la crítica a las instituciones no debería en ningún caso conllevar un reproche penal, menos aún acarrear penas privativas de libertad.

Tampoco resultan muy convincentes las tesis que defienden la posición neutral del Jefe del Estado en la contienda política como subterfugio para eludir las críticas relacionadas con el desempeño de su función. Esta posición de neutralidad que otorga la Constitución al Rey viene motivada por el carácter vitalicio y hereditario del cargo, por lo que en ningún caso supone la imposibilidad que sea objeto de crítica, más aún cuando encarna una institución constitucional. Es más, tanto el Tribunal Constitucional como el TEDH coinciden en que las figuras públicas deben admitir un nivel de crítica mayor al que están sometidos otros ciudadanos. Tampoco la inviolabilidad de la figura del Rey consagrada en el artículo 56.3 CE puede suponer un obstáculo para debatir sobre una posible responsabilidad institucional.

Cabe destacar también que un reproche penal excesivo puede ser contraproducente al objetivo perseguido por el legislador, contribuyendo, paradójicamente, al desprestigio de la institución monárquica en lugar de a su protección. Los casos de condenas por injurias y calumnias a la Corona, como los analizados en este trabajo, han acaparado titulares y tertulias de diversos medios de comunicación, siendo percibidos por amplios sectores de la población como intentos de censura y represión, disuadiendo así a los ciudadanos de ejercer su libertad de expresión por temor a represalias penales y deteriorando la imagen de la monarquía. Una institución monárquica tolerante a las críticas, incluso aquellas que puedan resultar ofensivas, mostraría un compromiso mayor hacia principios fundamentales en un Estado democrático de derecho como el pluralismo político o la opinión pública libre.

Por lo tanto, en atención a las reflexiones arriba expuestas, considero que la protección reforzada otorgada a la monarquía y a sus componentes no tiene razón de ser en una sociedad democrática, por lo que la opción más razonable es la equiparación de las injurias y calumnias a la Corona con aquellas dirigidas hacia cualquier individuo, siendo perseguidas a través de los respectivos tipos comunes. Esto supone la derogación de los artículos 490.3 y 491.1 del Código Penal, así como la incorporación de un inciso en el artículo 215.1 CP que permita perseguir de oficio las calumnias e injurias dirigidas contra los sujetos pasivos de los tipos derogados. De este modo, las penas previstas actualmente para las injurias a la Corona serían notablemente rebajadas: las injurias leves dirigidas al Rey quedarían despenalizadas, mientras que las injurias graves en ningún caso conllevarían una pena de prisión, sino una pena de multa de seis a catorce meses en caso de que fueran hechas con publicidad y de tres a siete meses en caso contrario. En el caso de las calumnias, a pesar de que la pena de prisión recogida en el artículo 206 CP para aquellas propagadas con publicidad sea igual a la establecida para las calumnias graves en el artículo 490.3 CP, el tipo común recoge la opción de optar por una pena de multa de doce a veinticuatro meses.

En definitiva, esta modificación legislativa no solo garantizaría el efectivo ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito de la crítica política, salvaguardando el pluralismo político como valor superior de un estado democrático de derecho, también contribuiría al fortalecimiento de la legitimidad democrática de la monarquía, consolidándola como una institución abierta al escrutinio público. Además, se reforzaría el principio de igualdad ante

la ley recogida en el artículo 14 de la carta magna, evitando que tanto el Jefe del Estado como sus familiares gocen por razón de serlo de una protección mayor que la del resto de ciudadanos. Por último, se adaptaría el ordenamiento jurídico español a la jurisprudencia del TEDH en esta materia, dando respuesta a una tarea pendiente del legislador español y evitando así futuras condenas.

8. Referencias.

8.1. Bibliografía

Agudo Fernández, E.; Jaén Vallejo, M.; Perrino Pérez, A. L. (2019). *Derecho penal aplicado: parte especial: delitos contra intereses colectivos o difusos* (1ª edición). Dykinson, p. 317

Alvarez García, F. J., Majón-Cabeza Olmeda, A., & Ventura Püschel, A. (2016). *Tratado de derecho penal español parte especial IV: delitos contra la Constitución [actualizado a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015]*. Tirant lo Blanch, pp. 72-119.

Fernández-Fontecha Torres, M. (2018). *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (1ª edición). Thomson Reuters Aranzadi, pp. 1661-1682.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7614069>

Fernández Segado, F. (1990). La Libertad de Expresión en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, (70), pp. 93-124.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27083>

García Majado, P. (2020). Significado y alcance de la inviolabilidad del Rey. *Teoría y Realidad Constitucional*, (47), pp. 357-381.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7897294>

García Majado, P. (2021). El Jefe del Estado ante su control difuso. *Teoría & Derecho, Revista De Pensamiento jurídico*, (31), pp. 30–49.

<https://doi.org/10.36151/td.2021.020>

González Cussac, J. L.; Martínez-Buján Pérez, C.; Cuerda Arnau, M. L.; Borja Jiménez, E.; Carbonell Mateu, J. C. (2023). *Derecho penal parte especial* (8ª Edición). Tirant lo Blanch, pp. 333-342

González-Trevijano Sánchez, P. (2019). La libertad de expresión, una perspectiva de derecho comparado: España. *European Parliament, Directorate-General for Parliamentary Research Services*, p. 32.

<https://data.europa.eu/doi/10.2861/07416>

López Guerra, L. (2021). *El convenio europeo de derechos humanos: según la jurisprudencia del tribunal de estrasburgo* (1ª edición). Tirant lo Blanch, p. 236

López Guerra, L., Espín Templado, E.; Díaz Revorio, F. J. (2022). *Manual de derecho constitucional* (1ª edición). Tirant lo Blanch, pp. 265-290.

Macías Caro, V. M. (2022). Delitos de calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona (arts. 490.3 y 491 cp): análisis de los tipos y de la jurisprudencia española y europea. *Revista penal México*, (20), pp. 117-136.

<https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/530>

Marchena Galán, S. M. (2018). 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*, (34), pp. 132-162.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7044338>

Muñoz Conde, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch, pp. 329-342

Presno Linera, M. A. (2018). Crónica de una condena anunciada: el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del rey. *Teoría y realidad constitucional*, (42), 2018, pp. 539-549.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800413>

Presno Linera, M. A. (2020). La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (70), pp. 461-492.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7460400>

Puerta, A. J. F. (2022). El tratamiento jurídico del discurso del odio a ambos lados del Atlántico: ¿referentes para España? *Clio & Crimen: Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, (19), pp. 159-182.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8785406>

Rodríguez Montañés, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito: una aproximación desde la constitución a las fronteras del derecho penal* (Ser. Alternativa, 12). Tirant lo Blanch, pp. 221-272

Rodríguez Montañés, T. (2013) Otegui Mondragón C. España (STEDH de 15 de marzo de 2011): El derecho a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político extremo. En Alcacer Guirao, R.; Beladíez Rojo, M.; Sánchez Tomás, J. M. (1ª edición), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (pp. 613-640). Civitas.

Santaolalla López, F. (1992). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración. *Revista de Administración Pública*, (128), pp. 185-224.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17134>

Teruel Lozano, G. (2017). El discurso de odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (27), p. 11.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6111311>

Valiente Martínez, F. (2020). *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión* (1ª edición). Dykinson, p. 119.

8.2. Legislación.

Constitución Española de 1978. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 12 de febrero de 2004, sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación. Disponible en: <https://rm.coe.int/09000016805dddf8>

Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733

Resolución nº1577 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 4 de octubre de 2007, titulada “hacia una despenalización de la difamación”. Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref-xml2html-en.asp?fileid=17588&lang=en>

8.3. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso The Sunday Times c. Reino Unido, de 26 de abril de 1979.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso König c. Alemania, de 10 de marzo de 1980.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso Lingens c. Austria, de 8 de julio de 1986.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso Lehideux y Isorni c. Francia, de 23 de septiembre de 1998.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso Fressoz y Roire c. Francia, de 21 de enero de 1999.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso Nilsen i Johnsen c. Noruega, de 25 de noviembre de 1999.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), Caso Feldek c. Eslovaquia, de 27 de febrero de 2001.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Colombani y otros c. Francia (Sección 3a), de 25 de junio de 2002.

Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy c. Francia, de 24 de junio de 2003.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Caso Turham c. Turquía, de 19 de mayo de 2005.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), Caso Eerikäinen y otros c. Finlandia, de 10 de febrero de 2009.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Caso Otegi Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), Caso Vejdeland y otros c. Suecia, de 9 de febrero de 2012.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Caso Otamendi Eiguren c. España, de 16 de octubre de 2012.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso Perinçek c. Suiza, de 15 de octubre de 2015.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España (Sección 3ª), de 13 de marzo de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981 (Sala Segunda), de 16 de marzo de 1981 (recurso 211/1980)

Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1982 (Pleno), de 31 de marzo de 1982 (recurso 227/1981)

Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1983 (Pleno), de 17 de junio de 1983 (recurso 194/1982)

Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1986 (Sala Primera), de 17 de julio de 1986 (recurso 909/1985)

Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988 (Sala Primera), de 8 de junio de 1988 (recurso 57/1987)

Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1989 (Sala Segunda), de 22 de febrero de 1989 (recurso 890/1986)

Sentencia del Tribunal Constitucional 105/1990 (Sala Primera), de 6 de junio de 1990 (recurso 1695/1987)

Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991 (Sala Primera), de 11 de noviembre de 1991
(recurso 101/1990)

Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1990 (Sala Segunda), de 12 de noviembre de 1990
(recurso 784/1988)

Sentencia del Tribunal Constitucional 217/1992 (Sala Segunda), de 1 de diciembre de 1992
(recurso 110/1990)

Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1995 (Sala Segunda), de 22 de mayo de 1995
(recurso 2681/1991)

Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1996 (Sala Primera), de 16 de enero de 1996 (recurso
3459/1993)

Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1997 (Sala Primera), de 25 de noviembre de 1997
(recurso 3481/1996)

Sentencia del Tribunal Constitucional 297/2000 (Sala Segunda), de 11 de diciembre del 2000
(recurso 1718/1997)

Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001
(recurso 922/1998)

Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001 (Sala Segunda), de 2 de julio de 2001
(recurso 4641/1998)

Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2003 (Sala Segunda), de 15 de septiembre de 2003
(recurso 6316/2000)

Auto del Tribunal Constitucional 213/2006 (Sala Segunda), de 3 de julio de 2006 (recurso
8686/2005)

Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2007 (Sala Primera), de 15 de enero de 2007 (recurso
5586/2004)

Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2009 (Sala Primera), de 23 de marzo de 2009 (recurso 6970/2006).

Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2014 (Sala Segunda), de 28 de mayo de 2014 (recurso 2343/2010)

Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015 (Pleno), de 22 de julio de 2015 (recurso 956/2009).

Sentencia del Tribunal Supremo 1569/1992 (Sala de lo Penal), de 26 de febrero de 1992 (recurso 67/1991)

Sentencia del Tribunal Supremo 1284/2005 (Sala de lo Penal), de 31 de octubre de 2005 (recurso 1047/2005)

Sentencia de la Audiencia Nacional 40/2008 (Juzgados Centrales de lo Penal), de 9 de julio de 2008 (recurso 52/2007)

Sentencia de la Audiencia Nacional 4837/2008 (Sala de lo Penal), de 5 de diciembre de 2008 (recurso 5/2008)

Sentencia de la Audiencia Nacional 24/2012 (Juzgados Centrales de lo Penal), de 27 de marzo de 2012 (recurso 87/2021).

Sentencia de la Audiencia Nacional 2526/2013 (Sala de lo Penal), de 21 de mayo de 2013 (recurso 6/2013)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1206/2005 (Sala de lo Civil y Penal), de 18 de marzo de 2005 (recurso 7/2003)

8.4. Otras fuentes

Consejo de Europa (2021). *Guía sobre el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Libertad de expresión*, pp. 19-24.

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_10_SPA