

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Facultat de Dret



LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO
AL HONOR. SU INCIDENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL
RESPECTO A LA CRÍTICA POLÍTICO-INSTITUCIONAL

PROGRAMA 50 E MODELO BÁSICO DE ATRIBUCIÓN DE BIENES Y SERVICIOS

(II) DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

Tesis Doctoral presentada por:

D. Jorge Antonio Climent Gallart

Codirigida por:

Dr. D. Javier Plaza Penadés

Dr. D. Valentín Bou Franch

Valencia, 2015

Esta tesis doctoral está dedicada a mis padres,
porque a ellos les debo todo lo que soy,
a mis directores de tesis, por haber demostrado
tener una paciencia infinita conmigo,
y a todas aquellas personas anónimas que lucharon
para que en este país gozásemos de libertades.

.

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS.....	1
I.- INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA.....	3
II.- LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL E INTERNO. ESPECIAL ANÁLISIS DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	7
I.- Introducción.....	7
II.- El Derecho internacional de los derechos humanos.....	7
1.- Definición.....	7
2.- Las características de los derechos humanos	8
III.- La dignidad como fundamento de los derechos humanos	9
1.- El concepto de dignidad	9
2.- La dignidad en los textos internacionales.....	12
A) Ámbito universal.....	12
B) Ámbito regional	13
3.- La dignidad (y el libre desarrollo de la personalidad) en el ordenamiento jurídico español	16
IV.- La libertad de expresión y derecho al honor en el orden jurídico internacional	18
1.- Ámbito universal	18
2.- Ámbito regional.....	19
V.- Los derechos fundamentales en la Constitución española.....	21
1.- Los derechos fundamentales: naturaleza y garantías	21
2.- El recurso de amparo	26
VI.- La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno español	30
VII.- El Consejo de Europa.....	34
VIII.- El Convenio europeo de derechos humanos	38
1.- Una necesaria referencia previa a la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración universal de derechos humanos.....	38
2.- El Convenio europeo de derechos humanos. Análisis	41
A) Su naturaleza jurídica.....	41
B) Su contenido y estructura	44

a) El preámbulo.....	44
b) El articulado	45
c) Los Protocolos	52
3.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos	53
A) Su competencia	53
B) Tres cuestiones complejas: la admisión a trámite de las demandas, la naturaleza jurídica de las sentencias y su ejecución	55
a) La admisión a trámite de las demandas	55
b) La naturaleza de las sentencias.....	58
c) La ejecución de las sentencias	62
III.- UNA APROXIMACIÓN DOCTRINAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y AL DERECHO AL HONOR	71
I.- Introducción.....	71
II.- Las notas comunes a ambos derechos	71
III.- La libertad de expresión.....	75
1.- Un derecho subjetivo.....	75
A) Relación con otros derechos	76
2.- La garantía institucional de la opinión pública libre.....	78
A) Análisis histórico	82
B) La opinión pública libre	100
a) La opinión pública institucional y no institucional (o formal e informal).....	110
3.- El fundamento de la libertad de expresión	112
4.- El derecho a recibir información veraz y plural: base de la opinión pública libre	112
IV.- El derecho al honor	117
1.- Concepto.....	117
2.- El problema de la titularidad del derecho al honor	123
3.- Su distinción de otros derechos de la personalidad.....	128
IV.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	133
I.- Introducción.....	133
II.- La doble naturaleza jurídica de la libertad de expresión.....	133
III.- El objeto de la libertad de expresión.....	134
IV.- Las manifestaciones del ejercicio del derecho a la libertad de expresión	135
1.- La libertad de expresión en sentido estricto (o de opinión) y su diferencia fundamental con la libertad de información	135

A) Las sentencias <i>Castells</i> y <i>Otegi</i> . Dos ejemplos de la dificultad e importancia de la interpretación de las afirmaciones como atribuciones de hechos o juicios de valor.....	142
a) El caso <i>Castells</i>	142
b) El caso <i>Otegi</i>	148
c) Reflexiones sobre ambas sentencias.....	155
2.- La libertad de información: la veracidad como límite intrínseco	156
A) El concepto de veracidad	156
B) La doctrina de la “ <i>actual malice</i> ” estadounidense y su relación con la veracidad.....	158
C) El derecho de réplica como garantía del pluralismo en la información y del honor de los afectados	166
3.- La libertad de creación artística.....	173
A) Análisis particular del caso <i>Lindon, Otchakovsky-Laurens</i> y <i>July</i> contra Francia	181
4.- El lenguaje simbólico	185
5.- La libertad de expresión profesional	193
6.- La publicidad comercial	197
7.- La libre creación de los medios de comunicación como expresión de la libertad de expresión.....	199
8.- La libertad de antena	200
9.- Manifestaciones pasivas del ejercicio del derecho a la libertad de expresión	201
10.- La titularidad de los medios de comunicación y el derecho a recibir una información veraz, libre y plural.....	202
11.- La libertad de expresión y el revisionismo histórico: análisis especial del negacionismo como límite a la libertad de expresión.....	206
V.- La titularidad del derecho a la libertad de expresión	215
1.- Las personas físicas y jurídicas	216
2.- Los extranjeros	217
3.- Los partidos políticos	217
4.- Los sindicatos	218
5.- Los trabajadores	222
6.- Los funcionarios	223
7.- Las fuerzas y los cuerpos de seguridad del Estado	231
8.- Los militares	231
9.- La judicatura.....	233
10.- La abogacía.....	233

11.- El estatuto privilegiado: los profesionales de la información y los políticos	235
A) Los profesionales de la información	235
a) La prensa libre: el “guardián público” de la actuación del poder.	236
b) El secreto profesional como garantía de su papel como “guardián público”	238
c) La deontología profesional como elemento nuclear en la protección de la libertad de expresión de los periodistas	254
d) La responsabilidad de los medios de comunicación por expresiones vertidas por terceros. La doctrina del reportaje neutral	259
B) Los representantes políticos	265
a) La inviolabilidad parlamentaria como garantía de su libertad de expresión.....	266

V.- ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO AL HONOR Y SU CONFLICTO CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	275
I.- ¿Derecho al honor o a la protección de la reputación?.....	275
II.- Su naturaleza jurídica: ¿un límite a la libertad de expresión o un derecho humano autónomo?	275
III.- El objeto del derecho al honor conforme la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	285
IV.- La protección del derecho al honor: una obligación de doble faz por parte del Estado.....	287
V.- ¿Es la protección penal del honor compatible con la libertad de expresión reconocida en el Convenio europeo de derechos humanos? ¿Merecen las instituciones una protección reforzada?	287
VI.- La titularidad del derecho al honor.....	290
1.- Las personas físicas	290
2.- El honor de las personas fallecidas.....	291
3.- Las personas jurídicas	293
4.- Los profesionales.....	294
5.- Las entidades colectivas	295
6.- Las instituciones	295
VII.- El derecho al honor como límite de la libertad de expresión: análisis de los criterios ponderativos	

establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	296
1.- Introducción.....	297
2.- Los criterios de ponderación	299
A) El interés público (o general) como elemento fundamental en el juicio ponderativo	300
B) Las personas públicas, las personas con trascendencia pública y las personas anónimas	307
a) Los políticos	309
b) Los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración	311
c) El supuesto especial de la administración de justicia	312
d) Los juicios paralelos: varios derechos en juego.....	314
e) Los personajes con notoriedad pública (ni políticos ni funcionarios).....	324
f) Las personas anónimas para la opinión pública.....	329
g) El caso concreto de las personas jurídicas.....	330
C) El comportamiento anterior de la persona implicada	334
D) La forma en que se obtiene la información, la veracidad, el contenido, la forma y las repercusiones de la publicación	335
E) La gravedad de la sanción impuesta.....	337

VI.- LA CRÍTICA POLÍTICO-INSTITUCIONAL Y EL PRESUNTO DERECHO AL HONOR DE LAS INSTITUCIONES. UNA VISIÓN COMPARADA ENTRE EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE EUROPA. BREVE APUNTE DE LAS NACIONES UNIDAS	343
I.- Introducción.....	343
II.- Un breve repaso a lo indicado por el Consejo de Europa sobre el honor de las instituciones y la represión penal de la libertad de expresión	344
III.- La protección del honor en España: civil y penal	346
IV.- ¿Tienen honor las instituciones? A propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.....	352
V.- Las injurias y calumnias a la Corona	355
1.- Análisis de los tipos penales.....	355

2.- Análisis de la evolución jurisprudencial de la interpretación de las injurias y calumnias a la Corona	371
3.- Análisis del artículo 491.2 del Código penal. El uso de la imagen	396
A) El caso <i>El Jueves</i>	397
B) El caso <i>Mitrofán</i>	411
C) Análisis comparado de los casos <i>El Jueves</i> y <i>Mitrofán</i>	413
VI.- Las injurias y calumnias a las instituciones.....	416
1.- Análisis de los tipos penales.....	416
2.- Análisis de la jurisprudencia	426
VII.- El delito de ultrajes.....	436
1.- La regulación legal y la posición doctrinal	436
2.- El análisis de la jurisprudencia relativa al delito de ultrajes, cometido de palabra o por escrito	442
VIII.- El lenguaje (o discurso) simbólico.....	445
1.- La jurisprudencia estadounidense	446
2.- La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	452
3.- La jurisprudencia en España.....	452
A) Los ultrajes	453
B) Las injurias a la Corona.....	463
IX.- Algunas consideraciones del Comité de Derechos Humanos y del Relator de las Naciones Unidas sobre la libertad de expresión, al respecto de las críticas político institucionales.....	480
X.- Una reflexión final	483
VI.- CONCLUSIONES	487
DOCUMENTACIÓN	501
I.- Tratados y declaraciones universales	501
1.- De carácter universal	501
2.- De carácter regional.....	501
II.- Documentos de las Naciones Unidas	502
III.- Documentos del Consejo de Europa.....	502
IV.- Legislación interna	504
1.- Legislación estatal	504
2.- Iniciativas legislativas	505
3.- Legislación autonómica.....	505
V.- Jurisprudencia	505
1.- Resoluciones de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	505
A) La Comisión.....	505

B) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	506
2.- Jurisprudencia estadounidense	515
3.- Jurisprudencia interna española.....	516
A) El Tribunal Constitucional	516
B) El Tribunal Supremo	516
C) La Audiencia Nacional.....	517
D) Las Audiencias Provinciales	518
E) Juzgados de Instrucción y Decretos de Fiscalía	519
VI.- Otros documentos	519
BIBLIOGRAFÍA	521
I.- Libros.....	521
II.- Capítulos de libros y artículos de revistas.....	524
III.- Otros recursos bibliográficos	529

LISTA DE ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
AP.....	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC.....	Código Civil
CE.....	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CSE.....	Carta Social Europea
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE.....	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH.....	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EEUU	Estados Unidos de América
F. D°.....	Fundamento de Derecho
LECRIM.....	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTCC.....	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
NNUU.....	Naciones Unidas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP.....	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP.....	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH.....Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos
Humanos
STSSentencia del Tribunal Supremo
TC.....Tribunal Constitucional
TEDHTribunal Europeo de Derechos Humanos
TSTribunal Supremo
UE.....Unión Europea

I.- INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

Toda introducción a una tesis doctoral suele comenzar señalando, con rasgos generales, una breve descripción del tema que ha sido desarrollado en el cuerpo de la misma. Nosotros, por el contrario, comenzaremos precisamente describiendo lo que no constituye el objeto del presente trabajo de investigación. Así pues, no es un trabajo general sobre el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Haber llevado a cabo tal investigación habría supuesto, por nuestra parte, un ejercicio de temeridad y arrogancia sin parangón, pues absolutamente nada habría podido aportar un simple doctorando a una cuestión que tanto, y tan bien, ha sido tratada tanto por la doctrina civilista, como por la constitucionalista. Litros de tinta han corrido sobre este tema.

Como, no obstante, nos resultaba académicamente atractivo, tras tratar la cuestión con los dos Directores del presente trabajo, D. JAVIER PLAZA PENADÉS, Catedrático de Derecho Civil, y D. VALENTÍN BOU FRANCH, Catedrático de Derecho Internacional Público, ambos me sugirieron sabiamente que el estudio del tratamiento jurisprudencial por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de este clásico conflicto de derechos, podría suponer, si bien no una novedad, en sentido estricto, sí, al menos, una visión distinta a la mayoritaria, más centrada en el estudio de la doctrina y jurisprudencia internas.

Por tanto, podemos señalar, ahora sí, cuál va a ser el objeto de la tesis: llevar a cabo un estudio exhaustivo y sistematizado de la jurisprudencia emanada del TEDH respecto al derecho a la libertad de expresión y al derecho al honor y, en especial, de aquella que establece los criterios utilizados por dicho organismo para ponderar ambos derechos. Ya adelantamos la dificultad que presenta dicha sistematización, y ello porque el TEDH lleva a cabo su labor teniendo en cuenta todos los elementos de cada caso en cuestión. Por tanto, como veremos, aunque se puedan deducir unos criterios generales, los mismos tendrán un carácter relativo, precisamente por la voluntad del TEDH de

hacer justicia en el caso concreto. Así mismo, también realizaremos un análisis jurisprudencial comparado, entre el TEDH y nuestros órganos jurisdiccionales internos, respecto a la cuestión de la crítica político-institucional.

Con carácter previo a dicho estudio jurisprudencial, y para poder enmarcar el mismo, hemos creído oportuno llevar a cabo una serie de consideraciones generales sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en especial, sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) y el TEDH, como órgano de control del cumplimiento del mismo por parte de los Estados miembros. Precisamente, nos centraremos en este último organismo, por su trascendental importancia en la materia que nos ocupa. Como máximo órgano interpretativo del CEDH, su labor hermenéutica es básica para conocer cuál es contenido y el alcance de los derechos fundamentales, así como en la fijación de los criterios a tener en cuenta para la resolución de conflictos entre derechos que se encuentran situados jerárquicamente al mismo nivel.

También con carácter previo, hemos considerado que debíamos realizar una aproximación doctrinal al estudio de ambos derechos, pues solo de ese modo se puede entender mejor el desarrollo jurisprudencial llevado a cabo por el TEDH. Aun cuando son múltiples los aspectos puramente teóricos que rodean a ambos derechos, hemos creído oportuno centrarnos en aquellos que, a nuestro humilde entender, ayudan a una mejor comprensión de los conceptos que utiliza el TEDH en sus sentencias. Además, cabe señalar que alguno de ellos, como *“la opinión pública”*, no tienen un origen jurídico, sino político, filosófico o sociológico, siendo que, como veremos, el TEDH los ha juridificado.

En cuanto a la metodología seguida para el desarrollo de la presente tesis, debemos señalar que las principales herramientas de trabajo con la que hemos contado han sido las bases de datos jurisprudenciales. No obstante, también hemos hecho uso de la bibliografía, tanto nacional como extranjera, siendo la misma mayoritariamente en formato papel. Además, hemos recurrido, aunque mucho menos, a algunos artículos y

monografías en formato digital. También hemos acudido a diferentes fuentes de Internet, referidas principalmente a las ediciones digitales de los artículos de periódicos que han sido objeto de estudio por la jurisprudencia, para así poder contrastar más y mejor cuanto se recoge en estas páginas.

Por último, deseo señalar que he contado con la ayuda inestimable de dos Abogados que me han facilitado todas las resoluciones judiciales relativas a dos asuntos que son objeto de un amplio estudio. Empezaremos por el Sr. D. JORDI PLANAS AZNAR, Abogado catalán que me facilitó la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 24 de abril de 2008, por la que se resolvía el recurso interpuesto frente a la Sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 13 noviembre de 2007, por la que se resolvía el caso “El Jueves”. Dicha Sentencia facilitada es básica, no ya por el sentido del fallo, sino por el voto particular, firmado por cuatro magistrados, que, haciéndose eco de la jurisprudencia del TEDH, cuestiona totalmente la sentencia dictada. Así mismo, y en relación con este asunto, también queremos destacar la atención prestada por la Secretaría General del Tribunal Constitucional, que nos facilitó amablemente la resolución de fecha 22 de diciembre de 2008, por la que se inadmitía a trámite el recurso de amparo presentado por el representante de los humoristas gráficos.

El agradecimiento debe hacerse extensivo a otro Abogado, esta vez de los Servicios Jurídicos del Gobierno del País Vasco, como es el Sr. D. MIKEL GOTZON CASAS ROBREDO. Gracias a su amabilidad, pude tener acceso a las distintas resoluciones judiciales, por las que se resolvió la querrela interpuesta por aquel, por injurias y calumnias vertidas contra el Gobierno Vasco.

En cuanto a la cuestión ortográfica, queremos destacar, a los efectos de evitar que puedan ser considerados como errores, que la falta de tildes en los pronombres demostrativos y en el adverbio “*solo*”, responde a la última recomendación de la Real Academia Española (disponible en: <http://www.rae.es/consultas/el-adverbio-solo-y-los-pronombres-demostrativos-sin-tilde>).

Terminaremos reconociendo que, dada cuenta la amplitud de la jurisprudencia del TEDH habida al respecto, estamos seguros que alguna resolución judicial del TEDH podrá habérsenos quedado en el tintero. Esperamos que, a pesar de ello, se sea indulgente con quien ha escrito estas líneas pues, con mayor o menor acierto, sí que se ha hecho con la mejor de las intenciones posibles.

II.- LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL E INTERNO. ESPECIAL ANÁLISIS DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

I.- INTRODUCCIÓN

En este primer capítulo vamos a analizar cuál es el régimen general de los Derechos Humanos, qué significa esta categoría jurídica y cuáles son sus características, haciendo especial mención a la regulación del derecho al honor y a la libertad de expresión. Así mismo, analizaremos una figura fundamental, que se encuentra en el núcleo mismo de estos derechos, como es la dignidad.

Compararemos el régimen internacional de los Derechos Humanos, con el interno (en este último se conocen como derechos fundamentales), y comprobaremos cómo se produce la incorporación de las resoluciones de los órganos internacionales encargados del control de los Derechos Humanos, en nuestro Derecho interno.

Por último, haremos mención expresa al Consejo de Europa, como Organización Internacional en cuyo seno se aprueba el CEDH, así como al TEDH, y a la efectividad de sus Sentencias.

II.- EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.- DEFINICIÓN

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE define el Derecho Internacional de los Derechos Humanos *“como aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional, que tienen por*

*objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano, inherentes a su dignidad”.*¹

Esta definición engloba la doble concepción de los Derechos Humanos: la formal y la material. La primera atiende al orden jurídico que los reconoce y protege, es decir, serían Derechos Humanos aquellos que vienen recogidos en el Derecho Internacional sobre la materia.² Si acudimos a una definición material, está comúnmente aceptado³ que se trata de aquellos derechos que todo ser humano tiene, por el mero hecho de ser persona, siendo, los mismos, manifestación de su dignidad. Son, por tanto, “*garantías esenciales para que podamos vivir como seres humanos. Sin ellos no podemos cultivar ni ejercer plenamente nuestras cualidades, nuestra inteligencia, talento y espiritualidad*”.⁴

2.- LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las características de estos derechos serían las siguientes:

Universales e innatos: Por el mero hecho de nacer, de pertenecer a la especie humana, se es titular de los mismos. Por tanto, a nadie le podrán ser negados, ni podrá ser discriminado ni en su titularidad, ni en su ejercicio.

¹ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Coord. Carlos Fernández de Casadevante Romani), Dilex, Madrid, 2007, pág. 65.

² DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013, pág. 32: “*En los usos lingüísticos establecidos, la expresión “derechos humanos” designa normalmente aquellos derechos que, refiriéndose a valores básicos, están declarados por tratados internacionales*”.

³ La Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas define los Derechos Humanos como “*derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles*”. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

⁴ Definición dada en la propia página web de la ONU, disponible en: <http://www.un.org/es/rights/overview/>

Oponibles *erga omnes*, es decir, tanto frente al Estado, como frente a las demás personas físicas y jurídicas.

Irrenunciables: El ser humano no puede renunciar a la titularidad de los mismos. Distinto a la titularidad es su ejercicio, es decir, la persona puede no ejercitarlos, pero no por ello está renunciando a su titularidad.

Imprescriptibles: El no ejercicio de los derechos no conlleva su prescripción. En cualquier momento, podrá volver a ejercerlos.

Inalienables: Dichos derechos no pueden ser transmitidos a terceros.

Interdependientes, indivisibles e indisociables: Todos los Derechos Humanos, sean estos encuadrables en cualesquiera de las generaciones en que se califican los mismos,⁵ solo se entienden de manera conjunta. Así pues, no podemos decir que se garantice la libertad del individuo, si no se le están asegurando unas condiciones económicas, culturales y sociales de vida que le permitan, de verdad, poder ejercer dicha capacidad de elección.

III.- LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.- CONCEPTO DE DIGNIDAD

⁵ Académicamente, se distingue entre tres, e incluso cuatro, generaciones de derechos: La primera, se refiere a los derechos civiles y políticos y suponen una plasmación del principio de libertad. Están ligados a las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII. La segunda, se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, íntimamente ligados al principio de igualdad. Al tratarse de derechos prestacionales, exigen del Estado una actuación positiva, que los garantice a todas las personas. Son parejos a los movimientos obreros de finales del siglo XIX y principios del XX y a la Revolución Rusa de 1917. La tercera, viene referido a una serie de derechos de carácter más difuso, ligados con el principio de solidaridad (Derecho a la Paz, al Medio Ambiente, etc.). Se habla, incluso, de una cuarta generación de Derechos Humanos, ligados con la revolución tecnológica de finales del siglo XX y principios del XXI, pero no es una categoría que aún esté consolidada académicamente.

La dignidad es un concepto harto complejo en su definición, pero que explica todo el desarrollo legislativo en materia de Derechos Humanos. De hecho, como comprobaremos, se encuentra en la base misma de todo el Sistema.

Es múltiple la literatura (sobre todo, desde la vertiente de la Filosofía Jurídica)⁶ que ha hecho referencia al concepto dignidad. Una definición muy somera, quizá demasiado, la da GONZÁLEZ PÉREZ, para quien “*la dignidad de la persona es, pues, el rango de la persona como tal*”.⁷ Es decir, equipara la característica que hace del ser humano lo que es, con el propio ser humano.

Una definición más completa la da ROBLES MORCHÓN, para el cual:

“dignidad de la persona quiere decir que esta tiene valor por sí misma, independientemente de cualquier otra circunstancia o cualidad interna o externa. Por tanto, independientemente de su raza, credo, ideología, sexo, clase social, nacionalidad, etc.; y también independientemente de su conducta, buena o mala, heroica o delictiva. La idea de la dignidad humana es la traducción al lenguaje secularizado de la idea cristiana de que todos los hombres, independientemente de cualquier condición o circunstancia, son hijos de Dios. Con el cristianismo, el hombre adquiere el máximo valor posible. Al ser hecho a imagen y semejanza de Dios y al estar destinado por Él a la eterna bienaventuranza, se sitúa por encima de cualquier voluntad humana. El ser humano deja de ser un medio para transformarse en un fin en sí mismo. Esto es precisamente lo que significa “dignidad”: cualidad de ser fin en sí mismo, no susceptible de rebajarse a la categoría de medio bajo ninguna circunstancia, ni siquiera de carácter excepcional. La dignidad de la persona excluye toda consideración utilitarista de la misma, esto es, la concepción que aceptaría verla no como un fin en sí misma, sino como un posible medio para satisfacer cualesquiera de los fines ajenos o propios (...) La dignidad se canaliza a través de dichos derechos y a través del libre desarrollo de la personalidad”.⁸

⁶ PECES BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 68: “*En su origen, la dignidad humana no es un concepto jurídico, como puede serlo el derecho subjetivo, el deber jurídico o el delito, ni tampoco político, como Democracia o Parlamento, sino más bien una construcción filosófica para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro de mundo y que está centrada en el mundo. La persona es un fin que ella misma decide sometándose a la regla, que no tiene precio y que no puede ser utilizada como medio, por todas las posibilidades que encierra su condición que suponen esa idea de dignidad humana*”.

⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La dignidad de la persona*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 26.

⁸ ROBLES MORCHÓN, GREGORIO, “El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10 de la CE)”, en *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (Coord. Luis García San Miguel), Universidad Alcalá de Henares, 1995, pág. 46 y 47.

Esta definición la completa magistralmente MARTÍNEZ PUJALTE, para el que “*La dignidad humana tiene su raíz en la potencialidad de ser autoconsciente y libre*”.⁹ Y, como consecuencia inmediata de lo anterior, el autor concluye que “*Los derechos humanos se fundan en la dignidad del hombre*”.¹⁰ Se cierra así el círculo vinculatorio entre la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y los Derechos Humanos.

Para DÍEZ PICAZO, la positivización de la dignidad del ser humano supone:

*“una afirmación de la prioridad de la persona –esto es, de todos y cada uno de los individuos- sobre el Estado. Ello implica que los poderes públicos son un instrumento al servicio de los seres humanos, y no al revés. Los seres humanos no deben ser tratados instrumentalmente respecto de los fines y políticas estatales”.*¹¹

Con todo lo anterior, podemos llegar a definir la dignidad como aquella cualidad exclusivamente humana, basada en su capacidad de raciocinio, que le permite ser libre, en virtud de la cual, todo ser humano es un fin en sí mismo, jamás un medio de nada ni de nadie.

Solo los seres humanos tienen dignidad, porque solo ellos vienen dotados de la racionalidad, de la que carecen el resto de seres vivos. Gracias a dicha racionalidad, el hombre podrá desarrollar su personalidad libremente.

Dicho reconocimiento de la dignidad, como apunta GÓNZÁLEZ PÉREZ, supone una doble obligación, de respeto y de protección, para los Estados:

“Deben, en primer lugar, respetarla. Es decir, abstenerse de cualquier medida que suponga un atentado a la dignidad. Todos los poderes públicos vienen sujetos a este deber ineludible. No podrán promulgar normas, dictar actos imperativos, emitir juicios, imponer condiciones a la actividad humana que, de cualquier forma, supongan desconocimiento, atentado o menoscabo de la dignidad de la persona. Y los Tribunales deberán amparar a la persona ofendida en su dignidad, otorgándole una eficaz protección frente a cualquier poder público. Pero los poderes públicos no solo tienen la obligación de respetar la dignidad. Deben protegerla, impidiendo los atentados a los particulares, adoptando las

⁹ MARTÍNEZ PUJALTE, ANTONIO LUIS, “Los derechos humanos como derechos inalienables”, en *Derechos Humanos* (Coord. Jesús Ballesteros), Tecnos, Madrid, 1992, pág. 93.

¹⁰ *Ibíd.*, pág. 91.

¹¹ DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 62.

*medidas adecuadas para evitarlos y reaccionando ante los ataques de cualquier tipo, con medios proporcionales y suficientes”.*¹²

Terminaremos afirmando que, precisamente de esa dignidad, es de la que emanan todos los Derechos Humanos, o, en palabras de MARTÍNEZ PUJALTE, que “*los derechos humanos se fundan en la dignidad del hombre*”.¹³

2.- LA DIGNIDAD EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

El respeto a la dignidad se encuentra en la base de las diferentes declaraciones y convenios en materia de Derechos Humanos, aprobados tras la Segunda Guerra Mundial.

A) **Ámbito universal**

En el propio preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (ONU),¹⁴ se recoge como una de las causas/finalidades por las que nace dicha Organización.¹⁵ Podemos considerar, por tanto, que el respeto a la dignidad de la persona se encuentra en los cimientos de la arquitectura organizacional internacional, de carácter universal.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)¹⁶ también recoge el respeto a la dignidad de la persona, tanto en su preámbulo,¹⁷ como en su articulado.¹⁸

¹² GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, cit., pág. 77 y 78.

¹³ MARTÍNEZ PUJALTE, “Los derechos humanos como derechos inalienables”, cit., pág. 91.

¹⁴ BOE nº 275, de 16 de noviembre de 1990, disponible en:
<http://www.boe.es/boe/dias/1990/11/16/pdfs/A33862-33885.pdf>

¹⁵ Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (NNUU): “*Nosotros, los pueblos de las NNUU, resueltos: (...) a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas*”.

¹⁶ Resolución 217 A (III), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, disponible en: (10-XII-1948), disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

¹⁷ Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; (...)* Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos

Los grandes Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos de 1966,¹⁹ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁰ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),²¹ también tienen su fundamento en la dignidad del ser humano, debiendo ser la misma objeto de respeto y protección.²² Por supuesto, la dignidad también se encuentra en el seno de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos de carácter sectorial.²³

B) Ámbito regional

de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

¹⁸ Artículo 1: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”.

Artículo 22: “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”.

Artículo 23: “*Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social*”.

¹⁹ Adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966. El PIDESC entró en vigor de forma general el 3 de enero de 1976. El PIDCP entró en vigor de forma general el 23 de marzo de 1976. Ambos entraron en vigor, en España, el 27 de julio de 1977.

²⁰ BOE nº 103, de 30 de abril de 1977, disponible en:

<https://www.boe.es/boe/dias/1977/04/30/pdfs/A09337-09343.pdf>

²¹ BOE nº 103, de 30 de abril de 1977, disponible en:

<http://www.boe.es/boe/dias/1977/04/30/pdfs/A09343-09347.pdf>

²² PIDCP: Preámbulo: “*Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana*”.

Artículo 10.1: “*Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”.

PIDESC: Su Preámbulo reproduce exactamente lo mismo que el PIDCP, previamente citado, sobre la dignidad.

Artículo 13.1: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz*”.

²³ La dignidad se encuentra también en numerosos preámbulos de los diferentes textos internacionales sobre materias específicas, a los cuales no haremos referencia, por exceder del objeto del trabajo.

En el ámbito regional, concretamente en el europeo, y refiriéndonos al CEDH²⁴ y a la Carta Social Europea (CSE),²⁵ merece destacarse que la palabra dignidad, como tal, no viene recogida en los mismos. Sin embargo, ello no debe llevarnos a engaño, pues tanto el uno como el otro, son los instrumentos de los que se han dotado los diferentes Estados miembros del Consejo de Europa para asegurar el real y efectivo cumplimiento de los derechos en ellos reconocidos. Refiriéndose únicamente al CEDH, pero haciéndolo nosotros extensivo a la CSE, GONZÁLEZ PÉREZ reconoce que “*con la protección que el Convenio confiere, quedan garantizados los aspectos fundamentales de la dignidad de la persona*”.²⁶

En el ámbito más concreto de la Unión Europea (UE), su Carta de los Derechos Fundamentales,²⁷ reconoce expresamente la dignidad del ser humano, en primer lugar, en su preámbulo,²⁸ como uno de los valores indivisibles y universales, junto a la libertad, la igualdad y la solidaridad. Pero además, y esto es lo más importante, dedica el primer capítulo a la dignidad, recogiendo su artículo primero, expresamente, que “*la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida*”. Recordemos que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE ha adquirido el mismo valor jurídico que los Tratados, tras la redacción dada por el Tratado de Lisboa²⁹ al artículo 6.1 del Tratado de la Unión.³⁰

²⁴ BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979, disponible en:
<http://www.boe.es/boe/dias/1979/10/10/pdfs/A23564-23570.pdf>

²⁵ BOE nº 153, de 26 de junio de 1980, disponible en:
<http://www.boe.es/boe/dias/1980/06/26/pdfs/A14533-14540.pdf>

²⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, cit., pág. 44.

²⁷ DOUE C-83/389, de 30 de marzo de 2010, disponible en:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:ES:PDF>

²⁸ Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “*Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación*”.

²⁹ DOUE C-306/1, de 17 de diciembre de 2007, disponible en:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=ES>

³⁰ DOUE C-83/1, de 30 de marzo de 2010, disponible en:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2010:083:FULL&from=ES>

También en el ámbito continental americano nos encontramos con dos textos fundamentales, en materia de reconocimiento de Derechos Humanos, en los que se hace referencia expresa a la dignidad. Así, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, recoge el término dignidad, tanto en su preámbulo, como en su articulado.³¹ En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Carta de San José también se la menciona en su articulado,³² pero siempre como parte integrante de algún Derecho Humano.

La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos también hace mención a la dignidad, tanto en su prólogo, como en su articulado.³³

³¹ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 2-V-1948), disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Preámbulo: *“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.*

El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”.

Artículo XXIII: *“Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.*

³² Convención Americana de Derechos Humanos (San José, 22-XI-1969), disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Artículo 5.2. Derecho a la Integridad Personal: *“Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.*

Artículo 6.2. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre: *“Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso”.*

Artículo 11.1. Protección de la Honra y de la Dignidad: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.*

³³ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27-VII-1981), disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf?view=1>

Prólogo: *“Considerando la Carta de la Organización para la Unidad Africana, la cual estipula que “la libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad son objetivos esenciales para la realización de las legítimas aspiraciones de los pueblos africanos (...)*

Conscientes de su deber de lograr la total liberación de África, cuyos pueblos todavía están luchando por su dignidad y genuina independencia, y comprometiéndose a eliminar el colonialismo, el neocolonialismo, la segregación racial y el sionismo, y a hacer desaparecer las bases militares extranjeras agresivas y toda forma de discriminación, particularmente la basada en la raza, el grupo étnico, el color, el sexo, la lengua, la religión o las opiniones políticas”.

3.- LA DIGNIDAD (Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD) EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La dignidad, junto al libre desarrollo de la personalidad, son también fundamentales para el constituyente español, situándolos en el pórtico del Título I relativo a los Derechos y Deberes Fundamentales. Así, el artículo 10.1 de la Constitución Española (CE)³⁴ indica que *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

DÍEZ PICAZO señala que:

“en el sistema de valores de la Constitución, son precisamente la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad –junto con el respeto a los derechos de los demás y a la ley- la base última de la convivencia democrática; es decir, la democracia constitucional no se estima viable si no adopta como criterios de orientación permanente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad”.³⁵

Podremos coincidir con GONZÁLEZ PÉREZ, cuando indica que *“el artículo 10 de la Constitución supone la consagración de la persona y su dignidad como principio rector del Ordenamiento Jurídico español”*,³⁶ pero a la vez, y conforme sabiamente señala DÍEZ PICAZO, cabe recordar que:

“la cláusula de dignidad de la persona no recoge un auténtico derecho fundamental, en el sentido de que no es predicable de ella el régimen jurídico de los derechos fundamentales, expuesto en el artículo 53 CE. De aquí, entre otras

Artículo 5: *“Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos”*.

Merece ser destacada que la concepción comunitarista de los redactores de la Carta respecto de los derechos, así como de la propia dignidad, que se contraponen a una concepción individualista propia de Occidente.

³⁴ BOE N° 311.1, de 29 de diciembre de 1978, disponible en:

<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>

³⁵ DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 62.

³⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, cit., pág. 104.

*consecuencias, que no quepa fundar pretensiones únicamente sobre la base de la dignidad de la persona”.*³⁷

Por tanto, el Estado no solo no podrá tomar ninguna medida en contra de dicha dignidad, ni obviarla, sino que, además, deberá llevar a cabo todas las acciones que sean necesarias para garantizar su efectividad. Pero ello no debe confundirnos, en considerar la dignidad, por sí misma, como un derecho fundamental. No obstante, es un debate más teórico que práctico, habida cuenta que la dignidad se encuentra en la base misma de los derechos fundamentales. Por tanto, aun cuando es cierto que no se pueda alegar la dignidad, por sí misma como derecho fundamental, esta se encontrará en el núcleo esencial del derecho concreto que se pretenda invocar. Por tanto, sustantivamente, cuando accionemos en defensa de un derecho fundamental determinado, también lo estaremos haciendo en defensa de la dignidad que le es inherente.

Respecto al libre desarrollo de la personalidad, conforme DÍAZ PICAZO:

*“implica sostener que cada persona puede y debe trazar por sí misma su propio proyecto vital, sin que el Estado deba interferirse salvo para salvaguardar los derechos similares de los demás. La cláusula de libre desarrollo de la personalidad es, así, un rechazo radical de la siempre presente tentación de paternalismo del Estado, que cree saber mejor que las personas lo que les conviene a estas y lo que deben hacer con sus vidas. Dicho brevemente, se trata de la proclamación constitucional de que, siempre que se respeten los derechos de los demás, cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses”.*³⁸

Como vemos, la ligazón entre dignidad y libre desarrollo de la personalidad es indiscutible.

Tampoco la cláusula del libre desarrollo de la personalidad puede ser entendida, como tal, como un derecho fundamental.³⁹ Sin embargo, como establece el autor previamente mencionado, la principal virtualidad de este reconocimiento constitucional

³⁷ DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 62 y 63.

³⁸ *Ibidem*, pág. 63.

En el mismo sentido, ROBLES MORCHÓN, “El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10 de la CE)”, cit., pág. 48: “*El libre desarrollo de la personalidad implica, por consiguiente, que el individuo es dueño de su proyecto vital*”.

³⁹ DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 63.

se encuentra en el establecimiento de una cláusula general de libertad, que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico. Ello implica reconocer que:

*“todo lo que no está prohibido u ordenado, está permitido; es decir, significa que existe un área residual de libertad jurídicamente protegida (...) Ello implica que el legislador no goza de una libertad omnímoda para restringir la libertad de las personas y, en este sentido, para restringir sus autónomos proyectos de vida y el modo en que los desarrollan”.*⁴⁰

IV.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO AL HONOR EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL

El derecho al honor y las libertades de expresión e información han tenido reconocimiento tanto internacional, como internamente.

1.- ÁMBITO UNIVERSAL

Así, en los textos con vocación de universalidad, vienen reconocidos, en primer lugar, en la que podríamos considerar como génesis del reconocimiento positivo universal de los derechos del hombre, cual es la DUDH. Así pues, su artículo 19 señala que:

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

El artículo 12 de la DUDH indica que:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

También vienen reconocidos en el PIDCP. Así, su artículo 19 indica que:

*“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin*

⁴⁰ *Ibíd*em, pág. 64.

consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Así mismo, el artículo 17 PIDCP establece que:

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

2.- ÁMBITO REGIONAL

También vienen reconocidos en las declaraciones y tratados internacionales sobre Derechos Humanos de carácter regional.

Comenzaremos por la Declaración Americana de Derechos de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuyo artículo IV se indica que *“toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”*. En el artículo V afirma que *“toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”*.

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Carta de San José, establece que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

El artículo 11 de la Carta de San José, establece que:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Tanto el CEDH como la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), así como la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, hacen referencia única y exclusivamente al derecho a la libertad de expresión, pero no al derecho al honor.⁴¹

El artículo 9 de la Carta de Banjul indica que:

“1. Todo individuo tendrá derecho a recibir información.

⁴¹ Aunque el CEDH no reconozca de modo expreso el derecho al honor, ya veremos como la interpretación jurisprudencial del TEDH lo termina ubicando en el artículo 8 como una manifestación más de la protección de la vida privada.

Artículo 8 CEDH. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

2. *Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley*".

Y el artículo 10 CEDH indica que:

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

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

Por último, tenemos que citar el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, relativo a la libertad de expresión y de información, en el cual se indica literalmente que:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo".

V.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: NATURALEZA Y GARANTÍAS

Tras analizar el reconocimiento internacional de los Derechos Humanos en general y, en concreto, de los aquí analizados, ahora vamos a estudiar el sistema interno.

A nivel español, el derecho al honor y a la libertad de expresión vienen recogidos en los artículos 18.1 y 20 CE, respectivamente.

Así, el artículo 18.1 recoge literalmente que “*se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”.

El artículo 20 indica literalmente que:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.

Dichos artículos, 18 y 20, se encuentran situados en la Sección Primera (“De los derechos fundamentales y libertades públicas”), del Capítulo II (“Derechos y libertades”), del Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”).

Por tanto, estos derechos entran dentro de la categoría de “*Derechos Fundamentales*”. Para DÍEZ PICAZO,⁴² los derechos se pueden calificar de este modo, atendiendo a dos criterios: formal o material. Así, si atendemos al primer criterio, serían derechos fundamentales aquellos que así aparezcan reconocidos en los textos constitucionales. Lo fundamental de esta concepción es que estos derechos, al encontrarse recogidos en una norma suprallegal, vinculan a todos los poderes públicos, incluso al legislador. Si atendemos al criterio material, serían aquellos derechos

⁴² DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 28 y 29.

inherentes a la condición de persona o de ciudadano, y por ello, pertenecen a todos los miembros del grupo. Ambas concepciones, por supuesto, son compatibles.⁴³

Si los comparamos con la categoría de los Derechos Humanos llegaremos a la misma conclusión que DÍEZ PICAZO,⁴⁴ y es que la única diferencia entre ellos se encuentra en el ordenamiento jurídico que los reconoce, el interno, en el caso de los Derechos Fundamentales, el internacional en el caso de los Derechos Humanos.

A esta categoría de derechos se le reconoce la máxima protección, pues, recordemos que, conforme indica el art. 10.1 CE, los derechos fundamentales suponen la manifestación, en el orden jurídico, de la dignidad del ser humano. El respeto y la protección de estos (y por medio de ellos, a la dignidad inherente a los mismos) se encuentran en la base misma del sistema. Así el artículo 10.1 CE se refiere a aquellos como el *“fundamento del orden político y la paz social”*. Como magistralmente señala DÍEZ PICAZO, *“sin respeto por los derechos fundamentales, no puede haber democracia constitucional, ni siquiera concordia civil”*.⁴⁵ Al fin y al cabo, amén de derechos subjetivos, también representan los valores básicos de toda sociedad democrática.⁴⁶

Dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales, el constituyente español estableció diferentes grados de garantías, que se recogen, principalmente, aunque no solo, en el artículo 53 CE:⁴⁷

⁴³ El análisis es similar al que hicimos respecto de los Derechos Humanos, si bien, tenemos que matizar que el derecho a la participación política, la Constitución lo condiciona a la tenencia de la nacionalidad española (salvo acuerdos de reciprocidad).

⁴⁴ DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 30.

⁴⁵ *Ibíd.*, pág. 37.

⁴⁶ *Ibíd.*, pág. 55.

⁴⁷ Artículo 53 CE: *“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).*

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante

1º) Los derechos y libertades reconocidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, a los que se le reconocen todas las garantías previstas en el artículo 53.

2º) El resto de derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título Primero, que solo disfrutaban de las garantías previstas en el apartado segundo del artículo 53.

3º) Los principios rectores de la política social y económica, recogidos en el Capítulo Tercero del Título I, que solo pueden ser invocados conforme a lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

En tanto que el derecho al honor y a la libertad de expresión forman parte de ese primer grupo, gozarán del más amplio abanico de garantías que el constituyente ofrece. Las mismas se concretan en las siguientes:

1º) La vinculación a todos los Poderes Públicos. Ello significa que, en cualquier actuación, la Administración deberá observar y respetar siempre estos derechos.

2º) La reserva de ley. Estos derechos solo podrán regularse por ley, que además deberá respetar siempre su contenido esencial.

3º) La necesidad de articularse por ley orgánica. Además, conforme indica el artículo 81 CE, estos derechos solo podrán ser regulados mediante ley orgánica, lo cual supone la exigencia de una mayoría absoluta de la votación en el Congreso.

el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

4º) Además, las leyes que afecten restrictivamente dichos derechos puede ser objeto del correspondiente recurso de inconstitucionalidad⁴⁸ o, en su aplicación, cuestión de inconstitucionalidad.⁴⁹

5º) La configuración de un proceso preferente y sumario. Se establece, en los distintos órdenes, un procedimiento preferente y sumario para resolver aquellos conflictos en los que se alegue la vulneración de un derecho fundamental.⁵⁰

6º) El recurso de amparo. Se prevé la posibilidad de recurrir en amparo al Tribunal Constitucional (TC), en caso de vulneración de uno de estos derechos.⁵¹

7º) El procedimiento agravado de reforma constitucional. En el supuesto de que se pretendiese modificar constitucionalmente cualquiera de estos derechos, la propia Constitución prevé un procedimiento agravado, precisamente, para darle mayor solidez al Sistema.⁵² No podemos obviar la historia constitucional española del siglo XIX, caracterizada por los constantes cambios de Carta Magna.

⁴⁸ Artículo 162.1 CE: “*Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas*”.

⁴⁹ Artículo 163 CE: “*Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos*”.

⁵⁰ Para dar efectividad a esta garantía, se dictó, en su momento la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Con esta norma, el legislador pretendía instituir un proceso preferente y sumario en los distintos órdenes. Hoy en día, ya no se encuentra en vigor, dada cuenta que cada ley rituaría ha ido incorporando un proceso de estas características, con lo cual, ha quedado totalmente superada.

⁵¹ Artículo 161.1 b) CE: “*El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca*”.

Artículo 162.1 b) CE: “*Están legitimados: Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal*”.

⁵² Artículo 168 CE: “*1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.*

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”.

2.- EL RECURSO DE AMPARO

El recurso de amparo merece un estudio particularizado, por dos motivos. El primero, porque es el instrumento que el constituyente español ha articulado para remediar aquellas situaciones en que se haya podido dar una violación de un derecho fundamental y no haya sido reconocido así por los tribunales ordinarios. Y, el segundo, más importante si cabe, porque para poder acudir a las instancias internacionales, se nos va a exigir que hayamos agotado todas las vías internas.⁵³ Ello responde a un principio básico en Derecho Internacional y es que, con carácter previo a que cualquier organismo supranacional entre a conocer de un asunto en el que esté implicado un Estado, este tiene derecho a enmendar, anteriormente, sus propios errores, conforme a su Derecho interno.

Para comprender bien este recurso, tenemos que tener claro cuál es su naturaleza. Comenzaremos señalando que la apreciación de la vulneración de los derechos fundamentales debe realizarse por los tribunales ordinarios. Así pues, estos son plenamente competentes para pronunciarse al respecto. Si y solo si este sistema de protección ordinaria falla, entonces es cuando entra en juego el recurso de amparo. Así pues, en palabras de DÍEZ PICAZO, *“el constituyente concibió el recurso de amparo como una garantía adicional y última de los derechos fundamentales, que puede activarse solo cuando todas las demás no han funcionado correctamente”*.⁵⁴

Debemos tener claro que, conforme la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), el objeto del recurso de amparo se limita a las actuaciones de los poderes

⁵³ Art. 35.1 CEDH: *“Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos”*. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el BOE nº 79, de 2 de abril de 1985, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1985/04/02/pdfs/A08757-08759.pdf>
La corrección de errores fue publicada en el BOE nº 107, de 4 de mayo de 1985, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1985/05/04/pdfs/A12413-12413.pdf>
Dicho Protocolo entró en vigor de forma general el 23 de marzo de 1976 y en España, el 25 de abril de 1985.

Art. 5.2 b): *“El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que: b) El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna”*.

⁵⁴ DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 81.

públicos que lesionan los derechos fundamentales.⁵⁵ Por tanto, no existe un recurso de amparo frente a la actuación, de los particulares, conculcadora de derechos fundamentales.⁵⁶ Ello, en la práctica, no es un problema. Los tribunales, como poderes públicos que son, tienen la obligación de dar efectividad a los Derechos Fundamentales. Si no cumplen con este mandato de restablecimiento de los derechos fundamentales lesionados por particulares, quedará expedita la vía directa al TC, mediante recurso de amparo. El objeto del mismo lo conformará la eventual resolución judicial que no abrigue dicho derecho vulnerado. Por tanto, de manera indirecta, sí que se permite el uso del recurso de amparo a quien sufra una violación de un derecho fundamental por parte de una persona física o jurídica.

El legislador, preocupado por la proliferación de recursos de amparo, aprobó la Ley Orgánica 6/2007,⁵⁷ de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, con la que se pretendía que el recurso de amparo no muriese de éxito.⁵⁸

⁵⁵ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del TC, publicada en el BOE nº 239, de 5 de octubre de 1979, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1979/10/05/pdfs/A23186-23195.pdf>

Artículo 41: “1. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución.

2. El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”.

⁵⁶ Ello nada obsta para afirmar que los derechos fundamentales tienen eficacia horizontal. Por tanto, no solo vinculan a los poderes públicos, sino también a los particulares, que, por supuesto, tienen la obligación de respetarlos.

⁵⁷ BOE nº 125, de 25 de mayo de 2007, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2007/05/25/pdfs/A22541-22547.pdf>

⁵⁸ En el punto III de la Exposición de Motivos se afirma que: “el elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del TC. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución. Y así, entre las modificaciones que se introducen en relación con el amparo se pueden destacar el cambio en la configuración del trámite de admisión del recurso (...)”

La modificación más sustantiva consiste en la obligación, por parte del recurrente en amparo, de demostrar la especial trascendencia constitucional del recurso, como requisito de admisibilidad (art. 49.1 de la LOTC),⁵⁹ es decir, que el recurrente deberá “*persuadir al TC de que su reclamación merece ser tomada en consideración por razones de interés general*”.⁶⁰

La Sentencia del TC (STC) 155/2009, de 25 de junio, en su fundamento jurídico segundo, establece diferentes supuestos en los que se entendería cumplida esta obligación:⁶¹

“a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del TC (...);

b) o que dé ocasión al TC para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE;

c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general;

d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley que el TC considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución;

e) o bien cuando la doctrina del TC sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho

La primera de estas novedades es la que afecta a la configuración del trámite de admisión del recurso de amparo. Y es que frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. Esta modificación sin duda agilizará el procedimiento al transformar el examen de admisión actual en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso”.

⁵⁹ En su versión tras la reforma.

⁶⁰ DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 87.

⁶¹ F. Dº. 2º de la STC (Pleno) núm. 155/2009, de 25 junio de 2009. RTC 2009\155.

fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros;

f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del TC (...);

g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.”

Conforme reconoce el propio TC, este listado es simplemente ejemplificativo, pudiendo aceptarse en el futuro nuevos supuestos no previstos en dicha relación.⁶²

Por último, respecto del recurso de casación, cabe señalar que la Ley Orgánica 6/2007 también introduce otra modificación, de carácter fundamental, y es la relativa a la posibilidad de solicitar la nulidad de actuaciones, alegando dicha vulneración del derecho fundamental, ante el propio órgano juzgador.⁶³

Esta modificación suscitó dudas sobre la necesidad de interponer este incidente de nulidad, con carácter previo al recurso de amparo, dada cuenta el carácter subsidiario de este último (art. 43.1 de la LOTC), en aquellos procesos cuyo objeto hubiese sido, precisamente, esa lesión del derecho fundamental en concreto.

⁶² *Ibídem*: “Cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido”.

⁶³ Ley Orgánica 6/2007,⁶³ de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica del TC, Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: “El párrafo primero del apartado 1 del artículo 241 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, queda redactado en los siguientes términos: 1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.”

La STC 216/2013, de 19 de diciembre, ha dado respuesta a esta cuestión, afirmando que:

*“cuando el objeto del proceso consista en el estudio de la lesión directa del derecho, como es el caso del derecho al honor o la intimidad, el reconocimiento de su lesión, o el no reconocimiento con la consecuente lesión del derecho a la libertad de expresión o de prensa, consecuencia de la revocación de las Sentencias de las instancias previas, no requiere la necesaria interposición del incidente de nulidad, al estar ayuno de los fines para los que fue previsto, puesto que consistiría en la pretensión de una reconsideración sobre el fondo de la resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial”.*⁶⁴

De la lectura de la anterior Sentencia, podemos concluir que la necesidad de plantear el incidente de nulidad, con carácter previo al de amparo, se reduce al caso en el que, mediante este último, se alegue la vulneración de un derecho fundamental de carácter adjetivo, como la tutela judicial efectiva, cuya causa la encontraremos en la propia Sentencia recurrida. Por tanto, en el resto de supuestos, no será necesario plantear ese incidente de nulidad previo, puesto que, precisamente, sobre esta cuestión ya se habrá pronunciado la jurisdicción ordinaria, no pudiendo convertirse el incidente de nulidad en un instrumento para la reconsideración de la decisión judicial ya adoptada.

VI.- LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

De todos los textos internacionales citados, resultan especialmente importantes, por cuanto se encuentran incorporadas a nuestro Derecho interno, tanto las disposiciones del CEDH, como las del PIDCP.

El sistema de incorporación del Derecho Internacional en el Derecho interno, cuando trata de Derechos Humanos, se produce por una doble vía. La primera, la ordinaria, la que se refiere a todo el Derecho Internacional, se da por la vía del art. 96.1 CE y 1.5 del Código Civil (CC).

⁶⁴ F. Dº. 2º de la STC (Pleno) núm. 216/2013, de 19 diciembre, de 2013. RTC 2013\216.

El artículo 96.1 CE dispone que:

“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

El artículo 1.5. CC indica que:

“Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado»”.

Así pues, una vez se publique un tratado internacional en el Boletín Oficial del Estado (BOE), sus disposiciones pasan a formar parte de nuestro Derecho, sin que ninguna norma de carácter interno⁶⁵ las pueda modificar.

Sin embargo, además de esta vía ordinaria, para todo tipo de texto internacional, se encontraría una vía específica de la remisión interpretativa ascendente, en materia de Derechos Humanos, cual es la del art. 10.2 CE, que dispone literalmente que *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE destaca la importancia mayúscula de este artículo, en virtud de las siguientes razones:

⁶⁵ Si bien, no hay duda sobre la posición jerárquicamente superior del Derecho Internacional, respecto del Derecho interno, por lo que respecta al resto de normas internas que no sean la propia Constitución, no ocurre lo mismo cuando el conflicto se da entre esta última y aquel. Así, existe un debate, ya de antiguo, entre los internacionalistas y los constitucionalistas sobre la posición que ocupan los tratados en relación con la Constitución. Así pues, para los primeros, no cabe duda que, en caso de conflicto, el Derecho Internacional tendrá aplicación prevalente, habida cuenta lo dispuesto en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículos 26 y 27), que recogen el principio *“pacta sunt servanda”*, consecuencia del cual, no se podrán invocar normas de carácter interno para incumplir lo aceptado en un tratado. Por otra parte, los constitucionalistas entienden que el tratado internacional, una vez incorporado a nuestro Derecho interno, forma parte de aquel, y, por tanto, está sometido al principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE), considerando que en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra la CE (art. 9.1 CE).

“En primer lugar, porque otorga una nueva y distinta eficacia a tales instrumentos internacionales, en función de la materia, al constituir una cláusula de garantía, en la medida en que las dificultades interpretativas que puedan plantear los derechos y libertades fundamentales contemplados en la Constitución deben resolverse en favor de la interpretación que suministran la Declaración Universal de 1948 y los tratados de que habla el artículo 10.2 CE.

En segundo término, porque a pesar de la existencia del artículo 96 CE, los ámbitos de esta disposición y los del artículo 10.2 CE son diferentes. Mientras que el primero se refiere a la integración completa (de la totalidad del texto) del tratado en el Derecho interno español, el segundo incide sobre la aplicación interpretativa-integradora limitada, eso sí, a las disposiciones, que afecten a derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución (...) Mediante el artículo 10.2 CE, la protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona en España, tiene en cuenta también las interpretaciones realizadas por diferentes órganos internacionales de protección de los derechos humanos. En este sentido, y a título de ejemplo, no hay que olvidar que los derechos y libertades contemplados en el CEDH, de 4 de noviembre de 1950, son objeto de una interpretación evolutiva y extensiva por parte del propio TEDH, por lo que tales criterios vincularán también en España a los diferentes órganos del Estado, pudiendo ser invocados directamente ante los tribunales españoles por cualquier ciudadano (...)

En tercer lugar (...) el artículo 10.2 CE obliga a todos los órganos del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) a actuar en sus respectivos ámbitos de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por España. Asimismo, el artículo 10.2 CE permite la incorporación de nuevos derechos en la medida en que los derechos y libertades fundamentales de la persona no son estáticos, sino que poseen un carácter evolutivo a tenor del cambio histórico y del avance de la conciencia política colectiva hacia cotas más amplias de libertad, igualdad y solidaridad.

En cuarto lugar, como revela el examen de la jurisprudencia del TC desde su creación, nada impide que la interpretación contemplada en el artículo 10.2 CE se realice sobre la base de acuerdos y resoluciones emanados de Organizaciones Internacionales de las que España pueda devenir Estado miembro pueden desarrollar el sentido y alcance de los derechos y libertades fundamentales contemplados en la Constitución. En este sentido, por lo tanto, la puerta está permanentemente abierta.

En quinto lugar, la interpretación exigida por el artículo 10.2 CE es una interpretación in bonum, no pudiendo ir orientada hacia la restricción del derecho o libertad fundamental en cuestión (...)

Finalmente, el artículo 10.2 constituye una garantía de cara al futuro pues la remisión que hace a las normas internacionales es abierta y dinámica: deja las puertas abiertas a normas internacionales a las que España se vincule en el futuro y, por otra parte, tales normas pueden abordar aspectos no contemplados en la actualidad”.⁶⁶

A pesar de estas consideraciones generales positivas, en relación con las posibilidades de recepción que nos permite el artículo 10.2 CE, sí que merece ser

⁶⁶ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS, “La Constitución española y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Su interpretación por el Tribunal Constitucional”, en *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pág. 34 a 37.

destacado que una parte de la doctrina entiende que el mismo no permite la incorporación de nuevos derechos, con el carácter de fundamentales, que no estén ya previamente reconocidos como tales en nuestra CE. Así, DÍEZ PICAZO entiende que:

*“El propio TC ha mantenido, de manera igualmente constante, que los tratados internacionales no pueden crear nuevos derechos fundamentales en el ordenamiento español; lo que significa que la vulneración de un derecho reconocido solo mediante tratado internacional, sin equivalente en la Constitución española, no determina la inconstitucionalidad de las leyes, ni puede ser objeto de recurso de amparo”.*⁶⁷

En cualquier caso, los ciudadanos podremos ejercitar los derechos que se recojan en un convenio internacional, desde el mismo momento en que el mismo sea publicado en el BOE. Pero no solo eso, sino que, además, en materia específica de derechos fundamentales, aquellos reconocidos en la CE serán interpretados de conformidad con lo dispuesto en los Tratados habidos sobre el tema, así como con la DUDH.

Aunque ya se ha apuntado, cabe insistir en la importancia que han adquirido los mecanismos de protección de Derechos Humanos, tanto del CEDH como del PIDCP, pues ambos permiten la denuncia individual contra el propio Estado.⁶⁸ En el caso del CEDH debemos citar, como órgano de control, el TEDH. En el caso de PIDCP, el Comité de Derechos Humanos. La importancia de ambos trasciende de aquellos asuntos sobre los que realmente se pronuncian (*“efecto de cosa juzgada”* entre las Partes), puesto que, lo fundamental es la interpretación que efectúan y que será aplicable a todas las situaciones similares (*“eficacia de cosa interpretada” erga omnes*).⁶⁹ No podemos obviar que los textos internacionales en materia de Derechos Humanos suelen ser muy abiertos, poco precisos, pues se establece un listado de derechos, sin mayor concreción.

⁶⁷ DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 156.

⁶⁸ En el caso concreto del PIDCP, la posibilidad de la denuncia individual se introdujo mediante el Protocolo Facultativo adicional, de la misma fecha que el PIDCP.

⁶⁹ No obstante, y aunque la jurisprudencia constitucional presenta un balance positivo respecto a la toma en consideración de las Sentencias del TEDH, sí que cabe señalar que existe, en algunos supuestos, una cierta tensión dialéctica entre el TC y el TEDH. Así lo describe JIMENA QUESADA, LUIS, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 15, Madrid, 2010, pág. 60 a 69.

Será ya, con la aplicación concreta de cada uno de estos derechos a las diferentes situaciones en conflicto, como se les irá dotando de una sustantividad propia, determinándose cuál es su alcance y contenido. Por tanto, la importancia de la labor hermenéutica de estos órganos de control es incuestionable.

VII.- EL CONSEJO DE EUROPA

Tras haber estudiado el entramado jurídico, internacional y nacional, de protección de los Derechos (Humanos, a nivel supraestatal y Fundamentales, a nivel interno), ahora debemos centrar nuestro estudio en el Consejo de Europa y en el CEDH.

El CEDH fue adoptado el 4 de noviembre de 1950, en Roma, en el seno de una organización internacional conocida como Consejo de Europa, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953. No obstante, la entrada en vigor, para nuestro país, se produjo el 4 de octubre de 1979.

Para comprender la importancia del Consejo de Europa, así como del CEDH, debemos situar a esta Organización internacional europea en el momento y lugar histórico en los que nacen. Así pues, estamos hablando del territorio europeo, cuyos pueblos habían asistido con horror, en un breve espacio temporal de 20 años a dos guerras mundiales, siendo la segunda especialmente cruenta, pues, con carácter concomitante, se produjo un holocausto por parte de los nazis.

Ello fue determinante para que lo mandatarios del mundo, y de la Europa de la postguerra en particular, decidieran promover la articulación de diferentes organismos internacionales, cuyos fines principales eran la paz y la seguridad internacionales, el respeto a la democracia y al Estado de Derecho y la promoción y la protección de los Derechos Humanos.

Así se explica el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de junio de 1.946, cuya Asamblea General dio a luz posteriormente a la DUDH, a través de

la Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, en París. El Consejo de Europa se creó por medio del Estatuto del Consejo de Europa, el 5 de mayo de 1949, en Londres,⁷⁰ es decir, 3 años después de la firma de la Carta de las Naciones Unidas, y tan solo cinco meses después de la adopción de la DUDH.

El surgimiento de estas organizaciones internacionales (una universal y la otra regional), cuyos fines son parejos,⁷¹ no pueden entenderse de manera aislada, sino el

⁷⁰ BOE nº 51, de 1 de marzo de 1978, disponible en:
<http://www.boe.es/boe/dias/1978/03/01/pdfs/A04840-04844.pdf>

⁷¹ Preámbulo de la Carta de las NNUU: *“Nosotros, los pueblos de las NNUU, resueltos: a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”*

Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas: *“Los propósitos de las NNUU son:*

1. *Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;*

2. *Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;*

3. *Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y*

4. *Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes”.*

Preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa: *“Convencidos de que la consolidación de la paz, basada en la justicia y la cooperación internacional, es de interés vital para la preservación de la sociedad humana y de la civilización.*

Reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia.

Persuadidos de que para salvaguardar y hacer que se realice progresivamente este ideal y en interés del progreso social y económico, se impone una unión más estrecha entre todos los países europeos animados de los mismos sentimientos.

Considerando que, para responder a esa necesidad y a las aspiraciones manifiestas de sus pueblos, a partir de este momento se requiere crear una organización que agrupe a los Estados europeos en una asociación más íntima”.

Artículo 1 del Estatuto del Consejo de Europa: *“a) La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social.*

resultado de una conciencia internacional común, que deseaba dotarse de instrumentos suficientes para evitar los horrores de la guerra, y la agresión a los derechos fundamentales más esenciales, padecidos durante el nazismo y el fascismo.

El Consejo de Europa, en particular, como organización internacional, tiene, como finalidad principal una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social. Y para alcanzar este objetivo, se establece la defensa de los Derechos Humanos y del Estado de Derecho como base de toda democracia.

Tal y como recoge CASADEVALL MEDRANO⁷², el Consejo se dota de los siguientes órganos: Comité de Ministros⁷³, Asamblea Parlamentaria⁷⁴, Congreso de

b) Esta finalidad se perseguirá, a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales. “

Artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa: “Cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su Jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el capítulo primero”.

⁷² CASADEVALL MEDRANO, JOSEP, *El Convenio Europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 26 a 32.

⁷³ *Ibíd*em, pág. 26 y 27: “3. Lo componen los ministros de asuntos exteriores de todos los estados miembros, en la práctica a través de sus representantes permanentes con rango de embajadores en Estrasburgo, y constituyen la instancia política y con poder decisorio de la organización. El Comité de Ministros, presidido por uno de sus miembros de forma rotatoria durante períodos de seis meses, aprueba los programas de actividades y los presupuestos de la organización, estudia y decide sobre las recomendaciones formuladas por la Asamblea Parlamentaria, adopta las medidas necesarias para llevar a cabo los objetivos del Consejo de Europa y controla el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados miembros y, si fuera el caso, puede sancionar los incumplimientos. Sus decisiones toman forma de declaraciones y resoluciones y como tales son transmitidas a los Gobiernos de los Estados miembros. Pueden convertirse también en convenios o en acuerdos europeos, los cuales adquieren fuerza de obligar a los Estados una vez estos los han firmado y ratificado.

4. En la materia que aquí interesa, el Comité de Ministros puede solicitar al TEDH, bajo reserva de que este declare su propia competencia, que emita una opinión consultiva sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus protocolos, si bien, la competencia y la responsabilidad más importante que tiene asignada el Comité de Ministros es el control y el seguimiento de la correcta ejecución de las Sentencias definitivas dictadas por el TEDH”.

⁷⁴ *Ibíd*em, pág. 27 y 28: “5. Compuesta por delegaciones de representantes elegidos o designados por los parlamentos nacionales, de entre los propios parlamentarios, esta Asamblea –considerada la primera en

Poderes Locales y Regionales, Secretaría General⁷⁵, y Comisariado Europeo de Derechos Humanos⁷⁶. También se dota de otros medios, pero que, por su falta de relación directa con la materia, no desarrollaremos⁷⁷.

Mención aparte merece el TEDH, institución cuyo nacimiento se inscribe, no ya en el Estatuto del Consejo de Europa, sino en el CEDH. Por ello, lo trataremos más

la historia europea- representa el conjunto de las fuerzas políticas parlamentarias de los Estados Parte del Consejo de Europa.

6. La Asamblea Parlamentaria delibera sobre asuntos de actualidad, problemas de sociedad y cuestiones de política internacional. Sus proposiciones guían la actuación del Comité de Ministros y de otros sectores intergubernamentales del Consejo de Europa; son transmitidas a los parlamentos nacionales y ejercen así una función orientadora para los gobiernos de los Estados que con parte contratante. Está organizada en comisiones de trabajo especializadas en diversas materias y es consultada por el Comité de Ministros en relación con proyectos de convenio o de acuerdo europeo. Cabe mencionar también la representación de las colectividades locales y regionales constituidas en el denominado Congreso de Poderes Locales y Regionales, órgano consultivo del Consejo de Europa en todos los aspectos de la política municipal y regional. Además, la Asamblea Parlamentaria elide los jueces del TEDH a partir de una terna propuesta por cada Estado miembro y una entrevista personal de los candidatos con su Subcomisión de Asuntos Jurídicos, la cual expresa una opinión (con carácter de recomendación) dirigida a los parlamentarios que han de emitir su voto”.

⁷⁵ *Ibídem*, pág. 28: “7. Elegido por la Asamblea Parlamentaria con un mandato de cinco años, el Secretario General del Consejo de Europa es responsable ejecutivo de la organización. Es asistido por un Secretario General Adjunto. En su calidad de jefe administrativo, establece los programas anuales de actuación y las estrategias de trabajo; redacta y propone el presupuesto anual del Consejo de Europa, lo somete a la aprobación del Comité de Ministros y asegura su ejecución y control.

8. El Secretario General es también el depositario de los instrumentos de firma y ratificación y-si fuera el caso- de denuncia, de los numerosos convenios y acuerdos, de sus protocolos adicionales y de las declaraciones relativas a su aplicación en otros territorios. En relación al Convenio Europeo de Derechos Humanos, tiene atribuida una competencia de indagación que le permite pedir a los Estados Parte las explicaciones pertinentes sobre las medidas adoptadas en su derecho interno al objeto de garantizar la aplicación efectiva de las disposiciones del Tratado”.

⁷⁶ *Ibídem*, pág. 28 y 29: “9. El Comisario Europeo de Derechos Humanos, institución creada por el Consejo de Europa el año 1998, tiene por función incentivar la educación, la formación y la sensibilización de las personas en los derechos y las libertades fundamentales dentro de los cuarenta y siete Estados miembros. Ejerce una función complementaria de concienciación y de prevención en la defensa de los derechos humanos y a tal fin se desplaza regularmente en visitas de inspección, vigilancia y constatación de hechos y de situaciones, trabajando en colaboración con los mediadores nacionales y otras instituciones internacionales y organizaciones no gubernamentales, que tienen por vocación promover el goce pleno y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Pero el Comisario no tiene competencia jurisdiccional. Trabaja en cooperación con las otras instituciones del Consejo de Europa y, a petición del Comité de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria, emite informes, opiniones y recomendaciones que no tienen carácter vinculante”.

⁷⁷ El Comité Europeo de Derechos Sociales; el Comité de Prevención de la Tortura; el Comité Consultivo del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales; la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia; el Comité Director para la Igualdad entre Mujeres y Hombre; y la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (también conocida como Comisión de Venecia, por ser el lugar en el que se reúnen sus miembros).

adelante. Como veremos, es el órgano principal, encargado de interpretar y aplicar el CEDH.

VIII.- EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1.- UNA NECESARIA REFERENCIA PREVIA A LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS Y A LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Las primeras referencias a los Derechos Humanos, tras la Segunda Guerra Mundial, las encontramos en la Carta de las Naciones Unidas. Ahora bien, como recogen BOU FRANCH y CASTILLO DAUDÍ⁷⁸, este texto ni define qué se debe entender por Derechos Humanos, ni incluye una declaración o listado de derechos y libertades fundamentales, ni tampoco establece un sistema de protección de los mismos. Sin embargo, las referencias a los Derechos Humanos sí que son constantes a lo largo de la Carta (preámbulo y artículos 1, 13, 55, 56, 62, 68 y 76)⁷⁹. Como indican dichos

⁷⁸ BOU FRANCH, VALENTÍN y CASTILLO DAUDÍ, MIREYA, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 52.

⁷⁹ Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas: “*Reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas*”.

Artículo 1: “*Los propósitos de las Naciones Unidas son: 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*”.

Artículo 13: “*La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: (...) b. fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*”.

Artículo 55: “*Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades*”.

Artículo 56: “*Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55*”.

Artículo 62.2: “*El Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades*”.

Artículo 68: “*El Consejo Económico y Social establecerá comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos, así como las demás comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones*”.

autores, “la Carta de la ONU introduce los Derechos Humanos en el ordenamiento universal, abriendo la “jaula de hierro” que el Estado representaba para la condición jurídica del individuo en el Derecho internacional”.⁸⁰

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, aprobó finalmente la Resolución 217 A (III), en virtud de la cual, se adoptaba la DUDH. Sin embargo, el proceso de adopción no fue fácil, ni tampoco el resultado fue el esperado, pues, como señalan BOU FRANCH y CASTILLO DAUDÍ,⁸¹ lo que se pretendía era haber consagrado jurídicamente el reconocimiento y la protección de los Derechos Humanos fundamentados en tres instrumentos: una declaración de Derechos Humanos, un pacto de Derechos Humanos y un instrumento que sirviese para llevar a la

Artículo 76: “Los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria, de acuerdo con los Propósitos de las Naciones Unidas enunciados en el Artículo 1 de esta Carta, serán: c) promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, así como el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos del mundo”

⁸⁰ BOU FRANCH y CASTILLO DAUDÍ, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*, cit., pág. 55.

⁸¹ BOU FRANCH y CASTILLO DAUDÍ, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*, cit., pág. 59: “El primer paso destinado a subsanar las insuficiencias de la Carta en materia de Derechos Humanos fue la creación, por el Consejo Económico y Social de la Comisión de los Derechos Humanos, el 16 de febrero de 1946, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 68 de la Carta, y en virtud de su resolución 5 (I). Inicialmente, la Comisión nació como una “Comisión nuclear de los Derechos Humanos”, compuesta por nueve miembros, que el 21 de junio de 1946, y en virtud de la Resolución 9 (II) del Consejo Económico y Social, pasó a ser la Comisión de Derechos Humanos, compuesta entonces de dieciocho miembros (...)

En 1946, la Asamblea General de la ONU encargó a la recién creada Comisión que redactara una “Carta general de los Derechos Humanos”. El proceso de elaboración de la misma, en el seno de un “Comité de redacción”, compuesto de ocho miembros, tuvo cinco grandes protagonistas: R. Cassin, de Francia, L. Chang, de China, Ch. Malik, de Libano, E. Roosevelt, de los Estados Unidos, y J. P. Humphrey, de la Secretaría General de las Naciones Unidas.

Inicialmente, la Comisión de Derechos Humanos se propuso que sus trabajos tuvieran un triple resultado: la adopción de una declaración de Derechos Humanos, la adopción de un pacto de Derechos Humanos, y la formulación de una serie de medidas que permitieran llevar a la práctica los derechos reconocidos en la declaración y en el pacto. Pero, al hacerse patente la falta de voluntad de los Estados para asumir compromisos jurídicos, la Comisión optó por la elaboración de un único instrumento, una declaración universal, que declarara los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y se postpuso para el futuro la elaboración de un instrumento convencional en la materia.

Conviene tener presente cual era la situación en el seno de la ONU, y el contexto político mundial, durante el proceso de adopción de la declaración. La Organización estaba entonces compuesta por cincuenta y ocho Estados miembros, con diversos sistemas políticos, económicos y sociales, y la sociedad internacional estaba en plena “guerra fría”, es decir, en un estado de rivalidad política y de confrontación abierta entre el Este y el Oeste”.

práctica los derechos reconocidos en la declaración y en el pacto. Era fundamental haber conseguido este triple fundamento. La DUDH, en tanto que resolución de la Asamblea General de la ONU, no tenía formalmente fuerza jurídica vinculante, mientras que un convenio internacional sí. No obstante, ello sería suplido años más tarde, el 16 de diciembre de 1966, fecha en la que se aprobaron el PIDC y el PIDESC. Dichos Convenios Internacionales, que sí tienen fuerza jurídica vinculante, contienen, en su articulado, un listado de los derechos reconocidos, y también, los mecanismos de protección de los mismos.

Con todas las críticas que se le puedan hacer, lo bien cierto es que la DUDH es el primer instrumento internacional general, de carácter universal,⁸² que enuncia derechos que se reconocen a todo ser humano, por el mero hecho de serlo. Es, además, el texto inspirador de las posteriores regulaciones internacionales e internas en materia de Derechos Humanos. El ejemplo más claro lo tenemos en nuestra propia Constitución, cuyo artículo 10.2 CE, al que ya hemos hecho referencia, recoge la DUDH como elemento interpretativo de los derechos fundamentales.

La Declaración reconoce tanto derechos civiles y políticos, como derechos económicos, sociales y culturales, sentando el paradigma de la indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos, que años más tarde sería reconocido por parte de la Asamblea General.⁸³ Respecto a lo que nosotros interesa, en este texto se

⁸² No obstante, y aun cuando solo sea por ser rigurosos, el primer texto, eso sí, de carácter regional, que recoge un listado de Derechos Humanos, tras la Segunda Guerra Mundial, es la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de mayo de 1948.

⁸³ BOU FRANCH y CASTILLO DAUDÍ, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*, cit, pág. 61. Recogen, estos autores, las diversas resoluciones de la Asamblea General en las que se ha reconocido y reafirmado esta indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos: Resolución 32/130, de 16 de diciembre de 1977; Resolución 39/145, de 14 de diciembre de 1984; Resolución 41/117, de 4 de diciembre de 1986 y Resolución 48/141, de 20 de diciembre de 1993.

reconocen como Derechos Humanos, tanto el derecho a la libertad de expresión⁸⁴ (en el que se incluye el derecho a la libertad de información), como el derecho al honor⁸⁵.

El CEDH,⁸⁶ que nace en el seno de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, fue adoptado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953. Como podemos observar, no habían pasado apenas 2 años desde la adopción, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la DUDH. La influencia de esta en aquel es obvia, pues ya en el propio preámbulo, se contienen referencias explícitas⁸⁷. De hecho, la DUDH puede llegar a ser entendida como la fuente de inspiración del CEDH⁸⁸.

2.- EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS

A) Su naturaleza jurídica

⁸⁴ Artículo 19 DUDH: “*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*”.

⁸⁵ Artículo 12 DUDH: “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*”.

⁸⁶ Sobre el CEDH, existe múltiple bibliografía, tanto nacional, como extranjera. En tanto que a lo largo de la tesis, se harán múltiples referencias a las obras de origen español, nos vemos obligados a reseñar aquí algunas de aquellas a las que hemos podido tener acceso, de origen extranjero, y que resultan de interés. Así, en formato papel, cabe destacar, entre otras, las siguientes: GRASBENWARTER, CHRISTOPH, *European Convention on Human Rights*, Verlag C. H. Beck o HG, München, 2014; VVAA, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Oxford, 2006 y VVAA, *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press, New York, 2001. Y en formato libro electrónico, LOUCAIDES, L.G., *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*, Nijhoff Law Specials, Volume 70, Brill Academic Publishers, Boston, EEUU, 2007, ProQuest ebrary, disponible en: <http://site.ebrary.com/lib/universvaln/reader.action?docID=10270931>.

⁸⁷ Preámbulo del CEDH: “*Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, Considerando la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; Considerando que esta declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ellas enunciados (...)*

Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”.

⁸⁸ CASADEVALL MEDRANO, *El Convenio Europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, cit., pág. 31.

Empezaremos indicando que el CEDH tiene naturaleza jurídica de tratado internacional⁸⁹. Esto supone, ya de por sí, una diferencia sustantiva con la DUDH, cuya naturaleza es la de simple resolución de la Asamblea General. Así pues, formalmente al menos, nos encontramos ante un texto que sí tiene carácter obligatorio para las partes firmantes, frente a la DUDH, que carecía de fuerza jurídicamente vinculante.

Dicho carácter obligatorio viene dado, de manera genérica, por el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969⁹⁰, en virtud de la regla “*pacta sunt servanda*”, no pudiendo ser oponibles normas de carácter interno a lo dispuesto en el texto internacional. Esta regla general ha sido reconocida también por nuestro texto constitucional⁹¹, al establecer que las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas, en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. Dicho en otras palabras, el Derecho Internacional solo puede ser modificado por el propio Derecho Internacional, o de acuerdo a lo en él dispuesto.

⁸⁹ Convenio de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, publicado en *BOE* n° 142, de 13 de junio de 1980, disponible en: <http://boe.es/boe/dias/1980/06/13/pdfs/A13099-13110.pdf>

Art. 2.1: “a) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

⁹⁰ *Ibíd*em: Artículo 26. “*Pacta sunt servanda*”: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados: “1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.”

⁹¹ Art. 96.1 CE: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”

Pero, además de esta fuente genérica de la obligación del cumplimiento, debemos señalar que el propio CEDH también recoge esa fuerza obligatoria en su articulado⁹².

Los derechos que en él se reconocen principalmente entrarían dentro de lo que se conoce como derechos de primera generación, o derechos civiles y políticos. Los derechos de segunda generación, de carácter social, vienen recogidos en otro texto regional, que también nació en el seno del Consejo de Europa, como es la CSE, aprobada en Turín, el 18 de octubre de 1961, entrando en vigor, de forma general, el 26 de febrero de 1965.⁹³ En el caso de España, dicha entrada en vigor se produciría el 5 de junio de 1980. Merece destacarse que este texto, al igual que el CEDH, ha sido objeto de numerosas modificaciones y adiciones a través de los distintos protocolos y textos que se han ido adoptando con posterioridad.

Además, el CEDH, de conformidad con JUSTE RUÍZ⁹⁴, deberá ser calificado como tratado-ley y no como tratado-contrato, y ello, porque los primeros establecen un régimen normativo general, mientras que los segundos suponen una relación sinalagmática entre las partes. Ello significa, como indica CASADEVALL MEDRANO⁹⁵, que el CEDH no está sometido a la reciprocidad, es decir, los Estados no se vinculan con vista a la defensa de los intereses nacionales, sino con el objetivo de garantizar de manera colectiva, a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, los derechos que figuran consagrados.

Pero este no es un tratado más. Como dice GARCÍA ROCA:

⁹² Artículo 1 CEDH. Reconocimiento de los derechos humanos: “*Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio*”.

⁹³ BOE nº 153, de 26 de junio de 1980, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1980/06/26/pdfs/A14533-14540.pdf>

La corrección de errores está publicada en el BOE nº 192, de 11 de agosto de 1980, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1980/08/11/pdfs/A18054-18054.pdf>

⁹⁴ JUSTE RUÍZ, JOSÉ y otros, *Lecciones de Derecho internacional Público* (VVAA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 129.

⁹⁵ CASADEVALL MEDRANO, *El Convenio Europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, cit., pág. 34.

*“el Convenio Europeo de Derechos Humanos (...) vino a romper la rígida separación tradicional entre los Derechos Internacional e Interno en el terreno de los derechos humanos, precisamente al crear no solo obligaciones para los Estados sino derechos accionables para los individuos, fijar un mecanismo de tutela jurisdiccional no dependiente de los Estados parte, y pretende redactar un texto efectivamente vinculante en el que la Comisión y el Tribunal dijeran el Derecho como corresponde a toda verdadera jurisdicción”.*⁹⁶

B) Su contenido y estructura

El CEDH lo conforman un preámbulo y 59 artículos, siendo completado y enmendado, además, por dieciséis protocolos. Deseamos destacar, desde este momento, que la versión con la que trabajamos es la más actualizada, pues, como consecuencia de dichos protocolos, el texto se ha ido modificando con el transcurrir de los años.

a) El Preámbulo

El preámbulo establece cuáles son los motivos en virtud de los cuales se pretende justificar la adopción del texto internacional. Así pues, indica literalmente que:

*“Considerando la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948;
Considerando que esta declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ellas enunciados;
Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;
Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan;
Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”*

⁹⁶ GARCÍA ROCA, JAVIER, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 34 y 35.

De la lectura de este preámbulo, se pueden llegar a las siguientes conclusiones: En primer lugar, queda fijada la vinculación existente entre la DUDH y el CEDH, siendo aquella la fuente inspiradora de este; en segundo lugar, la vinculación, para sus redactores, entre conceptos que son complementarios y necesarios entre sí, como son los de Derechos Humanos, justicia, paz, y democracia; en tercer lugar, cómo, para los redactores del texto, el respeto a los Derechos Humanos era un medio que coadyuvaba en el objetivo fundamental, cual era la unión de los pueblos europeos; y, por último, la vinculación entre el respeto a los Derechos Humanos y el patrimonio común europeo de ideales y tradiciones políticas de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho.

b) El articulado

De manera genérica, podemos distinguir cuatro bloques: El primero, relativo al reconocimiento de los derechos incluidos en el CEDH (art. 1); el segundo, relativo a la enumeración de derechos (artículos 2 a 18); el tercero, relativo al TEDH (artículos 19 a 51) y cuarto, relativo a cuestiones diversas (artículos 52 a 59).

Respecto al primero, ya hemos indicado que se refiere al reconocimiento, a toda persona dependiente de la jurisdicción⁹⁷ del Estado contratante, de los derechos y

⁹⁷ BOU FRANCH y CASTILLO DAUDÍ, *Derecho internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*, cit., pág. 128: “La expresión jurisdicción, en el sentido del artículo 1 del Convenio, no se refiere exclusivamente al territorio nacional de las Partes Contratantes. En casos excepcionales, los actos de las Partes realizados fuera de su territorio o que produzcan efectos fuera del mismo (“actos extraterritoriales”) pueden significar el ejercicio por aquellas de su jurisdicción, en el sentido del artículo 1 del Convenio.

Según los principios del Derecho Internacional, una Parte Contratante puede ver comprometida su responsabilidad en el caso de que ejerza en la práctica el control de una zona situada fuera de su territorio nacional, a consecuencia de una acción militar, tanto si es conforme a Derecho, como si es contraria al mismo. La obligación de garantizar el respeto de los Derechos Humanos protegidos en el CEDH en esa zona deriva de tal control, tanto si se ejerce directamente, por medio de las fuerzas armadas del Estado de que se trate o por intermediario de una administración local subordinada.

No resulta necesario determinar caso por caso si la Parte Contratante efectivamente ejerce el control de las políticas y de los actos de las autoridades de la zona, situada fuera del territorio nacional ya que la responsabilidad de la Parte Contratante resulta de su control sobre el conjunto de la región de que se trate.

Además, la responsabilidad de un Estado también puede resultar comprometida por la violación de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH a favor de las personas que se encuentran en el territorio de otro Estado, pero que están bajo la autoridad y control de los agentes de aquel Estado, que actúan de

libertades definidos en el título I del Convenio, esto es, la fuerza jurídicamente obligatoria de este texto.

Respecto al segundo, que establece el listado de derechos reconocidos, debemos señalar, con carácter prioritario, que, de conformidad con el artículo 53 del Convenio:

“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte”.

Por tanto, como indica PASTOR PALOMAR:

“el sistema normativo del CEDH se configura como un mínimo, pues la interpretación de sus disposiciones no podrá limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos por los ordenamientos internos o por otros tratados internacionales”.⁹⁸

Deseamos traer a colación la clasificación efectuada por CASADEVALL MEDRANO⁹⁹, según la cual, los derechos se podrían clasificar en tres bloques: no derogables, derechos mínimos, y derechos restringidos.

Dentro de los inderogables, entrarían el derecho a la vida (art. 2)¹⁰⁰; la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3)¹⁰¹; la

forma legal o ilegal, en ese otro Estado... La responsabilidad en tales situaciones deriva del hecho de que el artículo 1 del CEDH no puede interpretarse en el sentido de autorizar a un Estado Parte a que cometa violaciones en el territorio de otro Estado que no puede cometer en su propio territorio”.

⁹⁸ PASTOR PALOMAR, ANTONIO, “El Sistema Europeo: el Consejo de Europa (I)”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2007, pág. 192.

⁹⁹ CASADEVALL MEDRANO, *El Convenio Europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, cit., pág. 35 y 36.

¹⁰⁰ Artículo 2 CEDH. Derecho a la vida: “1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.

b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.

c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

¹⁰¹ Artículo 3 CEDH. Prohibición de la tortura: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (art. 4, párrafo 1)¹⁰², y la obligación de respetar el principio de legalidad penal (art. 7)¹⁰³.

Serán calificados así precisamente porque el propio artículo 15.2 del Convenio, establece que dichos artículos son inderogables, incluso en caso de declaración del estado de urgencia¹⁰⁴.

También merece ser calificada como tal, la prohibición de la pena de muerte, establecida, por primera vez, por medio del Protocolo número 6 al CEDH. Así pues, en el artículo 3 de dicho Protocolo se establece la prohibición de la derogación de la abolición de la pena de muerte¹⁰⁵. No obstante, habida cuenta de que dicho Protocolo establecía la posibilidad de que un Estado pudiese prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra, se

¹⁰² Artículo 4.1 CEDH. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado: *“Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre”*.

¹⁰³ Artículo 7 CEDH. No hay pena sin ley: *“1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.*

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

¹⁰⁴ Artículo 15. Derogación en caso de estado de urgencia: *“1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.*

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación”.

¹⁰⁵ Protocolo n° 6 al CEDH: Artículo 1. Abolición de la pena de muerte: *“Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado”*.

Artículo 2. Pena de muerte en tiempo de guerra: *“Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación de que se trate”*.

Artículo 3. Prohibición de derogaciones: *“No se autorizará excepción alguna a las disposiciones del presente Protocolo invocando el artículo 15 del Convenio”*.

aprobó el protocolo n° 13, en virtud del cual, y a partir del mismo, la derogación de la pena capital ya no admitía salvedad alguna¹⁰⁶.

Dentro de los derechos mínimos se encontrarían la prohibición de trabajos forzados (art. 4, párrafo 2, con las salvedades establecidas en el párrafo 3)¹⁰⁷; el derecho a la libertad y a la seguridad, que incluye la limitación de la prisión preventiva, el derecho a ser informado de los motivos de su detención y de los cargos que haya en su contra, el procedimiento del habeas corpus y el derecho a poder percibir una indemnización en caso de detención ilegal (art. 5)¹⁰⁸; el derecho a la tutela judicial

¹⁰⁶ Protocolo n° 13 al CEDH: Artículo 1. Abolición de la pena de muerte: “*Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a dicha pena ni ejecutado*”.

Artículo 2. Prohibición de excepciones: “*No se autoriza excepción alguna a lo dispuesto en el presente Protocolo, en virtud del artículo 15 del Convenio*”.

¹⁰⁷ Artículo 4 CEDH. Prohibición del trabajo forzado: “*2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.*

3. No se considera como «trabajo forzado u obligatorio» en el sentido del presente artículo:

a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional.

b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.

c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.

d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

¹⁰⁸ Artículo 5 CEDH. Derecho a la libertad y a la seguridad: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:*

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una Sentencia dictada por un tribunal competente.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley.

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

efectiva, a un proceso equitativo y público que respete los derechos de la defensa ante un tribunal independiente e imparcial, y a obtener resolución judicial dentro de un plazo razonable (art. 6)¹⁰⁹; el derecho a contraer matrimonio y constituir una familia a partir de la edad núbil (art. 12)¹¹⁰; el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional por parte de cualquier persona que se considere víctima de la violación de algunos de los derechos y libertades consagrados en el Convenio (art. 13)¹¹¹ y el derecho a no

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”.

¹⁰⁹ Artículo 6 CEDH. Derecho a un proceso equitativo: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La Sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”.

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

¹¹⁰ Artículo 12 CEDH. Derecho a contraer matrimonio: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

¹¹¹ Artículo 13 CEDH. Derecho a un recurso efectivo: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

padecer ningún tipo de discriminación en el libre ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos (art. 14)¹¹².

Por último, merecen ser destacados, porque además forman parte de los que constituirán nuestro posterior análisis, los que configuran el bloque de los derechos restringidos. Entrarían dentro de esta categoría: el derecho al respeto de la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia (art. 8)¹¹³; el derecho a la libertad de pensamientos, de conciencia y de religión (art. 9)¹¹⁴; el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de recibir o comunicar todo tipo de informaciones o ideas (art. 10)¹¹⁵; el derecho a la libertad de reunión pacífica, de asociación y de sindicación (art.

¹¹² Artículo 14 CEDH. Prohibición de discriminación: “*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”.

¹¹³ Artículo 8 CEDH. Derecho al respeto a la vida privada y familiar: “*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*”.

¹¹⁴ Artículo 9 CEDH. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.*

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

¹¹⁵ Artículo 10 CEDH. Libertad de expresión: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*

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

11)¹¹⁶. Se deben incluir, también, el derecho a la libertad de circulación, del artículo 2 del Protocolo número 4¹¹⁷, y el derecho a la defensa en el procedimiento de expulsión de extranjeros, del artículo 1 del Protocolo número 7¹¹⁸.

Los derechos restringidos se califican así porque los artículos que los establecen contienen unas facultades de restricción y de adopción de medidas que permiten a los Estados ciertas injerencias en su libre ejercicio. Son medidas consideradas necesarias en una sociedad democrática y sometidas a determinadas condiciones de legalidad, de previsibilidad, de necesidad, y de proporcionalidad, que se pueden adoptar con vista a salvaguardar la seguridad nacional, la integridad territorial y la seguridad pública, el orden y la prevención del crimen, proteger la salud o la moral públicas, los derechos de los demás, la divulgación de informaciones confidenciales y, también, para garantizar la imparcialidad del poder judicial.

¹¹⁶ Artículo 11 CEDH. Libertad de reunión y de asociación: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar con otros sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado”.

¹¹⁷ Protocolo nº 4 al CEDH: Artículo 2. Libertad de circulación: “1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.

2. Toda persona es libre de abandonar un país cualquiera, incluso el suyo.

3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.

4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones previstas por la ley y que estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática”.

¹¹⁸ Protocolo nº 7 al CEDH: Artículo 1: “1. El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder:

a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión;

b) hacer que se examine su caso, y

c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o ante una o varias personas designadas por dicha autoridad.

2. El extranjero podrá ser expulsado antes de hacer valer los derechos que figuran en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional”.

El tercer bloque viene referido al TEDH. Habida cuenta de la magnitud de este organismo, el mismo será objeto de un análisis específico posteriormente. Sí que queremos señalar ahora que el TEDH tiene dos tipos de competencias: una consultiva¹¹⁹ y otra contenciosa, siendo que, esta última, es competente para resolver denuncias interestatales¹²⁰ e individuales.¹²¹ Todo nuestro estudio se centrará en estas últimas.

El cuarto bloque, se refiere a disposiciones diversas con las que se cierra el tratado. De las mismas, merece ser destacada la dispuesta en el art. 17, titulada como Protección de los derechos humanos reconocidos, según la cual:

“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte”.

Este artículo 17 es fundamental, porque sirve de cláusula de cierre frente a posibles abusos de derecho.

c) Los Protocolos

Por último, y respecto de los Protocolos, en primer lugar, debemos recordar que su naturaleza es la de un tratado internacional. Esto significa que, aunque tengan carácter accesorio al CEDH, que es el Tratado principal, no por ello dejan de ser

¹¹⁹ Artículo 47 CEDH. Opiniones consultivas: “1. El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos.

2. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio y sus Protocolos, ni a las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio.

3. La resolución del Comité de Ministros de solicitar una opinión al Tribunal será adoptada por voto mayoritario de los representantes que tengan el derecho de intervenir en el Comité”.

¹²⁰ Artículo 33 CEDH. Asuntos entre Estados: “Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante”.

¹²¹ Artículo 34 CEDH. Demandas individuales: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

auténticos textos internacionales que necesitan ser ratificados por los Estados, para poder tener efectos frente a ellos. Merecen dividirse en normativos y orgánicos. Los normativos conllevan una ampliación de derechos.¹²² Los orgánicos vienen a referirse a cuestiones de carácter funcional y organizacional.

3.- EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Su competencia

El Protocolo nº 11,¹²³ adoptado el 11 de mayo de 1994, da lugar al actual TEDH.¹²⁴ Conforme establece el actual artículo 19, este Tribunal, que se configura

¹²² CASADEVALL MEDRANO, *El Convenio Europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, cit., pág. 36 a 39: Protocolo nº 1 al CEDH: “Protege el derecho de propiedad y el respeto al uso de los bienes de conformidad con el interés general (art. 1); reconoce el derecho a la instrucción, la educación i la enseñanza, con el respeto a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres (art. 2) y establece el compromiso de los Estados a celebrar elecciones libres y con escrutinio secreto, a intervalos razonables y en condiciones que aseguren la libre expresión de opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo (art. 3)”.

Protocolo nº 4 al CEDH: “Se establece la prohibición de la prisión por deudas (art. 1), reconoce el derecho a la libertad de circulación y de elección del lugar de residencia dentro del territorio del Estado (art. 2), prohíbe la expulsión de un nacional del territorio del Estado del cuál es súbdito (art. 3) y las expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4)”.

Protocolo nº 6 al CEDH: “Declara la abolición de la pena de muerte y añade que nadie puede ser condenado a tal pena ni ejecutado (art. 1). Sin embargo, se incluía una excepción en aquellos casos en los que la legislación interna pueda preverla por actos cometidos en tiempos de guerra o de peligro inminente de guerra (art. 2)”.

Protocolo nº 7 al CEDH: “Concede garantías de protección judicial a los extranjeros en situación regular, dentro del territorio de un Estado, con la excepción que la expulsión se puede justificar como necesaria en interés del orden público o de la seguridad nacional (art. 1); establece el derecho a una doble instancia ante la jurisdicción penal (art. 2); el derecho a una doble instancia ante la jurisdicción penal (art. 3); plasmación del principio non bis in ídem (art. 4) y consagración de la igualdad de derechos y de responsabilidades civiles entre los cónyuges y en sus relaciones con sus hijos, durante el matrimonio y después de su disolución (art. 5)”.

Protocolo nº 12 al CEDH: “Recoge la prohibición a cualquier discriminación en el libre ejercicio de los derechos y libertades que aparecen en el Convenio, pero como derecho sustantivo autónomo. Así pues, con este protocolo, se establece un derecho propio a no ser discriminado”.

Protocolo nº 13 al CEDH: “Va un paso más allá que el protocolo número 6, estableciendo la abolición definitiva de la pena de muerte en todas las circunstancias, sin que pueda haber excepción alguna”.

¹²³ BOE nº 152, de 26 de junio de 1998, disponible en:

<http://www.boe.es/boe/dias/1998/06/26/pdfs/A21215-21221.pdf>

La corrección de errores fue publicada en el BOE nº 223, de 17 de septiembre de 1998, disponible en:

<http://www.boe.es/boe/dias/1998/09/17/pdfs/A31142-31142.pdf>

El Protocolo nº 11 entró en vigor, de forma general y para España, el 1 de noviembre de 1998.

¹²⁴ Merece ser destacada, por su exhaustividad y precisión, la monografía sobre el TEDH, tal cual quedó configurado tras el Protocolo nº 11, de QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA, *El Tribunal de Estrasburgo:*

como órgano permanente, nace con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del CEDH y sus Protocolos. De acuerdo al artículo 32 del Convenio, la competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y a la aplicación del CEDH y de sus Protocolos que le sean sometidos, con origen consultivo o contencioso, en virtud de demandas individuales, interestatales.¹²⁵

No es objeto de este trabajo analizar la composición o modo de funcionamiento del actual TEDH.¹²⁶ Sí que queremos señalar que, con carácter previo a la entrada en vigor del Protocolo número 11, el sistema de control se basaba en tres órganos: La Comisión, el Tribunal y el Comité de Ministros. Era un sistema complejo, y poco operativo, al menos, para el número de asuntos que, año tras año, se iba incrementando. De hecho, desde que se adoptó el Convenio, allá por el año 1.950, hasta la actualidad, se han aprobado distintos Protocolos orgánicos y funcionales, cuya finalidad era ir mejorando precisamente su operatividad. Precisamente, con ese objetivo, se adoptó el Protocolo número 11. No obstante, con el pasar de los años ya se ha demostrado como una reforma insuficiente. Debido al enorme número de asuntos que llegan al TEDH, que conllevaba una demora en su tratamiento, ha sido necesaria una nueva revisión, por medio de los Protocolos números 14,¹²⁷ 15 y 16 (estos dos últimos aún no están en vigor). Insistimos en que, excepto algunos aspectos del Protocolo número 14, el resto, tratándose de cuestiones puramente orgánicas y funcionales, quedan fuera del objeto de

una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

¹²⁵ Véanse los artículos 33, 34 y 47 del CEDH, ya citados.

¹²⁶ Sobre la bibliografía extranjera, relativa al TEDH, merecen destacarse las siguientes obras: en formato papel, VVAA, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, New York, 2011; y en formato libro electrónico, AROLD, NINA-LOUISA, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, Volume 29, Brill Academic Publishers, Boston, EEUU, 2007, ProQuest ebrary, disponible en: <http://site.ebrary.com/lib/universvaln/reader.action?docID=10271116>.

¹²⁷ BOE nº 130, de 28 de mayo de 2010, disponible en: <http://boe.es/boe/dias/2010/05/28/pdfs/BOE-A-2010-8504.pdf>

El Protocolo nº 14 entró en vigor, de forma general y para España, el 1 de junio de 2010.

Sobre el Protocolo nº 14, merece destacarse el artículo de QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA, “La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH”, *Revista española de Derecho Europeo*, nº 36, Navarra, 2010, pág. 489 a 519.

la presente tesis doctoral. Respecto de cuanto acabamos de señalar, debemos traer a colación lo manifestado por QUERALT JIMÉNEZ:

“Lo cierto es que el número de demandas ante Estrasburgo no deja de crecer y que el sistema europeo de garantía no da literalmente abasto. Sirvan unas cifras para ilustrar la situación que se describe: a día 30 de septiembre de 2010 la bolsa de casos pendientes de resolución ante el TEDH era de 139,000. Esta cifra no responde, en cambio, a los esfuerzos que realiza todo el personal al servicio del Tribunal para aumentar su productividad: de hecho, desde la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 al CEDH (1 de noviembre de 2008) hasta el 31 de diciembre de 2009 el Tribunal había dictado el 90% del total de las Sentencias emitidas desde que comenzara su andadura en 1959. Ahora bien, teniendo en cuenta que, por ejemplo, en 2009 se resolvieron 35460 demandas, es difícil imaginar cómo el Tribunal, con los instrumentos que cuenta actualmente, pueda hacer frente a los más de 57000 casos que también en 2009 fueron atribuidos a alguna de sus formaciones judiciales.

Ante esta situación, en el seno del Consejo de Europa se ha optado por implementar una estrategia de actuación que abarca medidas a corto, medio y largo plazo, entre las que está la nueva reforma del procedimiento introducida por el Protocolo núm. 14 al CEDH. Este nuevo instrumento persigue mejorar la productividad y la efectividad del sistema, y para ello incorpora medidas destinadas esencialmente a mejorar la fase de admisión de las demandas, a dotar de mayor celeridad a su resolución y a fortalecer el procedimiento de ejecución de Sentencias”.

B) Tres cuestiones complejas: La admisión a trámite de las demandas, la naturaleza jurídica de las Sentencias y su ejecución.

Si bien es cierto que no van a ser objeto de estudio los diferentes aspectos relativos al procedimiento ante el TEDH, sí que nos vamos a centrar en tres cuestiones complejas, cuales son los requisitos de la admisión a trámite de las demandas, cada vez más restrictivos, la naturaleza de las Sentencias y la problemática de su ejecución.

a) La admisión a trámite de las demandas

Al igual que vimos lo que le había pasado al TC, respecto al incremento desproporcionado de recursos de amparo que obligó a endurecer los requisitos de admisión, lo mismo le ha ocurrido al TEDH.

Así, de forma paralela, se puede comprender que, del mismo modo que a nivel interno se afirma que los tribunales ordinarios deben ser los encargados de garantizar

los derechos fundamentales, siendo el recurso de amparo absolutamente extraordinario y subsidiario, lo mismo cabe señalar respecto del procedimiento ante el TEDH. Así, el TEDH tendrá un papel subsidiario, respecto de la protección de los derechos reconocidos en el CEDH, los cuales deberán ser garantizados por los tribunales internos de cada Estado.¹²⁸ En principio, solo en caso de que los tribunales internos hayan fallado en su protección, se podrá acudir al TEDH.

Los requisitos de admisión de cualquier demanda contra un Estado parte del CEDH, ante el TEDH, vienen recogidos en el artículo 35, que en su versión posterior a la modificación sufrida por el Protocolo nº 14, son los siguientes:

1º) Haber agotado los recursos internos.¹²⁹

2º) Que la demanda se interponga en un plazo máximo de seis meses desde la fecha de la resolución interna definitiva.¹³⁰

3º) La demanda no debe ser anónima.

¹²⁸ Mediante el artículo 1 del Protocolo nº 15 (que aún no ha entrado en vigor), se incorpora al Preámbulo del CEDH el párrafo que leeremos a continuación, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf

“Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention”

Traducción: Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad principal de asegurar los derechos y las libertades definidos en este Convenio y en sus Protocolos, y que, al hacerlo, disfrutan de un margen de apreciación nacional, sujeto a la jurisdicción supervisora del TEDH establecido por este Convenio.

¹²⁹ En nuestro caso, haber interpuesto recurso de amparo y que el mismo, o haya sido inadmitido o haya sido desestimado en Sentencia, o nos encontremos ante una Sentencia definitiva.

¹³⁰ Mediante el artículo 4 del Protocolo nº 15 (que aún no ha entrado en vigor), ese plazo se rebaja a cuatro meses. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf

“In Article 35, paragraph 1 of the Convention, the words “within a period of six months” shall be replaced by the words “within a period of four months”.

Traducción: En el artículo 35, párrafo primero, del CEDH, las palabras “en un plazo de seis meses” deben ser reemplazadas por las palabras “en un plazo de cuatro meses”.

4º) Que la demanda no sea esencialmente la misma que otra ya examinada anteriormente por el TEDH o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos.

5º) Que la demanda no sea incompatible con las disposiciones del CEDH o de sus protocolos.

6º) Que la demanda no esté manifiestamente mal fundada, ni sea abusiva.

7º) Que el demandante haya sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el CEDH y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un tribunal nacional.¹³¹ Es este requisito, el que ha sido incorporado por el Protocolo nº 14.

De todos los requisitos, el último es el más criticable, pues es el resultado de una voluntad política clara de los Estados miembros del Consejo de Europa de restringir el acceso de sus ciudadanos al TEDH. La expresión “*perjuicio importante*” supone una indeterminación que conlleva la introducción innecesaria de otro elemento más de inseguridad jurídica. Así pues, no existen elementos objetivos que nos puedan hacer pensar qué se entiende por “*perjuicio importante*”, siendo la práctica jurisprudencial la que determinará qué debe entenderse por tal. No obstante, y siendo este otro concepto jurídico indeterminado, nos tememos que pueda ser objeto de una interpretación

¹³¹ El artículo 5 del Protocolo nº 15 elimina la frase: “y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un tribunal nacional”.

“In Article 35, paragraph 3, sub-paragraph b of the Convention, the words “and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal” shall be deleted.”

Traducción: En el artículo 35, párrafo tercero, subpárrafo b del CEDH, las palabras “y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un tribunal nacional” deben ser eliminadas.

Como podemos comprobar, parece que los Estados miembros, desde la aprobación del protocolo nº 14, están realmente interesados en dificultar el acceso de los ciudadanos al TEDH, imponiendo restricciones absolutamente peregrinas.

excesivamente subjetiva, con el quebranto en la igualdad y en la seguridad jurídica que ello supone.

b) La naturaleza de las Sentencias

Con carácter previo al estudio de la propia ejecución de las Sentencias del TEDH, tenemos que conocer cuál es la naturaleza jurídica de las mismas.¹³²

Como acertadamente señala NIÑO ESTÉBANEZ, “*las Sentencias del TEDH son declarativas, pues se limitan a declarar si se ha producido o no una violación del Convenio –en contraposición a ejecutivas-; e igualmente son obligatorias y generan efecto de cosa juzgada y efecto de cosa interpretada*”.¹³³

Que sean declarativas significa que el TEDH se limitará a declarar si el Estado demandado ha vulnerado o no el CEDH.¹³⁴ En este sentido, la Sentencia tendrá carácter de cosa juzgada entre las partes.

¹³² Sobre la cuestión de la eficacia de las Sentencias del TEDH, merecen destacarse los artículos de TORRALBA MENDIOLA, ELISA, “Sobre la eficacia en España de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 21, Madrid, 2007, pág. 313 a 319, y RIPOL CARULLA, SANTIAGO, “La recepción de los actos normativos del Consejo de Europa y de las sentencias del TEDH en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 28, Civitas, Navarra, 2008, pág. 475 a 495. En todo caso, este tema ha sido objeto de estudio por parte de los diferentes autores que se han tenido en cuenta para la presente tesis doctoral. Así, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, “La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH”, cit., pág. 487 a 519; de la misma autora, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, cit., pág. 218 a 251 y siguientes; CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, JOSÉ ANTONIO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos*, cit., pág. 63 a 72; IRURZUN MONTORO, “La ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una aproximación a la práctica española”, en *El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europeo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 131 a 160.

¹³³ NIÑO ESTÉBANEZ, ROBERTO, *La ejecución en España de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Fe d’erratas, Madrid, 2014.

¹³⁴ Especialmente contundente reafirmando este carácter simplemente declarativo y no ejecutivo de las Sentencias del TEDH, se muestra PASTOR PALOMAR, “El Sistema Europeo: el Consejo de Europa (I)”, cit., pág. 208 y 209: “*El carácter declarativo y no ejecutivo de las Sentencias del TEDH se deriva de la propia naturaleza del órgano que las dicta. En efecto, como reiteraron en numerosísimas ocasiones Comisión y Tribunal, los órganos del CEDH no son una cuarta instancia de apelación, de casación o de revisión de las decisiones de las autoridades judiciales internas pues, en cambio, su competencia radica en la interpretación y aplicación del CEDH cuando resuelven una demanda presentada contra uno o*

Que las Sentencias sean obligatorias supone que el Estado se compromete a cumplir fielmente con las mismas. El artículo 46.1 CEDH no deja lugar a dudas: *“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las Sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”*. Consecuentemente, cuando el TEDH constate la violación de un derecho recogido en el CEDH, el Estado deberá remediarla.

Dicho remedio pasará, como indica NIÑO ESTÉBANEZ, por la *“restitutio in integrum”*, la cual supondrá:

“para el Estado demandado, en primer lugar, poner fin a la violación, si esta siguiera generando efectos; en segundo lugar, en la medida de lo posible, debe restablecer a la víctima en la situación originaria y, en su caso, compensarla por los daños sufridos; y en tercer lugar, evitar que el ilícito convencional se repita”.¹³⁵

El artículo 41¹³⁶ prevé que, en caso de ser imposible reponer a la víctima en la situación originaria, el Tribunal pueda conceder a la víctima una satisfacción equitativa. Por la misma se puede entender una suma de dinero, que puede comprender los daños materiales y morales y/o una compensación económica en concepto de gastos y costas procesales. Pero también se puede entender, por tal, la propia Sentencia que constata dicha conculcación.

Por último, las Sentencias del TEDH tienen efecto de cosa interpretada. Esta es la consecuencia más importante. El autor anteriormente mencionado lo define como *“aquel atributo de las Sentencias del Tribunal Europeo consistente, dentro de su peculiar sistema de case-law, en su carácter vinculante en cuanto a la interpretación*

varios Estados partes. En esta línea el TEDH determinará la responsabilidad internacional del Estado y no la autoridad a la que es imputable la violación del CEDH. El carácter no ejecutivo de las Sentencias se manifiesta, igualmente, en que aquellas no podrán declarar nula una norma de derecho interno, ni anular un acto administrativo que se estimen contrarios al CEDH. En suma, las Sentencias solo declararán si ha habido o no una violación del CEDH y, en su caso, concederán su satisfacción equitativa”.

¹³⁵ NIÑO ESTÉBANEZ, *La ejecución en España de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., pág. 39.

¹³⁶ Art. 41 CEDH: *“Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”*.

del Convenio que las sustenta".¹³⁷ Como indica GARCÍA ROCA, el efecto de la cosa interpretada, "*posee una innegable eficacia pro futuro y erga omnes*".¹³⁸ En el fondo, es la consecuencia de la atribución al TEDH de la función interpretativa auténtica y definitiva del CEDH. Consecuentemente, cuando el TEDH dicta una Sentencia, la interpretación del derecho concreto dada en la misma será aplicable, en principio, a todas las situaciones similares, se den donde se den. Con ello, se conseguirá un auténtico orden público europeo,¹³⁹ con una armonización en la interpretación de los derechos.

La única salvedad que podría hacerse es el ya mencionado "*margen de apreciación nacional*", el cual supone que la interpretación de los derechos pueda depender del lugar en que se ejerciten. Es decir, que el contenido y alcance de los derechos pueda ser diferente, según la latitud en la que nos encontremos. Así, se parte de la idea de que el Estado, en virtud del principio de subsidiariedad, será el que esté en mejor disposición para interpretar los derechos, conforme a su realidad social.

Respecto a este "*margen de apreciación nacional*", consecuencia directa del principio de subsidiariedad, se dan, fundamentalmente, dos posturas doctrinales:¹⁴⁰

La primera postura, favorable a dicho margen, entiende que, con el mismo, se respeta el pluralismo jurídico y la diversidad cultural de los diferentes pueblos cuyos Estados son Partes del CEDH.¹⁴¹

¹³⁷ NIÑO ESTÉBANEZ, *La ejecución en España de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., pág. 48.

¹³⁸ GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, cit., pág. 82.

¹³⁹ Conforme señala NIÑO ESTÉBANEZ, *La ejecución en España de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., pág. 48: "*este efecto de cosa interpretada constituye, por consiguiente, un elemento del (...) acervo convencional, eso es, del conjunto de obligaciones derivadas del Convenio que se asumen con su ratificación por parte de cada Estado, que incluye así no solo los preceptos del Convenio, sino también la interpretación de los mismos realizada por el Tribunal*".

¹⁴⁰ GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, cit., pág. 118 a 131, recoge las distintas posturas al respecto.

La segunda, es profundamente crítica con el margen de apreciación nacional porque, y no le falta razón, supone permitir “*rehusar un juicio de fondo de la decisión revisada, y (...) se convierte en un sustitutivo de un análisis judicial coherente, o en una abdicación de la responsabilidad de la Corte, para enjuiciar casos complejos y sensibles en provecho de los alegatos del Gobierno demandado*”.¹⁴²

Por consiguiente, aun cuando la finalidad del margen de apreciación nacional pueda ser loable, lo bien cierto es que, en la práctica, se puede convertir en una excusa perfecta para no entrar a valorar una situación que pueda resultar conflictiva. Además, admitir que el alcance y contenido de los derechos (que se determinan con su interpretación) dependa del lugar en que se ejerzan, supone una auténtica quiebra de los principios de igualdad y de seguridad jurídica, amén de contrariar una de las finalidades básicas del Consejo de Europa, cual es la integración de los pueblos a través de la armonización de los Derechos Humanos,¹⁴³ creando así un orden público europeo. Discrepa de esta concepción del orden público europeo, CARRILLO SALCEDO, para el cual, no cabe confundir la existencia de un orden público europeo de los derechos humanos con un Derecho común europeo de los derechos humanos, y ello porque hay factores de fragmentación y de relativismo que no se pueden ignorar:

“El sistema europeo de protección de los derechos humanos, en efecto, ha sido creado mediante tratados, esto es, a través de acuerdos de voluntades entre Estados, con lo que el papel del consentimiento de los Estados soberanos va a condicionar, en un triple plano, el alcance de este sistema objetivo de obligaciones jurídicas: en primer lugar, por el hecho de que si bien todos los Estados miembros del Consejo de Europa están vinculados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no todos los Estados parte están obligados, en cambio, por los distintos Protocolos adicionales normativos que han ampliado la lista de derechos y

¹⁴¹ *Ibíd.*, pág. 122 y 123: “La tremenda diversidad de los 47 Estados y más de 800 Millones de personas y de potenciales justiciables que habitan desde el Atlántico en Lisboa hasta el Pacífico a la altura de Vladivostok o del mar de Bering. Hay un largo viaje desde la costa oeste a la este que transcurre por un amplísimo colectivo de personas, nacionalidades culturales y políticas, y ordenamientos estatales que integran el casi inabarcable ámbito personal y territorial de la jurisdicción del TEDH”.

¹⁴² GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, cit., pág. 120.

¹⁴³ Preámbulo de la CEDH: “Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”

libertades reconocidos; en segundo lugar, porque en el momento de firmar el Convenio o alguno de sus Protocolos adicionales normativos, o de depositar sus instrumentos de ratificación, los Estados pueden formular reservas y declaraciones interpretativas que excluyen o interpretan de modo subjetivo, las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados parte; en tercer lugar, por último, las disposiciones del Convenio y de los Protocolos normativos que permiten limitar el ámbito de aplicación territorial de sus disposiciones.

*Todos estos supuestos constituyen innegables manifestaciones de relativismo y de fragmentación que no es posible ignorar”.*¹⁴⁴

c) La ejecución de Sentencias

Si el TEDH tiene como competencia la aplicación e interpretación de los derechos reconocidos en el CEDH y en sus Protocolos, a través de sus Sentencias, el Comité de Ministros será el órgano principal encargado de velar por su ejecución, de conformidad con el artículo 46 CEDH¹⁴⁵. Cabe mencionar que este artículo ha sido modificado por el Protocolo nº 14, que pretende reforzar el papel del Comité en esa función de velar por el cumplimiento de la ejecución, incorporando como partícipe, además, en dicha función, al TEDH.

¹⁴⁴ CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos*, cit., pág. 32 a 37.

¹⁴⁵ Artículo 46 CEDH. Fuerza obligatoria y ejecución de las Sentencias: “1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las Sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

2. La Sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.

3. Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una Sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha Sentencia, podrá remitir el asunto al Tribunal con objeto de que este se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de remisión al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité.

4. Si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una Sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, remitir al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1.

5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto.”

El hecho de que la naturaleza de las Sentencias del TEDH sea meramente declarativa, no ejecutiva, y no tengan eficacia directa,¹⁴⁶ no obsta para que las mismas sigan siendo obligatorias para el Estado condenado, es decir, que deben cumplirse fielmente las mismas. Como ya hemos visto, su cumplimiento, conlleva remediar la situación que ha dado lugar a la condena, procediendo, en todo caso, a la *restitutio in integrum* de la víctima.

Así pues, esta *restitutio* debería conllevar tres tipos de medidas:

1ª) Poner fin a la violación, si esta siguiera generando efectos;

2ª) Debe restablecer a la víctima en la situación originaria y, en su caso, compensarla por los daños sufridos;

3ª) Evitar que el ilícito convencional se repita.

Y utilizamos el condicional, porque lo bien cierto es que, como reconoce NIÑO ESTÉBANEZ:

“ni el Convenio Europeo ni sus Protocolos establecen un sistema homogéneo y común para los Estados miembros sobre la forma concreta en que han de cumplir internamente las Sentencias del Tribunal Europeo (...) Para dar efectivo cumplimiento a las Sentencias del Tribunal Europeo, los Estados parte gozan de un

¹⁴⁶ NIÑO ESTÉBANEZ, ROBERTO, *La ejecución en España de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., pág. 80: “Como norma internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos hubo de ser ratificado por el Estado español, y lo fue de acuerdo con el artículo 94 CE, que prevé que el Estado pueda prestar su consentimiento para obligarse por medio de Tratados Internacionales, en ciertos supuestos previa autorización de las Cortes Generales. No fue ratificado, por tanto, por la vía del artículo 93 CE, que permite, mediante Ley Orgánica autorizar a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Es decir, que en virtud de la Convención de Roma no se ha cedido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos facultades inherentes a la potestad jurisdiccional del Estado, que en plenitud y exclusividad ejercen los Jueces y Magistrados, integrantes del Poder Judicial, a quienes compete, y solo a ellos, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Es por este motivo por el que, en definitiva, el Tribunal Europeo carece de potestad jurisdiccional con eficacia directa en nuestro ordenamiento jurídico interno”.

No obstante, lo bien cierto es que, conforme la redacción dada al artículo 46 CEDH, tras la reforma operada por el Protocolo nº 11, los Estados se comprometen a acatar las Sentencias definitivas, lo que supone, de facto y de iure, reconocer dicha potestad jurisdiccional al TEDH. Lo contrario supondría quebrantar dos principios básicos en el Derecho Internacional, recogidos en el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “*pacta sunt servanda*” y buena fe.

*amplio margen de apreciación a la hora de elegir las medidas que deben adoptar, pues los fundadores del sistema europeo optaron, voluntaria y decididamente por no dotar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de instrumentos formalmente coercitivos (...) El Convenio Europeo ni siquiera exige a los Estados miembros que establezcan en sus ordenamientos internos mecanismos de ejecución directa, lo que plantea un problema práctico”.*¹⁴⁷

De lo que acabamos de exponer, podemos concluir que el TEDH tan solo tiene la potestad de juzgar, pero no de hacer ejecutar lo juzgado, y que tampoco se ha establecido un mecanismo obligatorio de ejecución directa y de carácter interno, homologado en todos los Estados miembros, para que la víctima pueda solicitar dicha ejecución. Es decir, que nos podemos encontrar con una Sentencia en la que, efectivamente se reconozca que el Estado ha conculcado un derecho reconocido en el CEDH, sin existir, a la vez, un mecanismo de ejecución directa, dependiendo de cada Estado cómo se lleva a cabo la misma. De todos los defectos que se puedan atribuir al CEDH, este es el más grave, pues hace responsable de dar efectividad a la Sentencia al mismo Estado que ha sido condenado por ello, dejándole, además, libertad de criterio en cuanto a las medidas a adoptar.

Si la *restitutio in integrum* pretende, entre otros, restablecer a la víctima en la situación originaria, es decir, “*en la situación jurídica y material que existiría si el ilícito convencional no se hubiese cometido*”,¹⁴⁸ es evidente que se deberá articular un instrumento jurídico interno que permita a la víctima solicitar la revisión de la Sentencia objeto de amparo europeo en caso de incumplimiento por parte del Estado condenado.

Tal era la falta de voluntad de algunos Estados en reponer a la víctima en la situación anterior a la vulneración del derecho fundamental, que obligó al Comité de Ministros a adoptar la Recomendación número R (2000) 2, sobre la revisión o

¹⁴⁷ NIÑO ESTÉBANEZ, ROBERTO, *La ejecución en España de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., pág. 51 y 52.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pág. 58.

reapertura de algunos casos a nivel nacional tras las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁴⁹

Dicho texto realiza las siguientes recomendaciones:

En primer lugar, invita a las Partes Contratantes a que garanticen la existencia, a nivel nacional, de las vías adecuadas para lograr, en la medida de lo posible, la *restitutio in integrum*.

En segundo lugar, alienta a las Partes Contratantes a examinar sus sistemas jurídicos nacionales con el fin de que garanticen que existen posibilidades adecuadas de revisión del caso, incluyendo la reapertura de las actuaciones, en aquellos supuestos en que el TEDH haya encontrado una violación del CEDH, especialmente si:

El perjudicado sigue sufriendo graves consecuencias negativas como causa de los resultados de la decisión nacional en cuestión, que no se remedió adecuadamente por la satisfacción equitativa y no pueda ser rectificadas, excepto por un nuevo examen o reapertura del procedimiento.

La Sentencia del TEDH permite concluir que la decisión interna impugnada es, en cuanto al fondo, contraria a la Convención, o la violación constatada se basa en errores o deficiencias procesales de tal gravedad, que resultaría dudoso pensar que se habría alcanzado el mismo resultado.

España sigue sin dotarse de una norma interna que facilite dicha *restitutio in integrum* a quien haya sido víctima de una violación de un derecho recogido en el CEDH. Ello ha obligado a la jurisdicción interna a intentar dar una solución, ante la falta de voluntad del legislador. A pesar de los diferentes vaivenes interpretativos

¹⁴⁹ Recomendación número R (2000) 2, del Comité de Ministros, sobre la revisión o reapertura de algunos casos a nivel nacional tras las Sentencias del TEDH. Adoptada por el Comité de Ministros el 19 de junio de 2000, en la 649ª reunión de los Representantes de los Ministros, disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

previos,¹⁵⁰ desde el 21 de octubre de 2014, contamos con un Acuerdo aprobado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (TS), por el que se

¹⁵⁰ En fecha de 16 de diciembre, el Pleno del TC dictó la Sentencia 245/1991, por la que se reconoció la necesidad de dar solución a aquellas situaciones en las que el TEDH ha condenado a España por vulneración de un derecho reconocido en el Convenio. Así, entiende que, ante tal supuesto, y dado que una conculcación de un derecho que tiene su equivalente en la CE, en el fondo supone, en virtud del art. 10.2 CE, una violación del derecho constitucional, se debe de conceder el amparo para poder remediar tal situación.

STC (Pleno) núm. 245/1991, de 16 diciembre de 1991. RTC\1991\245: F. Dº. 2º. *“El que el Convenio Europeo, como instrumento internacional, no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico la fuerza ejecutoria directa de las decisiones del TEDH ni tampoco a introducir reformas legales que permitan la revisión judicial de las Sentencias firmes a consecuencia de la declaración por el Tribunal de la violación de un derecho de los reconocidos por el Convenio, que es a la conclusión a la que llega nuestro Tribunal Supremo, y que en este proceso defiende el Ministerio Fiscal, no significa que en el plano de nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio, ni que sea conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento, por medio de la denegación de nulidad y la anulación de la suspensión de las condenas dictadas cautelarmente por la Audiencia Nacional, de una situación que puede implicar lesión actual de derechos fundamentales de los recurrentes”.*

F. Dº. 3º. *“En efecto, que el Convenio Europeo no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico interno la fuerza ejecutoria directa de las Sentencias del TEDH no implica la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el Convenio. Ha de tenerse en cuenta que el Convenio no solo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 de la C.E., sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la C.E., deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 C.E.), entre los que ocupa un especial papel el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado. De ello se sigue que, declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno. Por tanto ha de valorarse, en el plano de nuestro Derecho interno, si existen medidas para poder corregir y reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental, en especial cuando se trata de la violación del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 C.E., que sigue siendo actual y por ello no puede ser reparada por su equivalente económico.*

(...) El derecho a un proceso con todas las garantías, al igual que los demás derechos fundamentales, ha de ser interpretado de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 C.E.), entre los que ocupa un especial papel el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del que el TEDH realiza la interpretación y cuyas decisiones son obligatorias para nuestro Estado. De este modo, la declaración de la violación del art. 6.1 del Convenio Europeo declarada por el TEDH, implica el hecho de la existencia y el mantenimiento de una condena penal impuesta con violación del derecho reconocido en el art. 24.2 C.E., y, además, al tratarse de una pérdida de libertad impuesta sin la observancia de los requisitos formales exigidos por la Ley, resulta también lesivo del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 C.E.”.

F. Dº. 4º. *“De la Sentencia declarativa del TEDH cuyo carácter obligatorio es incuestionable, ha de deducirse, como efecto indirecto de la misma una infracción del art. 24.2 C.E. Desde la perspectiva de*

reconoce el recurso de revisión, que se regula en el artículo 954 de la Ley de

esta demanda de amparo el problema no consiste pues en la falta de ejecutoriedad de aquella Sentencia sino en la obligación de los poderes públicos -y en lo que aquí interesa en la obligación de este Tribunal Constitucional al que nada que afecte a los derechos fundamentales le es extraño (...) de tutelar y reparar satisfactoriamente una lesión de un derecho fundamental que sigue siendo actual. Es esta una obligación que pesa sobre todos los poderes públicos, conforme a su respectivo ámbito de competencia, porque la Constitución obliga a todos ellos a su cumplimiento, y también porque el Estado democrático de Derecho sufriría irremisiblemente si hubiera de consentirse la perpetuación de una situación declarada contraria a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, sin posibilidad alguna de ser reparada satisfactoriamente por equivalente, pues no es suficiente, desde el punto de vista constitucional, una indemnización compensatoria, como la que prevé el art. 50 del Convenio Europeo, en una situación como la presente en la que está en juego la libertad personal de los afectados y por ello también el derecho reconocido en el art. 17.1 C.E”.

F. Dº. 5º. *“Comprobada la permanencia de una infracción actual del art. 24.2 C.E. (que implica al mismo tiempo la violación del art. 17.1 C.E.), corresponde a este Tribunal, en la medida en que los actores no han obtenido una reparación adecuada de la infracción de aquel derecho, declarar la alegada infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y corregir y reparar la violación del derecho fundamental, teniendo en cuenta las características de la condena.*

Como venía a constatar nuestra STC 185/1990 (fundamento jurídico 4.º) el recurso de amparo es «en la actualidad el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que haya recaído Sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no esté previsto remedio procesal ante los Tribunales ordinarios».

Para coordinar adecuadamente la tutela del derecho reconocido en el Convenio y la tutela del derecho fundamental reconocida en la Constitución, el Poder Legislativo debería establecer cauces procesales adecuados a través de los cuales sea posible articular, ante los órganos del Poder Judicial, la eficacia de las resoluciones del TEDH en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, se haya declarado la infracción de derechos fundamentales en la imposición de una condena penal que se encuentra aún en trámite de ejecución. En tanto que tales reformas no se establezcan, este Tribunal no puede sustraerse de conocer la alegada infracción del derecho a un proceso justo con todas las garantías, dado que se trata de un derecho fundamental protegible en amparo, y la vulneración del derecho fundamental solo es susceptible de reparación efectiva mediante la pérdida de efectos de la decisión judicial condenatoria de origen”.

F. Dº. 6º. *“Dado que lo que se remedian son vicios esenciales del procedimiento, quebrantamientos de forma, lo que corresponde pues, como este Tribunal viene haciendo en supuestos similares de defectos sustanciales en el procedimiento, y es la práctica común de nuestra jurisdicción penal, es reponer los autos al estado y momento en que se encontraban cuando se cometieron las faltas de la que derivó la infracción constitucional y la consecuente invalidez del proceso, esto es al momento del inicio de las sesiones del juicio oral, pues en su transcurso fue donde se produjeron las consiguientes infracciones”.*

Para NIÑO ESTÉBANEZ, La ejecución en España de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cit., pág. 102 y 103, la anterior Sentencia puede ser considerada como una excepción, pues las que vinieron a continuación, mostraron una menor sensibilidad por esta cuestión, apoyando su negativa a respaldar la tesis de los recurrentes, en multitud de argumentos, todos ellos de carácter puramente formal, pues con los mismos, en realidad, se consolida la situación de vulneración del derecho recogido en el CEDH. Así, entre las principales razones, se ha entendido que el TC no es una instancia subordinada al TEDH, y no está obligado a dar cumplimiento a sus Sentencias, pues ni tienen efecto directo anulatorio interno, ni ejecutoriedad a cargo de los Tribunales españoles, ya que las Sentencias del TEDH tienen simple efecto declarativo y, además, se producen en un plano jurídico distinto, el internacional, no siendo, en ningún caso, el TEDH una cuarta instancia de revisión de Sentencias.

Así, concluye NIÑO ESTÉBANEZ que “Se ha puesto de manifiesto la imposibilidad de reabrir el proceso judicial interno que había concluido por resolución judicial firme con autoridad de cosa juzgada”.

Enjuiciamiento Criminal (LECRIM),¹⁵¹ como el instrumento válido para dar efectividad a las Sentencias dictadas por el TEDH, en tanto no exista en el Ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal.¹⁵²

Esta es una interpretación a la que se ve abocado el TS, por la falta de voluntad política del legislador de articular un instrumento, *ex profeso*, de ejecución interna de las Sentencias del TEDH. Y decimos esto porque si leemos atentamente el artículo 954.4 LECIM, veremos que una Sentencia condenatoria del TEDH no está entre los requisitos que pueden dar lugar a dicho recurso de revisión. Así, literalmente se indica que habrá lugar a dicho recurso “*Cuando después de la Sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado*”. Por tanto, la decisión del Pleno de la Sala lo Penal del TS es técnicamente cuestionable, en primer lugar, porque supone una interpretación muy forzada del artículo 954.4 LECRIM, y en segundo, porque, *de facto*, invade una competencia que constitucionalmente no le corresponde, la de legislar. Si las Cortes hubiesen querido que una Sentencia condenatoria del TEDH fuese una causa que abriese la vía del recurso de revisión, así lo habrían previsto. Además, como el Acuerdo lo adopta la Sala de lo Penal, cabe preguntarnos qué pasa cuando las conculcaciones de derechos del CEDH tengan origen en otros órdenes, como el civil, el social o el contencioso-administrativo.

¹⁵¹ Artículo 954 LECRIM: “*Habrà lugar al recurso de revisión contra las Sentencias firmes en los casos siguientes: 4º. Cuando después de la Sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado.*”

¹⁵² Acuerdo de 21 octubre 2014, del TS (Sala de lo Penal). JUR 2014\284506: “*Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de octubre de dos mil catorce.*

ÚNICO PUNTO: La viabilidad del Recurso de Revisión como vía procesal para dar cumplimiento a las resoluciones del TEDH en el que se haya declarado una vulneración de derechos fundamentales que afecten a la inocencia de la persona concernida.

ACUERDO: En tanto no exista en el ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las Sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 LECRIM cumple este cometido.”

Terminaremos, por tanto, denunciando la falta de voluntad del legislador de reglar un procedimiento específico para ejecutar las Sentencias del TEDH, y darles así efectividad real. Y es que, como dice acertadamente IRURZUN MONTORO:

*“ejecutar las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo no es solo una exigencia del debido cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España, ni un elemento más que contribuya a evitar el colapso del sistema de protección del Convenio, es en último término una ratificación de compromiso de nuestro país con el respeto a los derechos humanos, también cuando las resoluciones del Tribunal sean criticables técnicamente o no se compartan”.*¹⁵³

¹⁵³ IRURZUN MONTORO, “La ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una aproximación a la práctica española”, en *El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europeo*, cit., pág. 159.

III.- UNA APROXIMACIÓN DOCTRINAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y AL DERECHO AL HONOR

I.- INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente capítulo vamos a acercarnos a los conceptos de libertad de expresión y derecho al honor, y, sobre todo, a su configuración doctrinal. Ya advertimos que no se trata de un desarrollo de todos y cada uno de los aspectos de estos derechos, puesto que ello es analizado en el estudio que se hace de la jurisprudencia del TEDH, sino de un acercamiento doctrinal¹⁵⁴ a dichos conceptos, que nos servirá de ayuda para comprender mejor el sentido de las Sentencias del TEDH.

II.- LAS NOTAS COMUNES A AMBOS DERECHOS

Ya hemos visto que ambos derechos vienen reconocidos en la mayoría de tratados internacionales sobre derechos humanos. Por tanto, podemos decir, sin ambages, que ambos pueden ser calificados como tal. Además, a nivel constitucional ambos derechos vienen reconocidos al mismo nivel, como derechos fundamentales, con las consecuencias que de ello se derivan.

Pero además, ambos derechos son calificables como derechos de la personalidad. Esta calificación responde a la doctrina civilista, a diferencia de las anteriores, que tienen una inspiración iuspublicista, incluso filosófico-jurídica. Así, DÍEZ PICAZO los califica como:

¹⁵⁴ Insistimos en que no se trata de una aproximación jurisprudencial interna, pues no es este el objeto del presente trabajo, existiendo ya multitud de magníficas monografías que estudian estos derechos, en los que se desgranar magistralmente todas las Sentencias de los tribunales españoles dictadas hasta la fecha. En este capítulo tan solo se desean sentar las bases conceptuales, para que luego resulte más comprensible el estudio de la jurisprudencia del TEDH.

*“un conjunto más bien heterogéneo de derechos subjetivos (...) que se caracterizan negativamente por su naturaleza no patrimonial, y positivamente, por proteger determinados atributos de la personalidad misma (...) Se trata de derechos absolutos o erga omnes, cuya infracción ha de repararse por vía de la indemnización”.*¹⁵⁵

De la definición anterior, llegamos al siguiente punto fundamental: los bienes de la personalidad. Según BUSTOS PUECHE, con este nombre estamos haciendo referencia a:

*“aquellos bienes más personales e íntimos de la persona, cuyo goce y disfrute le aseguran el desarrollo integral de sí misma y satisfacen sus necesidades primeras y fundamentales (...) Son del todo indispensables para el desenvolvimiento personal y social de aquella, sin cuyo disfrute y goce no es posible vivir en condiciones mínimamente tolerables”.*¹⁵⁶

Por tanto, con los derechos de la personalidad el ordenamiento jurídico nos estaría dotando de unos instrumentos para proteger dichos bienes de la personalidad. Naturalmente, para ser un instrumento útil a su finalidad, estos derechos de la personalidad deberán ser calificados como derechos subjetivos, esto es, como una potestad reconocida al sujeto, por el ordenamiento jurídico, para que pueda defenderse frente a los posibles ataques a sus bienes de la personalidad.

En cuanto a las características de estos derechos de la personalidad,¹⁵⁷ serían las siguientes:

Son innatos e inherentes al ser humano,¹⁵⁸ es decir, se goza de su titularidad por el mero hecho de ser persona, y se adquieren desde el mismo momento del nacimiento.

¹⁵⁵ DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 33 y 34.

¹⁵⁶ BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 19 y 20.

¹⁵⁷ Merecen ser destacados los análisis de las características de los derechos de la personalidad que realizan GARCÍA RUBIO y BUSTOS PUECHE:

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, “Los derechos de la personalidad” en *Tratado de Derecho de la persona física, Tomo II* (Coord. Judith Solé Resina y Dir. M^a del Carmen Gete Alonso y Calera), Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013, pág. 614 a 624.

BUSTOS PUECHE, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, cit., 41 a 44.

¹⁵⁸ BUSTOS PUECHE, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, cit., pág. 41 y 42, entiende que la doctrina mayoritaria, al reconocer ese carácter innato a los derechos de la personalidad, comete un

Son inalienables e irrenunciables, dado que no cabe transferencia de los mismos en favor de ninguna otra persona, ni tampoco renunciar a ellos. No cabe confundir la falta de ejercicio de los mismos con su renuncia. En tanto que derechos subjetivos, se ejercerán por su titular cuando lo crea conveniente.

Son imprescriptibles, dado que el no ejercicio no conlleva su prescripción. En cualquier momento, podrá ejercerlos.

Son derechos personalísimos,¹⁵⁹ pudiéndose ejercer, *prima facie*, solo por su titular.¹⁶⁰

Y, por último, son derechos extrapatrimoniales, habida cuenta que los bienes de la personalidad están fuera del tráfico jurídico, como también lo está la persona misma titular de dichos bienes.¹⁶¹

Respecto de las características propias de estos derechos de la personalidad, recogidas, en general, por la doctrina, cabe señalar que algunas, como hemos visto, han sido matizadas, pero en lo esencial, son válidas. En cualquier caso, tampoco podemos obviar que se trata de una calificación puramente doctrinal, que, tanto la legislación, como la jurisprudencia, han superado, pues la mayoría de los derechos calificables

error bien intencionado, al confundir el derecho de la personalidad con el bien de la personalidad. Así pues, indica que *“Estas formulaciones, muy bien intencionadas, comunes en la doctrina, incurren en el error de confundir bienes con derechos de la personalidad. Ocurre aquí a la doctrina lo mismo que cuando se trata de analizar la naturaleza jurídica de la personalidad: al confundir persona con personalidad no supera la vieja polémica iusnaturalista-positivista. Pues bien, tanto la personalidad jurídica cuanto los derechos subjetivos –sean o no de la personalidad- son cualidades jurídicas, creaciones, por tanto, del Ordenamiento o del Estado: hay personalidad o derechos subjetivos cuando lo dice el Estado, porque no puede ser de otra manera. Lo que es natural, originario o innato es la persona o los bienes de la personalidad”*.

¹⁵⁹ Para BUSTOS PUECHE, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, cit., pág. 42 y 43, el hecho que sean personalísimos significa que son individuales (solo son tributarios de la persona natural), privados (pertenecen al individuo en cuanto tal) y absolutos (son oponibles frente a terceros, tanto personas físicas y jurídicas, como también Poderes Públicos).

¹⁶⁰ Mención aparte merecería la situación de los menores o los incapacitados.

¹⁶¹ Para GARCÍA RUBIO, “Los derechos de la personalidad”, cit., pág. 616, tanto el carácter extrapatrimonial, como el indisponible (o inalienable) merecen alguna observación. Así, *“nadie puede negar sensatamente el acusado incremento del valor económico de algunos derechos de la personalidad como la imagen, la intimidad, el nombre o la voz, sobre todo, si se asocian a personas con un perfil público, lo que paralelamente incrementa notablemente la posibilidad de comercialización”*.

como de la personalidad, son también derechos fundamentales. Consecuentemente, gozan de la protección más cualificada que otorga el ordenamiento jurídico, sin necesidad de ninguna otra conceptualización.

Así mismo, también es fácilmente comprobable como muchas de las características que aquí hemos citado, son compartidas con las de los derechos humanos (y, por extensión, también con los derechos fundamentales), puesto que, en todo caso, la razón de ser de todos ellos es la misma: el respeto a la dignidad del ser humano.

Llegados a este punto, debemos saber si los derechos objeto del presente trabajo entrarían dentro de esta categoría. Así, el derecho al honor ha sido calificado, por toda la doctrina, como el ejemplo paradigmático de derecho de la personalidad. El bien jurídico protegido, el honor, en ocasiones, se equipara directamente a la dignidad del ser humano, y en otras ocasiones, se le reconoce como una manifestación de la misma. Pero, y esto es lo más interesante, también el derecho a la libertad de expresión comienza a tener acogida como derecho de la personalidad. Así lo recoge GARCÍA RUBIO, para quien, *“queda englobado en la categoría el derecho a la libertad en sus múltiples manifestaciones concretas (ideológica y religiosa, de expresión, de información, de movimientos...)”*.¹⁶² Lo bien cierto es que si repasamos las características que la doctrina ha venido reconociendo tradicionalmente a los derechos de la personalidad, entendemos que la libertad de expresión/derecho a la información pueda ser perfectamente calificada de tal.

De todo lo dicho hasta aquí, podemos concluir que, ni todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales (o derechos humanos), ni todos los derechos fundamentales (o derechos humanos) son derechos de la personalidad.¹⁶³ Sí que habrá un grupo mayoritario en que coincidan las dos categorizaciones, pero no en todos ellos. En todo caso, los derechos aquí estudiados, honor y libertad de expresión, sí que reúnen

¹⁶² GARCÍA RUBIO, “Los derechos de la personalidad”, cit., pág. 610.

¹⁶³ Así, por ejemplo, el derecho al nombre sí que formaría parte de estos derechos de la personalidad, pero no sería un derecho fundamental, y a la inversa, el derecho de petición sería un derecho fundamental, pero no sería un derecho de la personalidad.

las tres categorías: Son derechos humanos, son derechos fundamentales y son derechos de la personalidad.

III.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en calificar la libertad de expresión como un derecho de carácter subjetivo y, también, como garantía institucional de una opinión pública libre.

1.- UN DERECHO SUBJETIVO

Debemos empezar, para ser lo más precisos posible, por distinguir entre libertad de expresión y libertad de información. A pesar de que la libertad de expresión (en sentido amplio) incluye a la libertad de información, lo bien cierto es que el objeto de una y la otra son diferentes. Así pues, la libertad de información incluye un doble derecho: del emisor, a transmitir información veraz, y del receptor a recibir información veraz y plural.¹⁶⁴ La libertad de expresión incluye un doble derecho: del emisor, a transmitir ideas, opiniones, juicios de valor, y del receptor, a recibirlas. También se incluyen, como formas de la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de creación artística o científica, la libertad de expresión comercial, la libertad de expresión profesional, el discurso simbólico, la libertad de creación de medios de comunicación, o

¹⁶⁴ SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIOS, *Delimitación de las libertades informativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Esta autora distingue entre el derecho a ser informados en el ámbito puramente personal, del político. Así pues, indica que *“el derecho a ser informados se tiene personalmente, respecto de todo aquello que nos afecte y ante lo que podemos esgrimir un interés legítimo en conocer (datos informáticos personales, expediente administrativo, acusación, etc.) y políticamente (como colectivo y también como miembros de la comunidad política) de todo cuanto afecte a la convivencia política”* (pág. 85). A nosotros solo nos va a interesar este último, para el desarrollo del trabajo.

Así mismo, esta autora también hace una reflexión interesante sobre lo complejo, jurídicamente, que puede resultar, la reclamación judicial de este derecho a la información veraz emitida por los medios de comunicación de masas. Así, *“en su faceta pública (...) es un derecho de toda la colectividad y de cada uno de sus miembros, pero un derecho difícilmente invocable o difícilmente exigible de forma autónoma. Todos los miembros de la colectividad son titulares del derecho a la información; pero pese a ello, no era fácil instrumentar, jurídicamente, la vía por la que cada uno de nosotros podríamos recurrir en amparo, constitucional u ordinario, alegando ante el juez que se hubiese omitido información importante, o que la información que se nos hubiese facilitado fuese errónea”* (pág. 87).

la llamada libertad de antena. De lo dicho hasta el momento, podemos concluir que el derecho a emitir y el derecho a recibir representarían las dos fases del acto comunicacional. Existe el derecho a expresarme porque otro tiene derecho a escucharme.

Tanto la libertad de información, como la libertad de expresión, son libertades negativas y positivas. En primer lugar, son negativas, puesto que garantizan que el Estado no podrá interferir en el acto comunicacional. Esto se ve claramente en la prohibición de la censura. Por tanto, no podrá ni impedir mi derecho a emitir, ni el derecho de los demás a recibir aquello que yo comunico. La concepción negativa tiene su raigambre en el liberalismo ideológico, como posteriormente comprobaremos.

Pero, además, es una libertad en sentido positivo, esto es, el Estado tiene la obligación de remover todas aquellas circunstancias que, *de facto*, o jurídicamente, impiden o dificultan el ejercicio de tales derechos. Este segundo aspecto es muy importante, puesto que ahora el Estado no solo ha de abstenerse de entrometerse en el acto comunicacional, sino que, además, ha de llevar a cabo una acción en positivo, para garantizar que estos derechos pueden ser real y efectivamente ejercidos, y no se conviertan en meras ilusiones jurídicas.

A) Relación con otros derechos

Ahora comprobaremos cómo la libertad de expresión se encuentra en la base misma de muchos otros derechos.

Solo recibiendo información veraz y plural (amén de opiniones, ideas y juicios de valor), uno podrá formar su propia conciencia sobre cualquier tema de la *res* pública que le pueda incumbir. Es más, solo cuando haya podido conformar libremente su conciencia (su propio pensamiento), podrá incluso, adoptar una posición ideológica frente a la cuestión en concreto. Y como ya tendrá el conocimiento que le ha aportado la información que ha recibido, ello le permitirá poder manifestar públicamente su

posición. Y así es como se cierra el círculo entre todos estos derechos de carácter fundamental, íntimamente ligados entre sí, y que tienen una fundamentación común, cual es la libertad: de conciencia (o pensamiento), ideológica, de expresión, de manifestación, de reunión, y de participación. Ni la libertad de conciencia, ni la ideológica, se pueden entender sin el derecho a recibir libremente información plural, ni las libertades de manifestación, reunión o participación se pueden entender, sin la libertad de expresión.

En apoyo de lo que acabamos de manifestar, merece ser destacado cómo conceptualiza cada uno de estos derechos a los que nos acabamos de referir, el profesor MARTÍNEZ SOSPEDRA.¹⁶⁵

Para este autor, la libertad de pensamiento supone:

“la posibilidad de escoger o elaborar, por sí mismo, las respuestas que cada cual considera acertadas a todas las preguntas que le plantea su vida personal y social, de adaptar a tales respuestas su comportamiento y de comunicar a los demás lo que considera cierto.

*Su reconocimiento tiene una doble faceta: de un lado, una faceta individual, consistente en el reconocimiento de la autonomía personal en orden a elaborar o aceptar las propuestas ideológicas que considere acertadas; del otro, una faceta colectiva: el reconocimiento mismo implica la prohibición de que el Estado asuma como propia una concepción sistemática, ideología o pensamiento global acerca del hombre, del mundo y de la vida”.*¹⁶⁶

Así pues, por su propia naturaleza, *“la libertad de pensamiento es presupuesto de las libertades de expresión e información. Se trata de una prioridad lógica, dimanante de la naturaleza de las cosas, y no de una relación jerárquica entre aquella y estas”.*¹⁶⁷

Respecto a la libertad ideológica, manifiesta este autor que:

“comprende, en primer lugar, la facultad de adoptar la propia visión del hombre y del mundo; en segundo lugar, la de enjuiciar la realidad desde la perspectiva de esa

¹⁶⁵ MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL, *Libertades públicas*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1993.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pág. 131.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pág. 132.

*visión; en tercer lugar, la facultad de obrar con arreglo a dichas ideas y de no sufrir por dicha causa injerencia alguna de parte de los poderes públicos, ni diferencia de trato por parte de estos y basada precisamente en la propia convicción”.*¹⁶⁸

Por último, refiriéndose a los derechos de participación, indica que:

*“El derecho lo es a la participación, bien sea directamente, bien mediante representantes electos por sufragio universal, no se reduce pues al sufragio activo y pasivo, aunque los comprenda, sino a tomar parte en aquellas acciones colectivas que se refieran a los asuntos públicos. (...) La participación, en cuanto contenido del derecho, admite una doble interpretación, cabría una lectura expansiva, que entendiera como objeto del mismo todo tipo de actos ordenados a condicionar la acción o influir en la formación de la voluntad de los poderes públicos, en cuyo caso comprendería como especificaciones a determinadas modalidades del derecho de asociación y al ejercicio de los derechos de petición, reunión y manifestación, e incluso las libertades de palabra. Pero admite también una interpretación estricta (...) que, sin desconocer las virtualidades participativas del ejercicio de otros derechos fundamentales, refiere el presente a la participación en los procesos de formación de la voluntad de los poderes e instituciones públicas”.*¹⁶⁹

El autor citado es más partidario, en todo caso, de esta segunda interpretación, por ser más precisa.

Podemos concluir, por tanto, que nos encontramos ante una serie de derechos que se encuentran íntimamente ligados entre sí, y que no se podrían entender los unos sin los otros, siendo los mismos la manifestación más auténtica de la personalidad en el ordenamiento jurídico.

2.- LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE

DÍEZ PICAZO señala, al respecto del término garantía institucional, que:

“se trata de un concepto jurídico de elaboración predominantemente profesoral, aunque luego ha sido adoptado por la jurisprudencia constitucional (...) La idea subyacente es, básicamente, que la Constitución vincula al legislador también en aquellos supuestos en que (...) contempla instituciones públicas o privadas (...) Las garantías institucionales obligan al legislador a respetar la existencia de la

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ *Ibíd.*, pág. 322 y 323.

*institución que se trate. Ello supone, ante todo, que la institución es indisponible para el legislador”.*¹⁷⁰

En nuestro caso, la libertad de expresión, además de ser un derecho fundamental subjetivo, es una garantía institucional de la opinión pública libre, única garantía del pluralismo político, sostén de una democracia representativa. Como recoge LLAMAZARES CALZADILLA, “*la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones, así como la difusión de las mismas y de las noticias relativas a los asuntos públicos, son premisas necesarias para la formación de la opinión pública*”.¹⁷¹

El que la libertad de expresión tenga naturaleza jurídica de garantía institucional ha supuesto que, tanto la doctrina como la jurisprudencia le otorguen, en el ámbito de los derechos fundamentales, el carácter de libertad preferente. No significa ello que jerárquicamente se sitúe en una posición superior, pero sí que deberá ser tenida muy en cuenta su naturaleza, en caso de conflicto con cualquier otro derecho, pues aquella se encuentra en la esencia misma del sistema democrático.

Como señala MARTÍNEZ SOSPEDRA:

“la característica de la posición preferente radica en la mayor importancia de determinadas libertades y derechos en el conjunto del sistema de derechos fundamentales (...) Esa mayor importancia se fundamenta en la mayor presencia de los valores constitucionales en tales derechos, lo que acarrea su mayor fundamentalidad, en su superior capacidad configuradora del orden político de la comunidad constitucionalmente prescrito. Si determinados derechos gozan de una mayor pretensión de validez se debe a que su importancia en la definición del orden de la comunidad es mayor que la de otros, a que su capacidad de configurar el “orden público” indisponible y vinculante para ciudadanos y poderes públicos es mayor. De ello se sigue:

Primero. La presunción de la exclusión de antijuricidad del ejercicio (...) de los derechos que gozan de esa posición preferente. El ejercicio de tales derechos se conceptúa, en principio, como justificado y, por tanto, plenamente conforme a Derecho. En consecuencia, el recto ejercicio de los mismos no puede ser antijurídico, y por ende, no puede generar responsabilidad administrativa, civil o penal. La afirmación de la ilicitud del ejercicio del derecho debe ser probada, y no podrá serlo fuera de los casos en los que dicho ejercicio sea desviante.

(...) Tercero. La preponderancia en el “balancing”. En caso de concurso entre derechos fundamentales, la posición de los derechos dotados de mayor validez es

¹⁷⁰ DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., Pág. 52.

¹⁷¹ LLAMAZARES CALZADILLA, M^a CRUZ, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 44.

más fuerte que la de los demás, y, en consecuencia, en igualdad de intereses en conflicto, la decisión debe inclinarse, la ponderación de tales intereses debe hacerse, en favor del derecho preferente.

Cuarto. Lo que en buena lógica exige que, para prevalecer los intereses no protegidos por el derecho preferente, los mismos deben tener una presencia más intensa, una posición preponderante en el conflicto de derechos planteado. Los derechos no preferentes solo pueden prevalecer en la ponderación de intereses en el caso de que la presencia de los derechos preferentes sea secundaria, periférica o marginal al conflicto mismo”.¹⁷²

Ahora bien, dicho carácter preferente se les reconoce exclusivamente a aquellos actos comunicativos que sirven para la formación de una opinión pública libre. Esto significa (como veremos más adelante), que dicho privilegio solo podrá ser alegado cuando nos encontremos ante temas de interés público (o general), pues solo estos pueden servir para la formación de la opinión pública libre. Como acertadamente indica PLAZA PENADÉS:

“en el caso de conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, prevalecerán estos últimos sobre aquel si el contenido de la información o divulgación tienen “interés general” para la sociedad, puesto que, en tal caso, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información cumple una función esencial en todo Estado democrático: la formación (libre y plural) de la opinión pública. Faltando esa circunstancia o condición (el interés general de la información), el ejercicio de la libertad de expresión pierde su carácter prevalente y privilegiado y, en consecuencia, las personas afectadas por la información no tienen por qué soportar intromisiones ilegítimas en su honor”.¹⁷³

Esta no es una cuestión menor, puesto que ello conlleva dejar sin efecto ese carácter privilegiado al ejercicio de la libertad de expresión llevado a cabo por la prensa rosa o amarilla, puesto que, en modo alguno, la información con la que mercadean puede ser considerada de “interés público”. Ya adelantamos que no puede, ni debe, confundirse este concepto, “interés público”, con el “interés del público”, el cual puede responder al simple interés de un sector de la población por las vidas privadas ajenas o por el simple morbo. Ni un tipo de prensa, ni la otra, puede considerarse que sirvan para la formación de la opinión pública, sino más bien, justo lo contrario. Sirven para su deformación. Este es el motivo por el que se puede entender que el concepto “relevancia

¹⁷² MARTÍNEZ SOSPEDRA, *Libertades públicas*, cit., pág. 66 a 68.

¹⁷³ PLAZA PENADÉS, JAVIER, *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 22.

pública” sea más adecuado que el de “interés público”, puesto que el primero resulta más objetivable que el segundo. De hecho, junto al término “relevancia pública”, también encontramos, en ocasiones, el concepto “hecho noticiable”. No obstante, se utilizan todos indistintamente.

Además, como también indica PLAZA PENADÉS, *“no es suficiente la existencia del interés general en el contenido de la divulgación para poder sostener la prevalencia del derecho a la libertad de expresión (e información) sobre el derecho al honor. Será necesario, además, que ambos derechos se ejerciten dentro de sus límites intrínsecos”*.¹⁷⁴ Estos límites intrínsecos son los siguientes: en el caso de la libertad de información, el límite será la veracidad (puesto que se refiere a hechos); y en el caso de la libertad de expresión (que se refiere a ideas, opiniones o juicios de valor), la manifestación de expresiones injuriosas o vejatorias, pues las mismas resultan innecesarias para la formación de una opinión pública libre. En ambos casos, el acto comunicativo debe referirse a personajes públicos, o con notoriedad pública.

Por tanto, para seguir manteniendo ese estatuto prevalente, es necesario que la información que se transmita sea veraz, y que las opiniones que se viertan no sean inequívocamente injuriosas o vejatorias, pues la libertad de expresión no puede amparar un pretendido derecho al insulto. MOLINER NAVARRO amplía este último límite también a la libertad de información.¹⁷⁵ Ello porque, *“los insultos no aportan nada en el plano de la información ni el de la expresión y, por tanto, deben ser descartados del lenguaje habitual y de determinadas prácticas periodísticas o de comunicación, hoy muy extendidas, que suponen una flagrante vulneración del honor”*.¹⁷⁶

¹⁷⁴ *Ibídem.*

¹⁷⁵ MOLINER NAVARRO, ROSA, “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información”, en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen* (coord. José Ramón De Verda y Beamonte), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 52: *“La prohibición del insulto afecta tanto al tratamiento de la información como a la manifestación de opiniones y críticas”*.

¹⁷⁶ *Ibídem.*

Aun cuando compartimos el fondo de esta reflexión, entendemos que el insulto, en tanto que calificación, supone la emisión de una opinión o un juicio de valor y, por tanto, nos resulta más sencillo de imaginar que ello sea encuadrable dentro del objeto de la libertad de expresión, que de la libertad de información.

Compartimos también, con esta autora,¹⁷⁷ lo complejo que resulta determinar, en determinados casos límites, cuándo nos encontramos ante una crítica, dura e hiriente, y cuándo, ante una expresión injuriosa. De hecho, la jurisprudencia se ve abocada a analizar todas las circunstancias que se dan en cada caso concreto, puesto que una expresión, aisladamente vejatoria, puede dejar de serlo, si se pone en relación con aquello que se está comunicando, así como con el contexto en que se produce.

En conclusión, se reconocerá esa “posición preferente” a la libertad de expresión (e información) siempre que la misma se refiera a un tema de interés público (o general), a un personaje público o con notoriedad pública, y que la información sea veraz, con ausencia de manifestaciones injuriosas o vejatorias. Si no se dan esos requisitos, no cabe hablar de posición preferente, y, por tanto, no gozará de los privilegios irrogados por la misma, en caso de conflicto con cualquier otro derecho fundamental.

A) Análisis histórico

Para comprender por qué la libertad de expresión ha sido configurada como una garantía institucional del sistema democrático, tenemos que acudir, necesariamente, a los orígenes y a la evolución de la libertad de expresión, y más en concreto, de la libertad de imprenta (y prensa) y la libertad en el discurso parlamentario. Al fin y al cabo, para comprender la realidad jurídica actual, debemos conocer sus antecedentes, que son los que la explican.

¹⁷⁷ *Ibídem*: “Aunque tampoco resulta fácil establecer lo que deba considerarse insulto o expresión vejatoria. La jurisprudencia ha ido delimitando la cuestión en cada caso concreto y atendiendo a criterios diversos”.

En este epígrafe vamos a seguir, fundamentalmente, a quienes han sido los dos mayores tratadistas de la historia de la libertad de expresión, cuales son los profesores ANSUÁTEGUI ROIG¹⁷⁸ y MUÑOZ MACHADO,¹⁷⁹ que, sin desmerecer al resto de autores que también nos han ilustrado, cabe destacarlos por la excelsa labor de compilación documental llevada a cabo para la redacción de sus obras.

Empezaremos citando a ANSUÁTEGUI ROIG, para el cual, acertadamente, “*el conocimiento y comprensión de la historia de los derechos ayuda a entender los valores que ellos materializan y su sentido actual*”.¹⁸⁰ Si ello es evidente respecto de cualquier derecho, lo es aún más en el caso de la libertad de expresión, pues solo entendiendo de dónde viene, cómo surge este derecho, podremos entender la importancia mayúscula que le otorga la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Estados Unidos (EEUU), como del TEDH. Como indica el mismo autor, esta libertad:

“es considerada como un tronco común del que parten determinadas y concretas libertades, como las de palabra, imprenta o prensa, pudiéndose hablar en el siglo XX, también de libertad de información. Todas estas libertades serían concreciones de un enunciado genérico, y vendrían determinadas por los canales, sobre todo, de naturaleza técnica, empleados para llevar a cabo un efectivo ejercicio de la libertad de expresión. Son manifestaciones de una necesidad vital del individuo y de un requisito ineludible del sistema democrático”.¹⁸¹

En el mismo sentido, y remarcando la vital importancia de este derecho, señala SÁNCHEZ GONZÁLEZ, que:

“la libertad de expresión es la piedra de toque de un régimen político, de todo régimen político. Su existencia o ausencia, sus límites legales, su uso en forma de libertad de información, su abuso, su entendimiento, su regulación, su alcance, su interpretación por los ciudadanos, por los medios de comunicación, por la clase política y por el gobierno, sus pretendidas bases teóricas, revelan cada uno de ellos y todos globalmente considerados, la naturaleza más o menos liberal, más o menos democrática, de la estructura del poder vigente, en una sociedad en un momento determinado. El grado de libertad de expresión, las fluctuaciones de la misma, nos indican igualmente el estadio del progreso social alcanzado y las perspectivas – si

¹⁷⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO JAVIER, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el BOE, Madrid, 1994.

¹⁷⁹ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Los itinerarios de la libertad de la palabra*, Discurso leído el día 26 de mayo de 2013, en su recepción pública en la Real Academia Española Madrid, 2013.

¹⁸⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., pág. 24.

¹⁸¹ *Ibidem*, pág. 25.

es que existen – de cambio político. Las manifestaciones de la libertad de expresión sirven, además, de pauta para averiguar el sistema de valores vigente o predominante (...)

La historia de la humanidad puede describirse como una historia de la represión de la expresión. Desde instancias religiosas primero, políticas después y sociales, ahora y siempre, la libertad de expresarse, de comunicar ideas, pensamientos, y experiencias, se ha visto con desconfianza y temor y se ha procurado restringir bajo los pretextos más extraños y peregrinos (...)

*La importancia de la libertad de expresión es tal que, durante siglos, se ha impedido expresarse a extranjeros, mujeres, esclavos y siervos y, de otro modo, a analfabetos y ágrafos. El control y la dirección de los gobernados era mucho más fácil sin crítica, sin oposición manifiesta y sin la posibilidad de conocer si tal crítica existía. Todos los regímenes políticos de concentración de poder, despóticos, tiránicos, absolutistas, totalitarios, se han distinguido, en particular, por su horror ante la diferencia, la diversidad, la tolerancia o, en terminología actual, el pluralismo. Incluso en las democracias occidentales se sigue observando con recelo cualquier forma de expresión “comunicativa” o “simbólica”, porque no encaja en los moldes usuales o institucionalizados para los que el poder político ya tiene previstos mecanismos de “adaptación”. De ahí que no se les considere como materializaciones de la libertad de expresión, sino como conductas que deben evitarse, reducirse y sancionarse”.*¹⁸²

Habiendo quedado claro, por tanto, la mayúscula importancia de la libertad de expresión, vamos a centrar el estudio en los diferentes episodios y personajes que han sido fundamentales en el nacimiento y consolidación de la misma.¹⁸³

Así pues, tres países son fundamentales en esta cuestión, Inglaterra, EEUU, y Francia. El modelo de reconocimiento de derechos fundamentales inglés es totalmente distinto al norteamericano o al francés. Así pues, mientras estos últimos, que nacen en procesos revolucionarios, buscan su fundamento en el iusnaturalismo racionalista y en el pensamiento ilustrado,¹⁸⁴ aquel es absolutamente pragmático, siendo que cada

¹⁸² SÁNCHEZ GONZÁLEZ, SANTIAGO, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 14 a 16.

¹⁸³ Es obvio que con los nombres y episodios históricos que aquí se citan, no se agota el estudio de la historia de la libertad de expresión, pero tampoco este es un trabajo que se centre en ello. Simplemente hemos querido destacar aquellos personajes y acontecimientos que han sido, a nuestro parecer, especialmente relevantes en la afirmación y defensa de esta libertad.

¹⁸⁴ ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit.: “*La Iglesia va a ser el gran enemigo de la Ilustración. Las ideas de dogma, superstición, privilegio, son los objetivos de la filosofía ilustrada; constituyen los más importantes elementos a derribar en la tarea de la conquista de la libertad y en la autoafirmación del individuo*” (Pág. 293).

“*Frente a la presión de la religión tradicional y, más matizadamente, frente a las estructuras sociales que impiden su desarrollo pleno e independiente, levanta el individuo ilustrado su voz crítica. La libertad de crítica y la libertad de expresión van a ser los grandes baluartes en manos del proyecto ilustrado para llevar a cabo su labor de reforma. La actividad del individuo se lleva a cabo guiada por el dictamen de*

reconocimiento de derechos responde, en realidad, a un conflicto previo, sin más consideraciones.¹⁸⁵

El primer país en el que hubo manifestaciones claras a favor de esa libertad de expresión fue Inglaterra. Tres son los textos fundamentales en la historia del constitucionalismo inglés, la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos de 1628 y la Declaración de Derechos de 1689. Pues bien, de estos tres textos, solo en la tercera se hace alguna manifestación al respecto de la libertad de expresión, siendo que la recoge exclusivamente referida a los debates habidos en el Parlamento.¹⁸⁶ Así pues, en su artículo noveno se declara “*que la libertad de palabra y los debates y procedimientos en el Parlamento no deben impedirse o indagarse en ningún tribunal o lugar fuera del Parlamento*”. No es una cuestión menor, habida cuenta que este es el origen de la posterior inviolabilidad parlamentaria, es decir, que los miembros del Parlamento están exentos de total responsabilidad por sus opiniones vertidas en su calidad de representantes, no pudiendo, por tanto, ser procesados por ello. Es lógico, si entendemos que las decisiones de las Asambleas vienen precedidas de debates, a veces muy agrios, que deben ser ejercidos en libertad. No es posible, por tanto, la utilización del procesamiento por las opiniones vertidas, ni por los votos emitidos. Ello resultaría un método coactivo, pues, de ser así, se desnaturalizaría la razón de ser del Parlamento. No obstante, merece ser destacado que ya antes había habido algunos pronunciamientos a favor de la libertad de expresión de los parlamentarios, pero jamás, de un modo tan claro y palmario, como con la Declaración de Derechos de 1689.¹⁸⁷

la razón. Frente a explicaciones supranaturales o basadas en perjuicios no sometidos a una evaluación racional, la razón se presenta como la gran herramienta intelectual, susceptible de uso por parte de todos los ciudadanos. Esta herramienta solo opera en la comunidad a través de su libre exposición y desarrollo, con lo cual, volvemos a recalcar la importancia que tiene la libertad de expresión en el proyecto ilustrado” (Pág. 300).

¹⁸⁵ ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., pág. 226 y 227.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pág. 233.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pág. 236 a 238: “*Tradicionalmente, la libertad de expresión y debate había sido, junto con la prohibición del arresto por las opiniones vertidas en las Cámaras, uno de los privilegios reclamados por el Parlamento frente a la Corona. La historia de la pugna entre el Parlamento y la Corona es, en buena parte, la de los sucesivos intentos de, principalmente, los Comunes, para tratar y debatir lo que*

La llegada de la imprenta a Inglaterra supuso otro episodio fundamental en la historia de la libertad de expresión, habida cuenta del poderoso instrumento ante el que nos encontramos, para la transmisión de las opiniones de los librepensadores, por medio de los libros o de la prensa. Tal fue así, que, desde el primer momento se impuso la censura previa. De hecho, el siglo XVII se caracteriza por la implantación de diferentes normativas que tenían un objetivo claro: el control de todo lo que se pudiera leer.¹⁸⁸

quisieran, sin que el monarca pudiera decretar como reservada ninguna cuestión, y sin que pudieran ser arrestados por las opiniones emitidas.

La exigencia de reconocimiento de dicho privilegio es muy anterior al Bill of Rights de 1689 (...) En 1376, el speaker Peter de la Mare fue encarcelado por Eduardo III debido a ciertas opiniones expuestas en el Parlamento, En 1397, Thomas Haxey fue condenado a muerte por presentar al Parlamento un documento en el que se atacaba duramente a Ricardo II. A la muerte de este, en 1399, la Sentencia fue anulada, a petición de la Cámara de los Comunes, como contraria a sus libertades tradicionales. También en 1453, el también speaker Thomas Thorpe fue encarcelado por expresar sus opiniones, contrarias al duque de York, en la Cámara.

Sin embargo, es a raíz del caso Strode (1512), cuando hay un primer reconocimiento formal de esta libertad del Parlamento. Como consecuencia del encarcelamiento de Strode, por proponer la adopción de una declaración que reconociera los derechos de los mineros, el Parlamento declaró reglamentariamente la libertad de debate y la nulidad de las acciones, pasadas o futuras, contra los miembros del Parlamento por las ideas contenidas en sus discursos. Posteriormente, en 1629, a raíz de otros encarcelamientos (los de J. Eliot, Holles y Valentine), y, sobretudo, en 1667, se reconoció, por parte del Parlamento que el documento formalizado con ocasión del asunto Strode tenía un valor general y declarativo (esto es, obligaba en todas las circunstancias) de los antiguos y necesarios derechos y privilegios del Parlamento.

Junto al caso Strode, existen otros casos que jalonan la conquista del debate en el Parlamento. El encarcelamiento de Peter Wentworth en la Torre de Londres en 1587 por defender la capacidad del Parlamento para discutir temas relacionados con la reforma religiosa, y los incidentes de 1621, entre Jacobo I y la Cámara de los Comunes, que terminaron con la disolución de esta, no han de ser olvidados. En 1621, el Rey intentó limitar la libertad de debate en el Parlamento (...) Frente al intento real, la Cámara aprobó el 18 de diciembre de 1621 una protesta (...) El Parlamento se resistía a ser privado de su derecho a criticar al gobierno y a hacer oír su voz efectivamente.

Por último, hay que aludir al arresto de un miembro de la Cámara de los lores (lord Kimbolton) y de cinco integrantes de la de los Comunes (Denzil Holles, Arthur Haslerigg, John Pym, John Hampden y William Strode) en 1641 acusados de alta traición y de atentado contra las leyes fundamentales y el gobierno de Inglaterra. Dicha acusación provocó una declaración de los Comunes declarando la violación de sus privilegios y libertades tradicionales, entre las que se incluía también la libertad frente a arrestos como consecuencia de actos parlamentarios”.

MUÑOZ MACHADO, *Los itinerarios de la libertad de la palabra*, cit., pág. 79, cita a Tomás Moro, que fue speaker en el Parlamento, como el promotor del primer reconocimiento de esta libertad de expresión parlamentaria, reconocida por Enrique VIII: “*La de hablar, la libertad de discurso, se planteó, en primer lugar, como una libertad parlamentaria que debía proteger a los miembros de las cámaras de cualquier responsabilidad por las opiniones vertidas en los debates. Tomás Moro, siendo speaker de la Cámara de los Comunes, planteó en 1521 al Rey Enrique VIII una petición en este sentido, que ha sido considerada el primer documento en el que es reconocida la libertad de discusión*”.

¹⁸⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit.: “*Como punto inicial de referencia, podemos fijar el “Decree of Star – Chamber Concerning Printing” emitido por la Cámara*

Estrellada el 11 de julio de 1637. Si bien en los países en los que la Inquisición tenía implementación la labor de persecución y represión de los productos de la imprenta era llevada a cabo por los tribunales del Santo Oficio, en Inglaterra semejante actividad era llevada a cabo por la Cámara Estrellada, cuya disolución definitiva sería decretada el 5 de julio de 1641. Dicho órgano, fácticamente dominado por los obispos, a las órdenes del arzobispo Laud, ejerció una censura muy severa y restrictiva (...) El sistema de represión censora que se prevé en este decreto va dirigido contra los escritos (...) peligrosos para la religión, la Iglesia o el gobierno. Para imponer efectivamente la prohibición de tales obras se establecen penas corporales y de prisión para sus autores y colaboradores de estos, junto a la inscripción obligatoria en el libro de Registro de la Compañía de Libreros ("Company of Stationers")" (pág. 239 y 240).

"La Ordenanza de 14 de junio de 1643 constituye una actualización del Decreto de 11 de julio de 1637 (...)

Dicha norma tiene dos finalidades principales: por una parte, está pensada para la "regulación de la imprenta y supresión de los grandes y recientes abusos y frecuentes desórdenes derivados de la impresión de numerosos panfletos escandalosos, sediciosos, calumniosos y no autorizados, para gran difamación de la religión y del gobierno; por otra parte, autoriza a los responsables de la compañía de libreros a efectuar "diligentes registros, incautaciones y secuestros de todos los libros que encuentren impresos o reimpresos por alguien ilícitamente.

La situación que se denuncia es la de proliferación de escritos impresos atentatorios contra la religión y el gobierno. Por otra parte, muchas personas, cuya actividad debía estar sometida al control de la Compañía de libreros, actuaban libremente y sin su supervisión. Proliferan las imprentas particulares, las publicaciones y ventas no inspeccionadas por la Compañía.

Para intentar atajar este estado de cosas, se establece que todos los libros, panfletos y documentos han de ser aprobados por las personas designadas para ello, y, además, inscritos en el libro de la Compañía, en el que ha de figurar el nombre del impresor. La Compañía monopoliza la impresión de determinados libros, a no ser que se cuente con su licencia y consentimiento. Del mismo modo, se prohíben las importaciones de libros e impresos a Inglaterra. También se autoriza a determinadas autoridades a intervenir y destruir todos los libros y documentos que no dispongan de las licencias correspondientes; se pueden registrar las imprentas, almacenes, librerías, etc., que se consideren sospechosas de albergar obras no permitidas y no registradas, al tiempo que se permite destruir las imprentas y materiales utilizados de impresión. Se prevé la detención de autores, impresores y otros implicados, así como la posibilidad de imponerles determinadas penas.

Así pues, la orden instaura un sistema de censura previa que guarda ciertas semejanzas con el ya analizado decreto de la Cámara Estrellada de 1637. Se establece, en todo caso un control previo de la publicación encaminado a lograr una vigilancia efectiva del tráfico de ideas, tanto desde el punto de vista del soporte material de las mismas, como desde el de su contenido (...)

Pero las cotas más altas de persecución de la libertad de imprenta se alcanzan con la "Licensing Act" de 1662, que constituye una actualización de las anteriores normas sobre la imprenta, con una potenciación y endurecimiento de los mecanismos censores. En la norma se establecía la prohibición genérica de imprimir, publicar e importar libros, documentos y panfletos contrarios a la fe, a la doctrina y disciplina de la Iglesia de Inglaterra y al Gobierno de la Commonwealth. Se configura un sistema de autorización previa (...) como en regulaciones anteriores. Se obliga a depositar copias de las impresiones y reimpressiones, con todas sus variaciones, en los Registros de los órganos censores, de tal modo que se asegure a estos la posibilidad de controlar y perseguir las posibles enmiendas o modificaciones producidas en los escritos a sus espaldas. Lo referido a las importaciones y el tráfico de libros y documentos también está estrictamente regulado hasta el extremo, por ejemplo, de no permitir abrir embalajes en los que se transportan libros, si no es en presencia de personas autorizadas por la "Company of Stationers", y de limitar el número y localización de las librerías. Se establece la necesidad de premisos para instalar imprentas (...) y la prohibición de que los impresores tengan más de dos máquinas cada uno, y más de dos trabajadores o aprendices. Las autoridades pueden registrar aquellos establecimientos en los que se sospeche que se imprime o encuaderna ilegalmente, examinando las otras

El primer personaje histórico que tenemos que citar, en la lucha contra la censura y a favor de la libertad de expresión fue JOHN MILTON. Este autor, es conocido, por ser un apologeta de la libertad.¹⁸⁹ Sentará las bases doctrinales sobre las que se irá desarrollando el concepto de libertad de expresión, como fundamento de la democracia liberal.¹⁹⁰ Su obra paradigmática fue *Aeropagítica*.¹⁹¹ Esta obra, aparecida en 1644, sin licencia de impresión y sin haber sido previamente registrada, supone el alegato más contundente contra la censura.

La idea principal, en la obra de MILTON, es que el libre intercambio de ideas y opiniones es un requisito ineludible del progreso del conocimiento y del alcance de la verdad. Ello requiere que dichas ideas puedan fluir libremente, sin ningún tipo de cortapisas. Así, el ser humano, en tanto que sujeto racional y consciente, es autosuficiente para seleccionar las ideas que le suministra su entorno. De esta manera, se realiza como ser racional y consciente, ejerciendo su autonomía. Imponer restricciones a dicho libre mercado de las ideas supone convertir al individuo en un menor de edad o en un incapaz. Además, de esa contrastación libre de opiniones con sus

que allí se encuentren, para comprobar su licencia. Se prevé, también, el encarcelamiento y punición de los acusados (...)

La "Licensing Act", con un período inicial de vigencia de dos años, fue fruto de diversas renovaciones, hasta su derogación definitiva en 1695. A partir de 1695, todos los ingleses ya pueden imprimir o publicar lo que quieran, sin necesidad de un permiso de autoridad alguna, civil o eclesiástica (...) Para intentar controlar todo este rápido desarrollo, se expiden leyes que crean impuestos sobre el timbre (1712) gravando los anuncios y las publicaciones. Son las conocidas "Taxes on knowledge" (tasas sobre el conocimiento o sobre el saber), denominadas así pues gravaban las publicaciones populares, que eran el único medio del que disponían amplias capas de población para acceder a la cultura, y la formación de un opinión libre". (pág. 244 a 246).

¹⁸⁹ ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., pág. 247: "Destaca como una de las principales figuras del pensamiento radical inglés del siglo XVII (...) Su extensa obra, tanto en cantidad, como en variedad de temas tratados, es la de un espíritu libre y reformador, estrechamente conectado e influido por las circunstancias concretas de su época".

¹⁹⁰ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, cit., pág. 22 y 23.

¹⁹¹ De las diferentes obras que tratan sobre la obra de JOHN MILTON, merece ser destacada la de CARRILLO, MARC, *Aeropagítica*, Tecnos, Madrid, 2011. Así pues, nos encontramos ante la reproducción del escrito del MILTON (tanto en inglés, como su traducción al castellano), que además, incluye un estudio preliminar llevado a cabo por el profesor CARRILLO, en el que desgrana pormenorizadamente la obra del anglosajón.

semejantes surge la verdad, la cual nunca puede ser el resultado de lo que decidan quienes ocupan el Poder.¹⁹²

De lo antedicho, podemos concluir que la obra de MILTON, no solo es una defensa de la libertad de expresión (a través de la libertad de imprenta), sino también, como reconoce el profesor CARRILLO, una defensa de “*la libertad de conciencia y de la libertad intelectual en general*”.¹⁹³

Pero además, solo en una sociedad en la que se permite el libre fluir de las ideas, de las opiniones y de los juicios de valor, se puede escrutar la actuación de un gobierno. Dicha fiscalización repercutirá en beneficio de todos.

Podemos finalizar el análisis de la obra de MILTON, trayendo a colación las conclusiones efectuadas por el profesor CARRILLO:

“En el discurso de MILTON destaca lo siguiente:

La libertad para conocer y expresar lo conocido es una libertad preeminente. La verdad reclama su difusión y, por ello, ha de fluir sin cortapisas en el debate, a fin de no encorsetarse en la versión que marque la tradición. En el ejercicio de dicha libertad, lo verdadero y lo falso, lo bueno y lo malo, son, a priori, conceptos que aparecen como inescindibles. Y ambos se han de conocer, sin cortapisas.

La libertad de pensamiento y la difusión de opiniones, sin criterios restrictivos o control previo en razón a su contenido, ayudan a alcanzar la verdad. Por ello, la imposición de límites al libre tráfico de las ideas convierte al individuo en un menor de edad, en la medida en que se le niega la capacidad racional para decidir.

*Si el Gobierno y la Iglesia, como expresión del poder que representan, interfieren en el libre tráfico de las ideas que conduce a la construcción de la verdad, estarán introduciendo un elemento que vicia y deforma el proceso”.*¹⁹⁴

MILTON trasciende a sí mismo, y:

¹⁹² ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., pág. 263 y 264: “Además, según MILTON, la imposición de criterios restrictivos al libre tráfico de las ideas convierte al individuo en un menor de edad, en el sentido de que no se le reconoce una capacidad racional. El hombre, sujeto racional y libre, es autosuficiente para efectuar una selección entre las ideas que le suministra el entorno en el que se desenvuelve. De esta manera, se realiza como ser racional y consciente, ejerciendo su autonomía. Al mismo tiempo, con todo el cúmulo conceptual que va asimilando, construye opiniones libres que, al colisionar con las propias de sus semejantes, contribuyen a construir un más profundo conocimiento de la verdad. El conocimiento y la construcción de la verdad solo es posible en condiciones de libertad”.

¹⁹³ CARRILLO, MARC, *Aeropagítica*, cit., pág. XLV.

¹⁹⁴ CARRILLO, MARC, *Aeropagítica*, cit., pág. LXIII y LXIV.

*“aparece como un primer referente tangible de la teoría liberal de la libertad de expresión en el mundo anglosajón. Una teoría que sería desarrollada después con las aportaciones, entre otros, de THOMAS JEFFERSON, y, sobre todo JOHN STUART MILL. Y ya en el siglo XX pueden encontrarse algunos émulo de su pensamiento, entre los que podrían incluirse las aportaciones en la sede jurisdiccional del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, del Juez OLIVER WENDELL HOLMES en sus célebres votos particulares. Especialmente sobre el mercado de las ideas, como test interpretativo para enjuiciar la verdad”.*¹⁹⁵

Junto a MILTON, también JOHN LOCKE se manifestó contra el posible control previo de las publicaciones pero, a diferencia de aquel, este lo hizo basándose en razones más pragmáticas. Así pues, más que centrarse en los derechos a la libertad de conciencia y de expresión como fundamento de su argumentación, intenta hacer comprender lo inconveniente e inútil que resulta seguir manteniendo este régimen. Para ello, señala que si lo que se persigue, mediante el control previo, es el riesgo de peligrosidad que supone la extensión de ideas contrarias al dogmatismo, ello conllevaría que debamos controlar cualquier actuación que lleva a cabo el ser humano, pues todas ellas pueden ser potencialmente peligrosas. Además, y esta es una razón más pragmática, la imprenta, en aquella época, era una industria floreciente. La censura, lo único que conlleva es la disminución del mercado nacional, y, por tanto, el favorecimiento de los mercados extranjeros, en aquellos países, como Holanda, en los que sí que se permite el libre comercio de libros.¹⁹⁶ Tal pragmatismo fue determinante en la derogación de la *Licensing Act*.

¹⁹⁵ *Ibíd*em, pág. LXV.

¹⁹⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., pág. 282 a 284: “Frente al discurso de MILTON, retórico y con repetidas alusiones a la libertad del ciudadano y a su dignidad, las razones que ofrece ahora LOCKE son mucho más pragmáticas y realistas. LOCKE justifica su postura (...) apoyándose en razones prácticas y poco teóricas. No proclama los derechos de conciencia, la libertad de pensamiento y de expresión, sino que muestra inconvenientes e inutilidades (...) LOCKE desestima la razón de ser de la censura previa. Es una medida absurda e improductiva. Según él, no tiene sentido controlar todos los escritos antes de su publicación, con la excusa de que el contenido de los mismos puede ser peligroso o puede violar lo establecido en la ley. Si aplicamos, continúa LOCKE, esta justificación, con todas sus consecuencias, habría que, en última instancia, controlar todos los actos del individuo que puedan ser peligrosos, llegando incluso a prohibirlos. La actividad humana quedaría reducida a su más mínima expresión, debido al peligro potencial que toda ella encierra. Por ello LOCKE propone que, la única actividad del Poder sobre la prensa se aquella que, en caso de una existencia efectiva y real del ataque o violación de la ley, permita exigir responsabilidades a posteriori (...) Más pragmáticas son las alusiones a la industria de la imprenta. Como industria, la actividad de la imprenta ha de ser favorecida y potenciada por el poder. Las repercusiones de la censura en el comercio

No obstante, esta derogación no supuso la asunción de una libertad de expresión (a través de la imprenta) sin límites. De hecho, se aplicará el *common law* que regula los libelos, para corregir los excesos de la prensa. Conforme dicha normativa, el libelo contra el Gobierno (o sus oficiales), se comete, con independencia de que lo dicho sea verdad o no. En el caso de las personas privadas, la verdad determinará que no quepa sanción alguna. Por tanto, la “*exceptio veritatis*” sí que podrá ser alegada en caso de que el libelo afecte a una persona privada, pero no si afecta al Gobierno. En consecuencia, ya no cabrá hablar de controles previos, pero sí de asunción de responsabilidades en caso de libelos, con las especificidades que acabamos de indicar. Esta será la concepción que llegue a las colonias de América del Norte.¹⁹⁷

Precisamente, contra la consideración de libelo, respecto de aquello que se demuestre ser verdad, se manifestaron las famosas cartas de Catón.¹⁹⁸ Por medio de ellas, publicadas en diversos periódicos londinenses, Johan Trenchard y Thomas Gordon reflexionaban sobre el gobierno y los derechos de los ingleses. Sus escritos, favorables a la libertad de expresión,¹⁹⁹ tuvieron una gran repercusión, tanto en

son importantes, de manera que todo lo que sea censurar y controlar libros y escritos significa disminuir el mercado nacional, favoreciendo el extranjero. LOCKE hace referencia explícita a Holanda que, al permitir el libre comercio de libros, favorece sus intereses comerciales, al mismo tiempo que permite y potencia la libertad de expresión. La censura favorece el desarrollo de las economías extranjeras y, por esa razón, debe ser desechada”.

¹⁹⁷ MUÑOZ MACHADO, *Los itinerarios de la libertad de la palabra*, cit., pág. 98 a 100.

¹⁹⁸ *Ibíd*em, pág. 92 y 93: “En el plano más pragmático de la lucha política, la libertad de impresión recibió un extraordinario impulso, a principios del siglo XVII, tanto en Inglaterra como en las colonias americanas, gracias a los escritos de Johan Trenchard y Thomas Gordon. El primero era un acomodado gentleman bien conocido en la sociedad londinense. De Gordon, en cambio, apenas se sabía nada hasta que se unió a Trenchard para formar juntos una pareja de editores y periodistas que llegó a disfrutar de grandísima influencia. Colaboraron primero en su periódico *The Independent Whig*, que defendía el libre ejercicio de la religión. Pero su fama les vino de la publicación de una larga serie de ensayos (ciento treinta y ocho en total) en los periódicos londinenses, bajo el lema “*Cato’s Letters*”. Estas “*Cartas de Catón*” fueron apareciendo entre 1720 y 1723, y fueron editadas también en cuatro volúmenes que conocieron hasta seis ediciones entre 1723 y 1726. Su temática era muy variada, aunque siempre alrededor del gobierno constitucional y los derechos de los ingleses. Las *Cartas de Catón* y los escritos de LOCKE fueron las primeras fuentes de ideas políticas y textos más influyentes en las colonias norteamericanas”

¹⁹⁹ *Ibíd*em, pág. 93: “Una de aquellas cartas, titulada “*Of freedom of speech*”, se refería a la libertad de pensamiento y expresión considerándola un derecho tan fuerte e imprescindible como la seguridad y la propiedad, que eran los derechos fundantes de cualquier sociedad organizada (...) Incluían el derecho, o el riesgo de libelo, como inherente a aquella libertad, lo cual no implicaba que aceptasen que la libertad de expresión pudiera usarse para calumniar al Gobierno”.

Inglaterra, como en las colonias americanas. Quizá la más importante, respecto a la libertad de expresión, fue la que se tituló “*Reflecting upon libelling*” (Reflexionando sobre la difamación). Así pues, en la misma se indica que no existe razón alguna que nos impide revelar la verdad sobre los asuntos públicos:

*“La denuncia de la verdad es un deber de cualquiera que la conozca. No solo no puede sostenerse que sea libelo un escrito de contenido verdadero sino que, al contrario, su represión por las autoridades puede considerarse un libelo contra el pueblo. El pueblo desea conocer la verdad, y publicarla, y juzgar si las actuaciones de los gobernantes son buenas o malas. Reprimir la publicación de la verdad es actuar contra el pueblo”.*²⁰⁰

Esta concepción, que obligaría a reconsiderar la configuración de los libelos frente al poder, cuando aquello que se está denunciando es verdad, tendrá una gran acogida en los intelectuales norteamericanos, especialmente, en JEFFERSON.

Dos episodios históricos marcarán la evolución de Occidente, a finales del siglo XVIII: La revolución independentista estadounidense y la revolución francesa,²⁰¹ con su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,²⁰² como texto

²⁰⁰ *Ibidem*, pág. 94.

²⁰¹ ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., pág. 341: “*Con los procesos revolucionarios americano y francés asistimos a lo que se ha considerado como la efectiva instauración de un novus ordo saeculorum, un nuevo orden político que se desarrolla a partir de la remoción de las caducas estructuras políticas propias del Antiguo Régimen. Los centros de referencia de dicha conmovición van a estar situados en las colonias inglesas de América del Norte y en Francia, respectivamente*”.

²⁰² En la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea revolucionaria el 26 de agosto de 1789, se recogía expresamente, en sus artículos 10 y 11, la libertad de expresión, como uno de los derechos reconocidos. Así, el artículo 10 señala que “*Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, con tal de que su manifestación no altere el orden establecido por la ley*”. Y el artículo 11 indica que “*la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede pues, hablar, escribir e imprimir sin perjuicio de responder por el abuso de esa libertad en los casos determinados por ley*”. Como recoge MUÑOZ MACHADO, *Los itinerarios de la libertad de palabra*, cit., pág. 115 y 116, entre el texto francés y la Primera Enmienda estadounidense, que veremos a continuación, hay una diferencia no menor: “*en la Declaración francesa las libertades de palabra e impresión, como las demás que se especificaban en los artículos 10 y 11, pueden ser limitadas por las leyes para salvaguardar otros intereses; las libertades de la Primera Enmienda son, en cambio, ilegislables (...) Esta diferencia tuvo importantes consecuencias para la historia de la libertad de palabra en Francia porque, desde el inicio de la Revolución y durante todo el siglo XIX, se legisló sin parar sobre la imprenta. La cultura política y jurídica francesa, en relación con la publicación de libros e impresos, había sido distinta desde siglos atrás a la inglesa (que, como hemos visto, fue imitada en América). La intervención política y administrativa en la impresión y difusión de escritos duró relativamente poco tiempo en el mundo*”.

paradigmático. Ambos episodios suponen el inicio del fin de las caducas estructuras políticas del Antiguo Régimen. De hecho, a este fenómeno revolucionario liberal acaecido a ambos lados del Atlántico, se le conocerá como “revolución atlántica”.²⁰³

Tan solo nos vamos a centrar en la primera, pues, como podremos comprobar, la trascendencia que ha tenido el pensamiento estadounidense en el desarrollo de la libertad de expresión, no tiene parangón. Como podremos comprobar, las vanguardistas ideas sobre la libertad de expresión que se sostendrán por parte de los norteamericanos, tendrán pleno acogimiento luego en Europa.

Así pues, con carácter previo al estallido revolucionario, debemos recordar que las colonias británicas se regían por el *common law* inglés. Esto significa que, por lo que a nosotros importa, regía el régimen de libelos, al cual ya hemos hecho referencia.

JEFFERSON,²⁰⁴ desde el primer momento, consideró que este régimen de libelos, referido al poder público, debía modificarse. No en balde:

“fue también el máximo defensor de las libertades de pensamiento y expresión, muy singularmente de prensa, que siempre consideró la libertad fundante y primera, sin la cual no pueden mantenerse las demás (...) El mejor instrumento de la libertad de expresión eran, para JEFFERSON, los periódicos. La opinión del pueblo es capital para mantener bajo vigilancia a los Gobiernos, orientarlos o censurarlos, y dicha opinión no puede formarse si no existiera libertad de prensa, que contribuye a ello, ilustra al pueblo, y lo dota de la información precisa para corregir las desviaciones y errores de los gobernantes. Para que esta relación entre el pueblo, la prensa y los gobernantes pueda producir los efectos deseados es necesario que se desenvuelva en un ámbito de libertad. El intercambio de ideas es imprescindible para adquirir la formación suficiente y conocer la etiología de los problemas. También para poder alcanzar la verdad.

anglosajón (...) En Francia, por el contrario, la intervención administrativa previa para supervisar el contenido de los libros, folletos, periódicos y hojas impresas de cualquier clase formó parte de su tradición desde que se introdujo la imprenta. Ciertamente la Declaración de 1789 estableció las bases para aliviar la opresión y fundar un régimen más favorable a la libertad de palabra, pero no forzó a la desaparición de la censura previa para siempre, ni menos, desde luego, los procesamientos y sanciones administrativas por los abusos en el ejercicio de aquella libertad”.

²⁰³ ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., pág. 341.

²⁰⁴ MUÑOZ MACHADO, *Los itinerarios de la libertad de la palabra*, cit., pág. 105. THOMAS JEFFERSON era “el miembro de la generación revolucionaria mejor informado, por sus hábitos de erudito y sus estancias en Europa, del desarrollo del pensamiento ilustrado, del que él mismo fue el mejor exponente en la América británica”.

*JEFFERSON se mostró muy flexible al tratar de los límites de la libertad de prensa (...) No dejó de ser consciente de que, ya en su tiempo, muchas quejas contra los abusos de la prensa eran completamente ciertas, como también lo era la corrupción existente en su entorno. Pero creyó que estos riesgos eran asumibles. En los casos de abuso, por ejemplo mediante la difusión de falsedades, sostuvo que el debate y la libre circulación de las ideas terminaban reponiendo la verdad en su sitio. De ningún modo aceptó la imposición de censuras o restricciones previas”.*²⁰⁵

Por tanto, para JEFFERSON la libertad de prensa es fundamental, primero, porque ilustra al pueblo, lo cual es útil para tener una opinión pública formada, y, en segundo lugar, porque sirve de control a la actuación del gobierno,²⁰⁶ lo cual siempre va a favorecer el mejor funcionamiento del mismo.²⁰⁷ JEFFERSON parte de la concepción miltoniana de que a la verdad solo puede accederse a través del libre fluir de las ideas, y es, precisamente, esa libertad de prensa la que mejor puede garantizarlo.²⁰⁸ Para conseguir ese fin, JEFFERSON no solo se muestra en contra de las limitaciones a la libertad de información y expresión, sino que se muestra a favor de que el propio Gobierno facilite al pueblo los más amplios canales informativos. Para JEFFERSON, el mantenimiento de los secretos oficiales es inconcebible, ya que la transparencia del Poder es un requisito inexcusable del sistema democrático.²⁰⁹

De las distintas obras jurídicas determinantes en la consecución de la independencia y nacimiento como nuevo Estado, solo algunas de ellas hacen referencia a la libertad de expresión. Así pues, el primer texto y, quizá, por su trascendencia mundial, el más importante, fue la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776. En su artículo XII, podemos leer que *“la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás a no ser por gobiernos despóticos”*.²¹⁰ De ello se deduce la gran importancia que se le concedía a dicha libertad, pudiendo la misma servir como elemento para evaluar el carácter democrático o despótico de un gobierno. Otras colonias fueron adoptando

²⁰⁵ MUÑOZ MACHADO, *Los itinerarios de la libertad de la palabra*, cit., pág. 105 a 107.

²⁰⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., pág. 366 y 367.

²⁰⁷ *Ibíd.*, pág. 369 y 370.

²⁰⁸ *Ibíd.*, pág. 367.

²⁰⁹ *Ibíd.*, pág. 370.

²¹⁰ Conforme indicábamos previamente, pocos años después se aprobó, consecuencia de la Revolución Francesa, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

textos constituyentes y declaraciones de derechos que recogían el derecho a la libertad de expresión.

Sin embargo, ni en el contenido de la Declaración de Independencia, fechada en 4 de julio de 1776, ni en el de la Constitución posterior, aprobada en 1787, podemos observar una declaración de derechos en la que se incluyese la libertad de expresión.²¹¹

Ello dio lugar a que, con carácter posterior, el 15 de diciembre de 1791, se aprobara la Declaración de Derechos (Bill of Rights), consistente en 10 Enmiendas,²¹² en las cuales se recogía un listado de derechos, entre los que se incluía la libertad de expresión. Así pues, en la Primera Enmienda, se indica que *“El Congreso no hará ley alguna por la que se establezca una religión, o se prohíba ejercerla, o se limite la libertad de palabra, o la de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al Gobierno la reparación de sus agravios”*.

A pesar de la contundencia de la Primera Enmienda, debemos reconocer que la misma no tuvo una efectividad plena hasta el siglo XX, y ello, fundamentalmente, porque el *common law*, que regía los libelos, iba a continuar siendo aplicado por los distintos Estados de la Federación, al considerar que la Primera Enmienda no les vinculaba a ellos, sino solo a las instituciones federales.²¹³ Podemos afirmar que durante el siglo XIX realmente no se produjo un verdadero avance ni legal ni jurisprudencial, de la libertad de expresión.

Sin embargo, como veremos, sobre todo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, se producirá un desarrollo jurisprudencial, por parte del Tribunal Supremo de los EEUU, en favor de la interpretación expansiva de la Primera Enmienda, basándose precisamente en todos estos autores a los que hemos hecho mención. Dicha interpretación será, posteriormente asumida por el TEDH.

²¹¹ MUÑOZ MACHADO, *Los itinerarios de la libertad de la palabra*, cit., pág. 110 y 111.

²¹² Con carácter posterior, se ha ido ampliando el número de enmiendas, llegando hasta un total de diecisiete.

²¹³ MUÑOZ MACHADO, *Los itinerarios de la libertad de la palabra*, cit., pág. 112 y 113.

El último autor al que tenemos que hacer referencia, por su enorme importancia en la defensa de la libertad de expresión es JOHN STUART MILL, el cual (respecto de esta cuestión) es tributario del pensamiento liberal, cuya génesis la encontramos precisamente en MILTON.²¹⁴ Así pues, hemos querido respetar el eje cronológico de los acontecimientos, y por ello tenemos que volver, de nuevo a la Inglaterra, en este caso, del siglo XIX.

JOHN STUART MILL, en su obra más conocida “*On Liberty*” (Sobre la libertad),²¹⁵ trata esta cuestión en el capítulo denominado “*De la libertad del pensamiento y discusión*”. MILL parte de una idea básica y es la de la falibilidad de las ideas, es decir, que no existen las verdades absolutas, lo que hoy tenemos por cierto, mañana puede dejar de serlo, y a la inversa. Ello conlleva que no puede reducirse al silencio ninguna opinión ni idea, por más desacertada que nos pueda parecer en un momento dado, puesto que, en el futuro, quizá se convierta en verdad, y nuestras certezas devengan en incertezas, amén de que casi ninguna manifestación suele ser absolutamente verdadera o falsa.²¹⁶ Además, al limitar el derecho de exposición pública de las opiniones de cada cual, estaríamos negando el derecho de los demás a conocer la misma, y poderla contrastar con sus propias ideas.²¹⁷

²¹⁴ CARRILLO, MARC, *Aeropagítica*, cit., pág. LXVII.

²¹⁵ MILL, JOHN STUART, “*Sobre la libertad*”, Alianza Editorial, Madrid, 2013.

²¹⁶ *Ibídem*, pág. 144: “*Primero, una opinión, aunque reducida al silencio, puede ser verdadera. Negar esto es aceptar nuestra propia infalibilidad.*

En segundo lugar, aunque la opinión reducida a silencio sea un error, puede contener, y con frecuencia contiene, una porción de verdad; y como la opinión general o prevaleciente sobre cualquier otro asunto rara vez o nunca es toda la verdad, solo por la colisión de opiniones adversas, tiene alguna probabilidad de ser reconocida la verdad entera”.

²¹⁷ *Ibídem*, pág. 91: “*Si toda la Humanidad, menos una persona, fuera de una misma opinión, y esta persona fuera de opinión contraria, la Humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase como ella misma lo sería si teniendo poder bastante impidiera que hablara la Humanidad. Si fuera la opinión una posesión personal que solo tuviera valor para su dueño; si el impedir su disfrute fuera simplemente un perjuicio particular, habría alguna diferencia entre que el perjuicio se infligiera a pocas o a muchas personas. Pero la peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esta opinión más todavía que a aquellos que participan en ella. Si la opinión es verdadera, se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si es errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error”.*

Como vemos, para MILL, al igual que para MILTON y para JEFFERSON, solo en un régimen que garantice el libre flujo y contraste de las ideas, el ser humano podrá llegar a la verdad. Como señala SÁNCHEZ GONZÁLEZ, refiriéndose de manera muy castiza, precisamente, a la doctrina de MILL, “*de la discusión sale la luz*”.²¹⁸

Y ya, por último, y situándonos en el siglo XX, debemos volver a los Estados Unidos. El Tribunal Supremo norteamericano, primero por medio de votos particulares de algunos de sus Magistrados, y luego ya por el apoyo unánime o mayoritario de sus miembros, llevará a cabo la interpretación más expansiva de la libertad de expresión conocida hasta la época. De hecho, podemos decir, sin riesgo a equívoco, que la Corte Suprema norteamericana sienta las bases de la concepción actual de la libertad de expresión sobre las cuales se ha ido desarrollando, también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Magistrado que primero se manifestó, en favor de la interpretación miltoniana (recogida y ampliada por MILL)²¹⁹ del libre flujo de las ideas, fue el juez OLIVER WENDELL HOLMES. Este Magistrado formuló distintos votos particulares (algunos de ellos firmados también por el Sr. BRANDEIS) por los que es reconocido como “*uno de los indiscutiblemente más grandes de la historia jurídica norteamericana*”.²²⁰ De hecho, su gran aportación al tema que nos ocupa fue el concepto del “*libre mercado de*

²¹⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, cit., pág. 24.

²¹⁹ CARRILO, *Aeropagítica*, cit., pág. LXXIII: “*JOHN STUART MILL fue uno de los mayores referentes teóricos de la teoría liberal del Estado. Su planteamiento sobre la falibilidad de las ideas que construyó en su ensayo On Liberty (...) trascendió al siglo XIX y se proyectó en el ámbito jurisdiccional de la Corte Suprema de los Estados Unidos y concretamente en Oliver Wendell Holmes (1841-1935), uno de los jueces más célebres en el pasado siglo. El criterio de MILL por el que todas las proposiciones deben quedar sometidas a prueba significaba que los nuevos conocimientos pueden desplazar a los que previamente hubiesen sido adoptados. Para Holmes, esta construcción teórica servirá para formular sus votos disidentes en la Corte Suprema, en relación a la Primera Enmienda a la Constitución de 1.787, algunos de los cuales resulta especialmente tributario de MILL y su idea de la verdad como concepto relativo. Y, por ende, también del discurso de MILTON, cuya conexión resulta tangible*”.

²²⁰ ARJONA SEBASTIÀ, CESAR, “*Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes*”, Iustel, Madrid, 2006, pág. 12.

Ibíd., pág. 38: “*Los votos de Holmes (...) no solo anunciaron el futuro de la teoría jurídica norteamericana, sino que influyeron decisivamente en el rumbo del Derecho entero de aquel país*”.

las ideas”,²²¹ conforme el cual, la mejor manera de alcanzar la verdad es a través de la libre contraposición de ideas, en un mercado en el que todas puedan concurrir

²²¹ Voto particular del Sr. Holmes al que se adhirió el Sr. Brandeis, a la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano que resuelve el caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919): “*El Congreso no puede prohibir cualquier intento de cambiar la mentalidad de la nación (...)*

Cuando el hombre se ha percatado de que el tiempo ha alterado muchas creencias enfrentadas (...); de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre mercado de las ideas; de que la mejor prueba de la verdad es la capacidad del pensamiento para hacerse aceptar en un mercado en el que entre en competencia con ideas contrarias; y de que la verdad es el único fundamento sobre el que sus aspiraciones se pueden alcanzar de forma segura. Esta es, en todo caso, la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, toda nuestra vida es un experimento. Todos los años, todos los días, para conseguir nuestra salvación, tenemos que apostar por profecías y creencias que se basan en un conocimiento imperfecto. Mientras este experimento sea una parte de nuestro sistema de vida, creo que tendremos que estar siempre vigilantes contra quienes pretendan controlar las manifestaciones de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte –salvo que supongan una amenaza tan directa para los legítimos objetivos del Derecho que sea necesario controlarlas inmediatamente para así, salvar la nación.

Estoy en total desacuerdo con el argumento del Gobierno según el cual, la Primera Enmienda dejó vigente el libelo relativo a la sedición, previsto en el common law. Me parece que la Historia desmiente esta idea. Creo que los Estados Unidos, al devolver las multas impuestas en aplicación de la Ley de Sedición de 1798, han mostrado su arrepentimiento por esta ley. Únicamente una situación de emergencia que hace inmediatamente peligroso dejar que sea el tiempo el que haga rectificar los malos consejos, justificaría las excepciones al mandato imperativo conforme al cual “el Congreso no aprobará leyes que limiten la libertad de expresión”. Por supuesto, me refiero solo a la manifestación pública de opiniones y exhortaciones, que son las que eran objeto de este caso, pero lamento no poder expresar con mayor contundencia mi convicción de que los recurrentes, al ser condenados, se han visto privados de los derechos que les otorga la Constitución de los Estados Unidos”.

La Sentencia completa original, con el voto particular, está disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=250&invol=616>

“Congress certainly cannot forbid all effort to change the mind of the country (...)

But when men have realized that time has upset many fighting faiths (...), that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year if not every day we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country. I wholly disagree with the argument of the Government that the First Amendment left the common law as to seditious libel in force. History seems to me against the notion. I had conceived that the United States through many years had shown its repentance for the Sedition Act of 1798 (Act July 14, 1798, c. 73, 1 Stat. 596), by repaying fines that it imposed. Only the emergency that makes it immediately dangerous to leave the correction of evil counsels to time warrants [250 U.S. 616, 631] making any exception to the sweeping command, ‘Congress shall make no law abridging the freedom of speech.’ Of course I am speaking only of expressions of opinion and exhortations, which were all that were uttered here, but I regret that I cannot put into more impressive words my belief that in their conviction upon this indictment the defendants were deprived of their rights under the Constitution of the United States”.

libremente. Esta máxima fue luego ampliamente utilizada por los Magistrados que le sucedieron.²²²

Queremos terminar este epígrafe, trayendo a colación el voto particular del juez BRANDEIS, al caso *Withney v. California*, en el cual, conforme indica SÁNCHEZ GONZÁLEZ:

*“con una brillantez solo comparable a su brevedad, BRANDEIS expone varias razones en apoyo a la práctica de la libertad de expresión: el desarrollo y la felicidad del individuo, el hecho de constituir un medio para descubrir la verdad política, su naturaleza de instrumento de la democracia y su condición de factor de estabilidad político-social”.*²²³

El voto particular del Magistrado BRANDEIS, reza como sigue:

*“Los que conquistaron nuestra independencia creían que la meta final del Estado era hacer hombre libres para desarrollar sus facultades, y que las fuerzas de la deliberación prevalecerían sobre la arbitrariedad en su gobierno. Valoraron la libertad como fin y como medio. Creyeron que la libertad era el secreto de la felicidad, y el valor, el secreto de la libertad. Creyeron que la libertad de pensar como se quiera y de hablar como se piense son medios indispensables para descubrir y difundir la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión la discusión sería vana; que con ellas, la discusión proporciona normalmente protección adecuada frente a la diseminación de ideas nocivas; que la mayor amenaza para la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es un deber político; y que este debería ser un principio fundamental del gobierno americano. Los que conquistaron nuestra independencia reconocieron los riesgos a que están sometidas todas las instituciones humanas. Pero sabían que no es posible asegurar el orden por el mero temor al castigo de su infracción; que es arriesgado desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo alimenta la represión; que la represión alimenta el odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el camino hacia la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente las pretendidas afrentas y los remedios que se propongan; y que el tratamiento adecuado para los malos consejos es (dar o recibir) buenos consejos. Su confianza en el poder de la razón en la discusión pública les llevó a eludir el silencio impuesto por la ley –el argumento de la fuerza en su peor forma-. Reconociendo las tiranías ocasionales de las mayorías en el gobierno, reformaron la Constitución a fin de garantizar las libertades de expresión y de reunión”.*²²⁴

²²² ARJONA SEBASTIÀ, “Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes”, cit., pág. 38: “Los votos de Holmes (...) no solo anunciaron el futuro de la teoría jurídica norteamericana, sino que influyeron decisivamente en el rumbo del Derecho entero de aquel país”.

²²³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, cit., pág. 24.

²²⁴ Este voto particular viene traducido por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, cit., pág. 25.

Como vemos, este voto particular resume perfectamente toda la doctrina en defensa de la libertad de expresión, a la que hemos hecho referencia en las páginas anteriores.

En resumen, como indica MUÑOZ MACHADO,

*“HOLMES y BRANDEIS, con sus votos particulares, consiguieron que, poco a poco, fuera madurando una nueva concepción de la libertad de palabra según la cual, fuera de los supuestos de peligro inminente para la seguridad pública, las regulaciones restrictivas debían considerarse siempre contrarias a la Primera Enmienda”.*²²⁵

En otros capítulos podremos comprobar cómo estos votos particulares fueron el germen de una jurisprudencia posterior en la que se amplía, sin parangón, la concepción de la libertad de expresión, especialmente aquella en la que es ponente el juez BRENNAN.

B) La opinión pública libre

El original lo podemos encontrar en la Sentencia que resuelve el caso WHITNEY v. PEOPLE OF STATE OF CALIFORNIA, 274 U.S. 357 (1927), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=274&invol=357>

“Those who won our independence believed that the final end of the state was to make men free to develop their faculties, and that in its government the deliberative forces should prevail over the arbitrary. They valued liberty both as an end and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness and courage to be the secret of liberty. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that without free speech and assembly discussion would be futile; that with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of the American government. 3 They recognized the risks to which all human institutions are subject. But they knew that order cannot be secured merely through fear of punishment for its infraction; that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination; that fear breeds repression; that repression breeds hate; that hate menaces stable government; that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies; and that the fitting remedy for evil counsels is good ones. Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence [274 U.S. 357, 376] coerced by law—the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed”.

²²⁵ MUÑOZ MACHADO, *Los itinerarios de la libertad de la palabra*, cit., pág. 166 y 167.

El concepto nuclear, para entender la libertad de expresión como garantía del pluralismo político, consustancial a la democracia, es el de opinión pública.²²⁶ Como indica BUSTOS PUECHE, a la libertad de expresión se le reconoce esa dimensión institucional:

*“en la medida en que contribuye decisivamente a la formación de la opinión pública, presupuesto fáctico de la democracia: solo unos ciudadanos bien informados de las cosas que atañen a la vida pública están en condiciones de formar opinión sobre la res pública, sus gobernantes, los problemas de la sociedad, opinión que les permitirá la participación reflexiva y ponderada en los asuntos de incumbencia general y, señaladamente, la elección más acertada de sus gobernantes”.*²²⁷

En primer lugar, merece destacarse la difícil definición del nombre “*opinión pública*”,²²⁸ y ello porque no estaríamos rigurosamente ante un concepto jurídico y porque, además, son múltiples las ramas del saber que han centrado su estudio en él. De hecho, son múltiples las obras de carácter filosófico, politológico o sociológico que estudian el concepto, antes que jurídicas.

La Real Academia Española de la Lengua lo define como “*sentir o estimación en que coincide la generalidad de las personas acerca de asuntos determinados*”.²²⁹ En el mismo sentido, pero precisando aún más tanto el objeto como los sujetos de la opinión pública, la define MORA Y ARAUJO como “*el estado de las opiniones agregadas de los miembros de una sociedad relativas a todo aquello que, en cada momento, la sociedad define como público*”.²³⁰

Esto nos permite ya poder centrarnos en los dos elementos fundamentales de la opinión pública: público en sentido subjetivo y objetivo. Conforme indica

²²⁶ Sobre el concepto y la historia de la opinión pública, resulta imprescindible la lectura de NINYOLES, RAFAEL LLUIS, *L'Opinió Pública*, Confederación Española de Cajas de Ahorros, 1979.

²²⁷ BUSTOS PUECHE, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, cit., pág. 133 y 134.

²²⁸ RODRÍGUEZ URIBES, J. MANUEL, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Marcial Pons, Madrid, 1999. Para este autor, la opinión pública es un “*concepto vago y ambiguo donde los haya y en gran medida, “intangible”*” (pág. 76).

²²⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 23ª edición (en <http://www.rae.es>)

²³⁰ MORA Y ARAUJO, MANUEL, *El poder de la conversación. Elementos para una teoría de la opinión pública*, La Crujía Ediciones, Buenos Aires (Argentina), 2005, pág. 61.

RODRÍGUEZ URIBES, “*puede entenderse, de una parte, como opinión “del público” (sentido subjetivo) y, de otra, como opinión “sobre o acerca de lo público (sentido objetivo)”*”.²³¹ En el mismo sentido, SARTORI la define como “*Una opinión se denomina pública no solo porque es del público, sino también porque implica la res pública, la cosa pública, es decir, argumentos de naturaleza pública: los intereses generales, el bien común, los problemas colectivos*”.²³² Pero, además, debe indicarse que esa opinión del público, sobre temas públicos, se convierte en pública, desde el mismo momento en que se transmite a los demás. Como indica MORA Y ARAUJO:

“La opinión pública pertenece, por definición, al ámbito público (...) El ámbito donde las opiniones se gestan, cada una en su propia raíz individual es, por definición, privado; se encuentra en la mente de cada individuo (...) A medida que las opiniones de unos y otros se funden en la marea de las opiniones que se conectan con lo público porque se sienten parte involucrada en la marea de la opinión pública”.²³³

Llegados a este punto, podemos afirmar que por opinión pública entendemos el juicio de valor que efectúa el público, sobre temas de interés público, y manifestadas en el foro público.

Siguiendo a RODRÍGUEZ URIBES,²³⁴ para que se pueda hablar, en puridad, de existencia de opinión pública, es absolutamente imprescindible que exista un régimen que garantice la libertad de expresión, pudiendo la misma ejercerse en el ámbito público. Debemos recordar que la libertad de expresión, en sentido amplio, no solo garantiza nuestro derecho a comunicar hechos, ideas o juicios de valor, sino también a recibirlos. Sin información previa plural, resultará imposible poder conformar nuestra conciencia y, por extensión, nuestra ideología, respecto a cualquier tema de interés público. Además, esas fuentes informativas plurales, al menos en teoría, nos van a

²³¹ RODRÍGUEZ URIBES, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, cit., pág. 76 y 77.

²³² SARTORI, GIOVANNI, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 1998, pág. 69.

²³³ MORA Y ARAUJO, *El poder de la conversación. Elementos para una teoría de la opinión pública*, cit., pág. 144.

²³⁴ RODRÍGUEZ URIBES, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, cit., pág. 95. Indica este autor que son elementos necesarios para que se pueda dar la opinión pública: libertad de expresión en sentido amplio, publicidad y ausencia de prejuicios.

facilitar que la opinión pública sea (o deba ser) el resultado de un proceso racional, que evite, o, al menos, pueda minimizar, los apriorismos y los prejuicios.²³⁵

Precisamente, en la formación de esa opinión pública, juegan un papel fundamental los medios de comunicación.²³⁶ Los mismos han servido, y siguen sirviendo, como canalizadores de la opinión pública.²³⁷ Los *mass media* tienen, por tanto, una función social,²³⁸ que se concretaría, conforme señala MUÑOZ ALONSO,²³⁹ en los siguientes roles:

Informar:

“La primera función de la prensa es facilitar información. En la selección y valoración de esa información intervendrán, necesariamente, criterios subjetivos, pero un informador responsable debe disponer de pautas profesionales que no hagan imposible esa tarea (...) Se trata, en suma, de que los informadores intenten

²³⁵ Respecto de este último punto, mantenemos nuestras reservas, habida cuenta que la Historia nos demuestra que las opiniones individuales (cuya agregación conformará la opinión pública) pueden responder a multitud de factores. Así, como dice MORA Y ARAUJO en *El poder de la conversación. Elementos para una teoría de la opinión pública*, cit., pág. 59: “La opinión puede estar informada o no, puede ser fundada o infundada, puede o no tener consistencia interna o congruencia con otras opiniones, puede ser sostenida con intensidad (o convicción) o superficialmente u ocasionalmente. El supuesto, en esta acepción, es que las opiniones sobre los asuntos públicos que sostiene cada individuo están relacionadas con atributos relevantes de sí mismo y de su vínculo con la comunidad: sus preferencias, sus compromisos, sus comportamientos”.

²³⁶ SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIOS, *El derecho a la información*, Cosmos, Valencia, 1974: “Un presupuesto ineludible de la organización de la Opinión Pública es una información suficiente, información que, en nuestro días, no puede ser otra que la información de masas, esto es, la facilitada por los llamados “mass-media” (pág. 91).

“La sociedad actual necesita, pues, de los medios informativos y de los vínculos que estos crean y, a su vez, tales medios son inherentes y están en función de tal sociedad. Efectivamente, el fenómeno informativo ha venido a sustituir los vínculos de vecindad (actuales en sociedades y comunicaciones de nivel primario); las reuniones, visitas, tertulias de café, etc. son cada vez menos frecuentes y posibles, viéndose suplidas sus funciones en gran parte por los medios de comunicación” (pág. 21).

²³⁷ MONZÓN, CÁNDIDO, “Manifestación y medida de la opinión pública”, en *Opinión pública y comunicación política*, Ediciones de la Universidad Complutense (VVAA), Madrid, 1990, pág. 177: “Desde la Ilustración hasta el momento presente, primero en la prensa y después en la radio y televisión, la opinión pública ha encontrado siempre en los medios de comunicación su mejor medio de expresión”.

²³⁸ En este mismo sentido, SÁNCHEZ FERRIZ, en *El derecho a la información*, cit., pág. 35 a 38, indica que los medios de comunicación cumplen tres funciones fundamentales: informar, formar y distraer. Así mismo, destaca que, como consecuencia de las anteriores, se daría un (deseable) efecto de integración social.

²³⁹ MUÑOZ ALONSO, ALEJANDRO, “El Poder Político ante los medios”, en *Opinión pública y comunicación política*, Ediciones de la Universidad Complutense (VVAA), Madrid, 1990, pág. 334 a 335.

hacer una presentación de lo menos sesgada posible y con una decidida voluntad de imparcialidad. A esa finalidad atienden el principio de que información y opinión deben estar perfectamente diferenciadas, incluso formalmente, para que el lector no pueda, en ningún caso, verse engañado o empujado al equívoco. Este principio según el cual “los hechos son sagrados y las opiniones libres” es, en general, rigurosamente aplicado por la prensa anglosajona, especialmente norteamericana, pero no podemos decir lo mismo de la prensa europea, y menos aún, de las televisiones públicas”.

Interpretar y explicar las informaciones:

“Se debe tender a que las informaciones sean comprendidas por los lectores menos expertos. Se discute si es válido el llamado advocacy journalism, o “periodismo de defensa de un determinado punto de vista”, que, en todo caso, solo sería aceptable cuando (...) define su sesgo y un análisis de las noticias en ese contexto. Dentro de esta función de interpretar y explicar las informaciones caben una serie muy amplia de géneros periodísticos como los editoriales, los análisis de noticias (news analysis) y, en general, las múltiples variantes del columnismo y el comentario. Asimismo, deben incluirse aquí la documentación, cada vez más importante en el trabajo periodístico”.

Contribuir a la formación de la opinión pública:

“Los medios llaman la atención tanto del público como del gobierno acerca del clima de opinión imperante. Supuesto el papel básico de la opinión pública en una sociedad democrática, la función de formar y expresar la opinión pública es, quizá, la más importante y la que sintetiza a las otras (...) No hay duda de que un periódico influye en sus lectores, pero si no logra expresar las preferencias de estos, puede verse abandonado. Todo ello obliga a una permanente actividad de adivinación de esas preferencias de su audiencia. Es cierto que un periódico moldea o pretende moldear la opinión pública, pero tal pretensión recibe el contraste de esa votación cotidiana que representa la evolución de sus cifras de venta, lo que le obliga a una rectificación continua a la mínima señal de alejamiento de los lectores. Algo muy parecido a lo que hacen los partidos políticos respecto a sus electores”.

La fijación de la agenda política:

“Recientemente se está subrayando esta función que supone, de hecho, una participación en el proceso político al enfocar la atención del público y del gobierno sobre determinados temas. Esta función debe ser vista no solo en su aspecto positivo de atraer la atención sobre ciertos temas, sino también en el negativo, en cuanto los medios actúan como el gatekeeper que filtra las informaciones e impide que lleguen al público algunas cuestiones”.

Control del Gobierno y otras instituciones:

“Los medios, al suscitar cuestiones que ponen en entredicho la acción del Gobierno o de otras instituciones públicas (ayuntamientos, organismos de diverso tipo,

grandes empresas públicas) e incluso privadas, al sacar a la luz casos de corrupción o escándalos, pone en marcha los mecanismos oficiales de control. Con su investigación, los medios pueden aportar elementos que se han escapado a las comisiones de investigación de las cámaras legislativas”.

Podemos concluir, resaltando, como lo hace MUÑOZ ALONSO,²⁴⁰ la importancia que, por tanto, tienen los medios en una sociedad democrática, pues:

“Todas estas funciones vienen a significar que los medios juegan en una democracia el papel de un auténtico foro en el que se desarrolla la vida pública. Los medios son, así, el lugar de encuentro de las diversas ofertas políticas que proponen los grupos y los partidos. Al mismo tiempo, es también en los medios donde se exponen las demandas políticas procedentes de los diversos sectores sociales. Los medios actúan así como los notarios que levantan acta de los problemas y los conflictos, prestan tribuna a los que carecen de otras plataformas y potencian la voz de los que ya disponen de ellas. Hasta que un problema no aparece en los medios, propiamente no tiene existencia social o política. Y esto es verdad, en grado superlativo, en el caso de la televisión. De ahí que los medios sean vistos por toda una corriente doctrinal como “constructores de la realidad”.

A la vista de la importancia que se le reconoce a los medios de comunicación en la formación de la opinión pública, es obvio que siempre han sido vistos con recelo por parte del Poder,²⁴¹ que, de modo directo o indirecto siempre ha pretendido controlarlos. En este sentido, una de las potestades fundamentales, que ha dado lugar a una mayor literatura, ha sido el de la capacidad de influencia real en la opinión pública. Aquí ya no nos referimos a que el medio de comunicación se limite a reflejar lo que ocurre en la sociedad, sino que el medio a través de la selección de los temas y el enfoque que se le dé a los mismos, pueda, en primer lugar, influir en que la opinión pública le dé una mayor o menor importancia a un asunto, y en segundo lugar, pueda estar a favor o en contra.

²⁴⁰ *Ibíd.*, pág. 336.

²⁴¹ MUÑOZ ALONSO, “El Poder Político ante los medios”, cit., pág. 321: “*La historia de las relaciones entre el poder político y los medios de información es la de una secular desconfianza (...) Esta peculiar situación de tensión y desconfianza se deriva del hecho de que la información es un poder y, aunque no figura en el esquema de los poderes constitucionales clásicos, forma parte del sistema de equilibrios, de frenos y contrapesos en que consiste un régimen pluralista de libertades*”.

Así pues, el establecimiento de lo que se ha dado en llamar “agenda-setting”²⁴² (o fijación de la agenda)²⁴³ es una de las potestades más importantes que pueden tener los medios. VARONA GÓMEZ lo define como:

*“el proceso en que los medios, por la selección, presentación e incidencia de sus noticias, determinan los temas acerca de los cuales el público va a hablar. En rasgos macrosociológicos, los medios imponen los temas más discutidos en la sociedad (...) Fijar la agenda de los medios es fijar el calendario de los hechos sociales. Seleccionar lo que es y lo que no es importante (...) La idea principal, por tanto, de la teoría de la agenda-setting es que los medios de comunicación tienen el poder de situar en primer término del debate público un determinado tema, convirtiéndolo así en asunto de interés nacional, y ello con independencia (este es un aspecto clave), de la importancia intrínseca de dicho tema. De esta forma, queda claro que los medios no pueden considerarse un mero reflejo de la realidad, pues en el mismo proceso de selección de las noticias está ya implícito el poder de destacar (y por tanto también de relegar al olvido) determinados sucesos”.*²⁴⁴

Más claro y contundente aún es MORA Y ARAUJO, para el cual:

“Los medios están en posición de definir cuáles son los asuntos sobre los cuales opinar. De ese modo, influyen en alguna medida a través de construir la realidad mediante la selección y presentación de la información cotidiana. Los medios definen la importancia de cada tema sobre los que concentran su atención y contribuyen a que ciertos contenidos sean activados más frecuentemente en la mente de los individuos. Los hechos de la realidad social que la gente cree conocer

²⁴² DADER, JOSÉ LUIS, “La canalización o fijación de la “agenda” por los medios”, en *Opinión pública y comunicación política*, Ediciones de la Universidad Complutense (VVAA), Madrid, 1990, pág. 294: “la teoría de la “agenda setting” (...) se ha ido convirtiendo en la teoría estelar de explicación de la influencia principal de los medios industriales de comunicación en la formación de la opinión pública y del universo de preocupaciones públicas de los individuos particulares”.

VARONA GÓMEZ, DANIEL, “La delincuencia en la agenda mediática: retos para una política criminal racional”, en *Protección Penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional* (Dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, TOL2.527.111: “La teoría del agenda-setting se atribuye a Maxwell McCOMBS y Donald SHAW en su estudio de 1972 sobre el papel que los medios de comunicación tuvieron en la campaña presidencial de 1968 en Chapel Hill (Carolina del Norte). En dicho trabajo los investigadores comprobaron que los asuntos que los votantes consideraban prioritarios eran justamente aquellos que los medios de comunicación habían previamente seleccionado y sobre los que habían volcado su actividad informadora”.

²⁴³ DADER, “La canalización o fijación de la “agenda” por los medios”, cit., pág. 294: “Su traducción literal al castellano sería “fijación de la agenda” o “establecimiento de la agenda”. Un barbarismo malsonante que salvo las mínimas excepciones ha sido empleado por los autores o traductores que han presentado el tema en castellano. Una traducción menos artificiosa podría ser “establecimiento o fijación de los repertorios temáticos de preocupación”. Pero esta alternativa, quizá demasiado larga, no ha tenido cultivadores entre nosotros”.

²⁴⁴ VARONA GÓMEZ, “La delincuencia en la agenda mediática: retos para una política criminal racional”, cit.

*son, sobre todo, aquellos que los medios de prensa instalan como hechos reales; la gente habla de lo que la prensa le cuenta, y tal vez en alguna medida piensa acotada por los estándares que la prensa le propone para juzgar y valorar los hechos”.*²⁴⁵

Por último, citaremos a DADER, para quien:

*“el efecto “agenda-setting” (...) no es sino la orientación, conducción o canalización que las mentes de los ciudadanos sufren hacia unos repertorios de temas de preocupación pública, en detrimento de otros que no son mencionados o destacados, como consecuencia de la selección previa de asuntos que realizan los “mass media”.*²⁴⁶

Dicho proceso, siguiendo el mismo autor, se lleva a cabo de tres modos distintos:

*“A) Filtro básico entre conocimiento/secreto (“Awareness model”). Cuando la audiencia solo puede conocer un tema si aparece en los medios y sin existencia pública en caso de no ser cubierto por los medios.
B) Establecimiento de jerarquías de prioridades (“Priorities model”). Cuando la influencia en la audiencia solo consistiera en determinar el grado de importancia que se le concede a cada tema.
C) Realce de un ángulo o aspecto particular del tema genérico (“Salience model”). Cuando la influencia consistiera en percibir un tema general desde la percepción de ciertos aspectos con olvido de otros”.*²⁴⁷

A pesar de la importancia que esta cuestión tiene, pues al fin y al cabo, determina aquello sobre lo que la ciudadanía va, principalmente, a opinar (es bien conocido que para la sociedad, en su conjunto, solo existe lo que sale por televisión), también lo es que la doctrina más entendida al respecto indica que no existen evidencias empíricas sobre la verdadera capacidad de los medios en la construcción de una realidad mediática al margen de la realidad social y, mucho menos, que puedan determinar lo que la gente tiene que pensar. Podríamos concluir reconociendo la capacidad de influencia que tienen los *mass media* sobre la elección de los temas que conforman o dejan de conformar la opinión pública, pero, aun cuando también pueden influir, y mucho, no pueden determinar cómo tenemos que pensar, pues en ese proceso ya

²⁴⁵ MORA Y ARAUJO, *El poder de la conversación. Elementos para una teoría de la opinión pública*, cit., pág. 347.

²⁴⁶ DADER, “La canalización o fijación de la “agenda” por los medios”, cit., pág. 295.

²⁴⁷ *Ibidem*, pág. 304.

influyen muchos más factores (sobre todo, aquellos que tienen que ver con nuestras vivencias personales o conocimientos previos).²⁴⁸

Precisamente para advertir de esa posible divergencia entre la opinión pública y lo que reflejan los medios, aparece el término opinión publicada. Con el mismo, lo que se pretende es denunciar la confusión (no en pocas ocasiones interesada) entre la opinión pública y la opinión que expresan los medios, pues esta última no es más que la opinión de sus periodistas, que no tiene por qué coincidir con la del público.²⁴⁹

No obstante, la juridificación de esta institución, la opinión pública, fundamentalmente sociológica, así como el papel de los medios en la formación de la misma, han sido objeto de múltiples críticas.²⁵⁰

²⁴⁸ VARONA GÓMEZ, “La delincuencia en la agenda mediática: retos para una política criminal racional”, cit.: “El proceso de agenda-setting, aunque ciertamente implica reconocerle un gran poder a los medios, tampoco debiera ser magnificado: decir que los medios tienen el poder de situar un determinado asunto en primer plano con independencia de la realidad del problema (agenda-setting), no significa que ese poder llegue hasta el punto de que los medios puedan “inventarse” los problemas y que por tanto la preocupación ciudadana sea totalmente ilusoria o injustificada”.

Así mismo, para DADER, “La canalización o fijación de la “agenda” por los medios”, cit., pág. 313, la doctrina sobre la *agenda-setting* es *naif*, metodológicamente primitiva, confundidora, es una metáfora válida, pero no una teoría.

Del mismo modo, para MORA Y ARAUJO, *El poder de la conversación. Elementos para una teoría de la opinión pública*, cit., pág. 348, con independencia del reconocimiento de la capacidad de influencia a los medios, “la capacidad de la prensa de moldear la opinión no está demostrada”.

²⁴⁹ RODRÍGUEZ URIBES, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, cit., pág. 78: “Estamos en presencia de este “uso” de la expresión “opinión pública” cuando se presenta a la prensa, y hoy a los medios de comunicación de masas en general, como el canal o la vía a través de la cual se crea y se (con)forma la opinión. Se confunde, de esta manera, la opinión publicada por o en la prensa con la opinión pública (...) Se está identificando “público” (opinante) con periodistas”.

²⁵⁰ TORRES DEL MORAL, ANTONIO, “El instituto jurídico de la opinión pública libre”, en *Libertades informativas* (Coord. Antonio Torres del Moral), Cóllex, Madrid, 2009.

Este autor se muestra especialmente crítico con esta institución, así como con el papel de los medios, en virtud, entre otros, de los siguientes razonamientos:

En primer lugar, porque, podríamos decir que, en la actualidad nos encontramos, más que ante una democracia, ante una mediocracia, y ello porque “los media tienden a ocupar el espacio de los representantes políticos y del Parlamento como órgano de control del Ejecutivo. No se sabe bien cuál es la causa y cuál es el efecto: si el declive del Parlamento el que ha propiciado un mayor control mediático del poder, o si es este ascenso político de los medios de comunicación el que ha hecho retraerse al Parlamento (...) Antes los medios se nutrían de la agenda parlamentaria y ahora es esta la que sigue en parte los dictados de los medios, condicionándose así el sistema parlamentario por un control político mediático poco transparente. Ni es bueno para la democracia (...) que los medios de comunicación estén

al servicio de los políticos, pues su contenido es mucho más amplio, ni –menos aún- que estos se alineen con los medios de comunicación para obtener, de rebote, renovados dividendos políticos”. (pág. 143)

En segundo lugar, la poca confianza que ofrecen los medios como fuente de información. Así pues, indica que *“la escasa fiabilidad de la información e intoxicaciones (...) nos hacen ser sumamente escépticos sobre todo el proceso de comunicación como fuente nutricia de información y, por ende, sobre todo el proceso de formación de la opinión pública”* (pág. 145 y 146).

En tercer lugar, por la excesiva atención que los medios prestan a determinados tipos de asuntos que responden al rendimiento económico de las empresas mediáticas, y que en nada sirven para la formación pública, como ocurre con la prensa rosa. (pág. 144).

En cuarto lugar, porque entiende que la lógica aceptada y utilizada por el TEDH, así como por nuestros tribunales internos, es errática, y ello porque, en realidad, el pluralismo político no es consecuencia de una opinión pública libre, sino justo al revés. Así, *“es esta pluralidad previamente existente, la que pugna por exteriorizarse públicamente en informaciones y opiniones varias”* (pág. 150).

En quinto lugar, porque además, el que se añada el adjetivo “libre” a opinión pública, es, según este autor, absolutamente superfluo y desacertado, puesto que *“No hay opiniones libres, ni las públicas ni las privadas; tampoco las hay cautivas. Libre o cautivas son las personas, y, por extensión, los pueblos”* (pág. 153).

SARTORI, *Homo videns: La sociedad teledirigida*, cit., pág. 79 y 80. Este autor, referente mundial del tema que estamos estudiando, es muy crítico con los medios, especialmente con la televisión y su papel como desinformadores de la sociedad. Así indica que *“Debemos también destacar que la importancia de las informaciones es variable. Numerosas informaciones son solo frívolas, sobre sucesos sin importancia o tienen un puro y simple valor espectacular. Lo que equivale a decir que están desprovistas de valor o relevancia “significativa”. Otras informaciones, por el contrario, son objetivamente importantes porque son las informaciones que constituirán una opinión pública sobre problemas de interés público (...) y cuando hablo de subinformación o de desinformación me refiero a la información de “relevancia pública”. Y es en este sentido (no en el sentido de las noticias deportivas, de crónica rosa o sucesos) en el que la televisión informa poco y mal.*

Con esta premisa es útil distinguir entre subinformación y desinformación. Por subinformación entiendo una información totalmente insuficiente que empobrece demasiado la noticia que da, o bien el hecho de no informar, la pura y simple eliminación de nueve de cada diez noticias existentes. Por tanto, subinformación significa reducir en exceso. Por desinformación entiendo una distorsión de la información: dar noticias falseadas que inducen al engaño al que las escucha. Nótese que no he dicho que la manipulación que distorsiona la noticia sea deliberada; con frecuencia refleja una deformación profesional, lo cual la hace menos culpable, pero también más peligrosa”.

Pero incluso en aquellos casos en que no se produzca dicha desinformación, tampoco aquello que sea objeto de los noticiarios televisivos es necesariamente comprendido por los telespectadores. Ello significa que, de la información que la sociedad haya podido consumir, no toda ella será comprendida por todos, con lo cual, de muy poco servirá para la formación de la opinión pública.

“La mayor parte del público no sabe casi nada de los problemas públicos. Cada vez que llega el caso, descubrimos que la base de la información del demos es de una pobreza alarmante, de una pobreza que nunca termina de sorprendernos” (pág. 123).

“Distinción entre información y competencia cognoscitiva (...) Cuando hablamos de personas “políticamente educadas” debemos distinguir entre quien está informado de política y quien es cognitivamente competente para resolver los problemas de la política (...) En Occidente, las personas políticamente informadas e interesadas giran entre el 10 y el 25 por ciento del universo, mientras que las competentes alcanzan niveles del 2 ó 3 por ciento” (pág. 126).

Y, por último, merece destacarse la crítica afilada que se hace a la televisión, la cual es, para el autor, el peor de los *mass-media*, habida cuenta que la imagen, en la que se basa, incapacita nuestra capacidad cognitiva.

“La televisión empobrece drásticamente la información y la formación del ciudadano” (pág. 127).

“La televisión produce imágenes y anula conceptos, y de este modo atrofia nuestra capacidad de abstracción y con ella nuestra capacidad de entender” (pág. 47).

a) La opinión pública institucional y la no institucional (o la formal y la informal)

Podemos hablar de dos tipos de opiniones públicas: la institucional y la no institucional (o también llamadas formal e informal). La segunda, la conformaría el pueblo, mientras que la primera la conformarían los representantes del mismo en el Parlamento. Así pues, todo lo que hemos analizado hasta este momento, entraría dentro del tipo informal.

La opinión pública institucional responde al paradigma de la democracia parlamentaria representativa (por contraposición a la democracia directa). Los ciudadanos, cada determinado tiempo, son llamados a las urnas para votar a sus representantes políticos en los distintos Parlamentos. En el momento en que se vota, se está expresando la opinión sobre quién debe gobernar, y sobre quién se presenta como alternativa a ese gobierno. Ello conlleva, por tanto, que la configuración política de la Cámara responda a la opinión de la gente expresada mediante el voto. Por tanto, esos representantes son el reflejo de la opinión general de la sociedad.

En palabras de MONZÓN:

“la doctrina de la opinión pública surge al amparo de la idea democrática y desde que aparecen los primeros gobiernos de este signo, la opinión pública encontrará en el sufragio una vía de expresión y en el Parlamento, su representación formal. La esfera de lo público (el Estado) y la esfera de lo privado (los ciudadanos) se dan cita en el Parlamento para exponer, discutir y decidir sobre aquellos asuntos que afectan al interés general. Se convierte en el foro público por donde fluye la voluntad popular.

La mayor parte de los autores que escriben sobre la opinión pública a lo largo del siglo XIX destacan la representación y canalización de la misma a través de elecciones, las discusiones parlamentarias y las leyes que aquí se aprueban (...) En las urnas, al ser convocados todos los ciudadanos adultos y ser públicos los resultados, no solo se expresa la voluntad general, sino que quedan patentes todas

“La palabra siempre produce menos conmoción que la imagen. Así pues, la cultura de la imagen rompe el delicado equilibrio entre pasión y racionalidad. La racionalidad del homo sapiens está retrocediendo; y la política emotivizada, provocada por la imagen, solivianta y agrava los problemas sin proporcionar absolutamente ninguna solución” (pág. 115).

El estudio más exhaustivo sobre la deinformación masiva a la que se somete a la ciudadanía por parte de los *mass media*, lo encontramos en SERRANO, PASCUAL, *Desinformación. Cómo los medios ocultan el mundo*, Península, Barcelona, 2009.

*las corrientes de opinión del momento, al margen de que consigan o no representación”.*²⁵¹

Ahora bien, a pesar de esta división doctrinal, no se pueden entender como compartimentos estancos. Más bien, justo lo contrario. La opinión pública institucional debe de actuar precisamente como correa de transmisión de la no institucional. De hecho, cuando dicha transmisión se interrumpe, es cuando podemos hablar de crisis de legitimidad.

En palabras de RODRÍGUEZ URIBES:²⁵²

*“Se puede observar (...) la íntima conexión que (...) en general debe haber entre las dos opiniones públicas, la creada en la órbita de la sociedad civil, que se ha llamado no institucional (creada, primero, por la acción de la prensa, y después, a través del ejercicio público de la razón, por los ciudadanos (...)) y la que aparece ya en el seno del Estado, en la institución parlamentaria y representativa, la opinión pública institucional”.*²⁵³

*“El diputado se arroga la condición o el papel de representante legítimo de la opinión (pública), de tal manera que las iniciativas políticas dirigidas al gobierno, o la crítica de las que partan del gobierno, se basarán en última instancia en la opinión pública ciudadana. Ciudadanos, representantes, y miembros del gobierno trabajarán así coordinadamente, cada uno desde su lugar o desde su ámbito propio, en la línea de la mejor satisfacción del bien común o del interés general, diseñado con carácter general por los primeros, auténticos depositarios de la soberanía, mediante el ejercicio de sus derechos políticos, muy especialmente de las libertad de expresión y prensa, así como del derecho al voto”.*²⁵⁴

Termina señalando este mismo autor que, para que haya fluidez entre ambas clases de opinión pública, es necesario que se den los siguientes requisitos:

*“1º La elección de los representantes de la opinión ha de ser directa, única garantía de que la necesaria sintonía entre las dos opiniones públicas se produzca.
2º.- Al mismo tiempo, las asambleas representativas de la opinión han de renovarse periódicamente como medio para actualizar la opinión institucional de acuerdo con los cambios en la opinión pública no institucional”.*²⁵⁵

²⁵¹ MONZÓN, “Manifestación y medida de la opinión pública”, cit., pág. 180 y 181.

²⁵² RODRÍGUEZ URIBES, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, cit., lleva a cabo un análisis profundo sobre lo que el término “opinión pública” significó para Rousseau y para Bentham, extrayendo las conclusiones que aquí se refieren del segundo autor.

²⁵³ RODRÍGUEZ URIBES, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, cit., pág. 351 y 352.

²⁵⁴ *Ibíd.*, pág. 330 y 331.

²⁵⁵ *Ibíd.*, pág. 331 y 332

Así pues, aun cuando con el término opinión pública, sin ningún adjetivo más, nos estamos refiriendo a la opinión del público, sobre temas de interés público, y expuesta en un foro público, y ese sea el concepto comúnmente aceptado, también es cierto que, en una democracia parlamentaria, quien ejerce como representante institucional, también es reflejo de esa opinión pública manifestada a través del voto.

3.- EL FUNDAMENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Solo tras haber realizado un análisis exhaustivo de la doble naturaleza de la libertad de expresión, se puede entender mejor su fundamento.

En este sentido, y sin reiterar lo ya dicho previamente, sí que creemos básico traer a colación el análisis concreto del fundamento de esta libertad, que realiza LLAMAZARES CALZADILLA.²⁵⁶ Aun cuando estas consideraciones vienen referidas a nuestro Derecho interno, merece ser destacado que son perfectamente aplicables al concepto de libertad de expresión que mantiene el TEDH. Al fin y al cabo, estamos ante un derecho humano de carácter universal.

Así pues, según esta autora:

*“encontramos el fundamento de las libertades de expresión e información en tres instituciones básicas de nuestro sistema: en primer lugar, la dignidad de la persona, concretada en el libre desarrollo de la personalidad, artículo 10.1 de la CE, en segundo lugar, la libertad ideológica recogida en la CE en el artículo 16.1 o más propiamente la libertad de conciencia; y por último, el pluralismo político, que en la CE se recoge como valor superior de nuestro ordenamiento en el artículo 1.1 en cuanto elemento indispensable para que el respeto a la dignidad de la persona y su libertad de conciencia sean reales y efectivas. Estos tres valores se implican mutuamente, no pudiendo concebirse uno de ellos sin la coexistencia de los otros dos”.*²⁵⁷

4.- EL DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN VERAZ Y PLURAL: BASE DE LA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE

²⁵⁶ LLAMAZARES CALZADILLA, M^a CRUZ, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, cit.

²⁵⁷ *Ibidem*, pág. 47.

El derecho a recibir información veraz y plural merece un análisis concreto, puesto que participa del carácter de derecho subjetivo, pero, además es el fundamento de una opinión pública libre.

Así pues, como ya vimos, el transmitente tiene derecho a emitir información veraz y el transmitente a recibir información veraz y plural. Como libertad negativa, el acto comunicacional debería darse sin cortapisas por parte del Estado. Esta era la concepción liberal. Pero la concepción social (libertad positiva) supone que el Estado deba actuar removiendo todos los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio real y efectivo de este derecho.²⁵⁸ Ello significa, en este caso, que el Estado deberá facilitar que al receptor le llegue una pluralidad de fuentes informativas, así como que en los diferentes medios, se respete asimismo el principio de pluralismo político, favoreciendo el acceso a los mismos de representantes de todo el espectro político y social que conforma la sociedad civil de un país.

La exigencia de la veracidad y del pluralismo también es exigible tanto a los medios de comunicación social públicos, como a los privados. Sobre la veracidad (únicamente exigible respecto a los hechos), simplemente señalar que no debemos confundirla con la verdad objetiva, sino que hace referencia al actuar diligente del profesional de la información en la búsqueda de la verdad. En cualquier caso, será objeto de un amplio estudio al analizar la jurisprudencia del TEDH.

²⁵⁸ MAGDALENO ALEGRÍA, ANTONIO, *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, pág. 58 y 59: “Para hacer efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales no es suficiente la mera abstención que preconizaba el Estado liberal, ahora se exige una actividad positiva estatal, que asegure unas condiciones existenciales mínimas que cercioren su efectiva realización. Los derechos fundamentales no solo garantizan la libertad del Estado, sino también la libertad en el Estado. Con la transformación del Estado social y democrático de Derecho, los poderes públicos no solo tienen la posibilidad, sino el deber de corregir las circunstancias sociales que impiden el disfrute colectivo de derechos fundamentales (...) En aplicación de lo anterior a las libertades comunicativas, el Estado social debe garantizar que la transmisión de ideas y de las informaciones sea ejercida efectivamente por todos y no solo por unos pocos, es decir, el Estado debe crear las condiciones necesarias para que todos participen efectivamente en el debate público y expongan sus ideas e informaciones ante los demás. Por tanto, el Estado tiene que asegurar la objetividad informativa, el pluralismo tanto interno como externo de los medios de comunicación, puesto que solo reconociendo la autonomía de los medios, no se garantiza el debate abierto tan necesario en democracia”.

Nos vamos a centrar ahora en la exigencia del pluralismo. Cabe precisar que el pluralismo no se refiere únicamente a hechos, sino también a opiniones, ideas o juicios de valor. Para BASTIDA FREIJEDO el pluralismo consiste *“de un lado, en la posibilidad de concurrencia del mayor número y diversidad de opiniones e información, lo que redundará en un proceso de libre formación de la opinión pública. De otro, en la posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número de personas posible”*.²⁵⁹

El mismo se dará, conforme la doctrina liberal, de modo natural, por el libre ejercicio de las libertades individuales. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina social, *“si ese pluralismo no se produce o es insuficiente, (...) habilita a los poderes públicos para actuar y crear las condiciones que permitan el afloramiento de la diversidad de opiniones y aumente el flujo de información”*.²⁶⁰

La doctrina liberal se revolverá frente a esta posible intervención del Estado. No podemos obviar que para esta concepción:

“el Estado está en el origen de las amenazas a la libertad y contra él se defiende concibiendo los derechos fundamentales como derechos de resistencia frente al poder. Lo que se propugna es la abstención del Estado, su no intervención en la vida social y personal. En el caso de las libertades de expresión e información esto se traduce constitucionalmente en el derecho a fundar y editar periódicos sin autorización administrativa, en la prohibición de la censura previa y en la garantía de que solo se podrá acordar el secuestro de las publicaciones en virtud de resolución judicial, o sea, por un poder independiente, sometido exclusivamente al imperio de la ley y, por tanto, desligado de los dictados del gobierno”.²⁶¹

²⁵⁹ BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO J., “Pluralismo y medios de comunicación audiovisuales”, en *Democracia y medios de comunicación* (Coord. Joaquín Tornos Más), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 69 y 70.

²⁶⁰ *Ibidem*, pág. 66.

²⁶¹ *Ibidem*, pág. 66 y 67.

El problema con el que nos encontramos es que solo una minoría dispone de capacidad económica como para poder crear y mantener medios de comunicación privados de masas.²⁶² Por tanto, el constreñimiento del pluralismo se da cuando:

*“unos pocos son los propietarios de la mayoría de los medios periodísticos y editoriales y pueden controlar el mercado de las ideas y de las noticias. Si eso ocurre, el proceso de formación de la voluntad popular deja de ser libre y queda en entredicho el principio democrático. De ahí que la intervención de los poderes públicos para restablecer el pluralismo no tenga por qué concebirse necesariamente como una injerencia en las libertades de expresión e información, sino como una actuación tendente a garantizar las condiciones imprescindibles para que pueda surgir el pluralismo”.*²⁶³

Convendremos, por tanto, que el Estado estará legitimado para intervenir cuando tenga como finalidad garantizar el pluralismo informativo, puesto que solo así se podrá avalar tanto la formación de una conciencia individual libre y, por tanto, de un libre desarrollo de la personalidad, como la formación de una verdadera opinión pública libre.

Consecuentemente, si bien es cierto que dentro del haz de derechos derivado de la libertad de expresión, se encuentra el derecho a crear medios de comunicación social, también lo es que el bien jurídico con el que trafican, la información es esencial, y se encuentra en la base misma de la democracia.²⁶⁴ Ello conlleva que, aun cuando se trate de empresas privadas (con lo que ello significa, respecto a intentar obtener el máximo

²⁶² Resulta imprescindible la lectura de SERRANO, PASCUAL, *Traficantes de información. La historia oculta de los grupos de comunicación españoles*, Akal, Madrid, 2010. En esta obra, se describe perfectamente el entramado corporativo y financiero que se encuentra detrás de los medios de comunicación españoles.

²⁶³ BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO J., “Pluralismo y medios de comunicación audiovisuales”, cit., pág. 67.

²⁶⁴ FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN, “Acceso a los medios de comunicación social privados y pluralismo informativo”, en *Democracia y medios de comunicación* (Coord. Joaquín Tornos Más), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 161: “La empresa informativa, sin dejar de ser empresa, con su lógica y finalidades propias, no es una empresa cualquiera. Justamente sus específicos objeto y actividad, consistentes en dar información que coadyuva a la formación de la opinión pública, posiblemente aconsejen ir algo más lejos de las estrictas medidas de anticoncentración concretadas en la normativa general sobre prácticas restrictivas de la competencia.

La teoría del mercado de las ideas, sustentada en la afirmación de que, de la misma manera que el libre juego del mercado termina ofreciendo a los consumidores los productos de la mejor calidad al mejor precio, la libre circulación y debate de todas las ideas y opiniones y hechos facilitarán la búsqueda y hallazgo de la verdad, necesita de algunas correcciones complementarias”.

rendimiento económico), deberán adecuar su proceder a los principios democráticos, y, en especial, a respetar el pluralismo que se da en la propia sociedad a la que tienen que informar. Esta situación puede provocar tensiones entre la libertad de expresión y los derechos de propiedad y libre empresa.²⁶⁵ Pero en este posible conflicto, la libertad de expresión tiene un carácter absolutamente preferente, pues la gestión democrática de la información no admite discusión posible. Aunque la práctica nos demuestra que no siempre es así, el Estado podría y debería intervenir, precisamente, para corregir estas irregularidades.²⁶⁶ No obstante, el gran problema, que no se nos escapa, es el riesgo de que, bajo la excusa de la defensa del pluralismo informativo, la intervención del Estado acabara, *de facto*, conllevando una actuación censora o dirigista totalmente reprochable. Reconocemos que aun cuando teóricamente, la solución está clara el modo de llevarla a la práctica nos plantea serias dudas.

LLAMAZARES CALZADILLA indica que al pluralismo informativo se puede llegar de dos formas: garantizando la existencia de varios medios de comunicación con líneas editoriales diferentes (este sería el pluralismo externo) o bien, garantizando que en cada medio, con independencia de su orientación ideológica, se dé cabida a toda

²⁶⁵ SÁNCHEZ FERRI, *El Derecho a la información*, cit., pág. 46: “La información, y, por tanto, el derecho a ella, puede peligrar, con la comercialización de la misma, pues surgen con ella intereses económicos que pueden llevar a una programación fácil, al sensacionalismo, etc., que resulte agradable o pegadizo al público, descuidando de este modo la función social, formadora, instructora, que hemos señalado a la actividad informativa. Como, por otra parte, las empresas, periodísticas sobre todo, suelen ser deficitarias, este problema económico las pone en manos de la publicidad, o de grupos financieros”.

²⁶⁶ Una de las experiencias más interesantes al respecto es el de los Consejos Audiovisuales. Así pues, España, a nivel estatal, a diferencia de lo que ocurre con la generalidad de los países de su entorno, no cuenta con un organismo de estas características, pero sí en el ámbito autonómico. El primero que se creó fue el Consell Audiovisual Català (creado por la Ley 2/2000, de 4 de mayo, de Catalunya), y luego le siguieron el resto.

La Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña, está disponible en: http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=229914&newLang=ca_ES&mode=single

Sin pretensión de exhaustividad, pues ello sobrepasaría, con mucho, el propósito de este trabajo, sí que queremos destacar que, este organismo independiente, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, tiene entre sus fines velar por el pluralismo político, religioso, social, lingüístico y cultural en el conjunto del sistema audiovisual en Cataluña, tanto público como privado (art. 1.2 de la Ley 2/2000 antes referida).

clase de opiniones (este sería el pluralismo interno).²⁶⁷ Sigue indicando esta autora que lo ideal sería el cumplimiento simultáneo de ambas formas de pluralismo. Sin embargo,

“cada una de estas formas de pluralismo por separado pueden lograr el objetivo perseguido por estos derechos, así es que allí donde exista un verdadero pluralismo externo, no será necesario un pluralismo interno, que se hará más necesario cuanto menor sea el pluralismo externo (...) Cuando más estricta es la observancia de uno, menos necesario es el cumplimiento del otro”.²⁶⁸

Evidentemente, también la concentración de medios de comunicación “*será contraria al pluralismo democrático en la medida en que frene o dificulte la realización de esta noción de pluralismo*”.²⁶⁹ “Como consecuencia de esta concentración, nos encontramos ante lo que se conoce como “*efecto ventrílocuo*”,²⁷⁰ que se podría resumir del siguiente modo: a pesar de existir diferentes medios de comunicación, todos repiten las mismas noticias.”²⁷¹

Terminamos este epígrafe trayendo a colación el sentido último del pluralismo: “*el pluralismo, el mercado de las ideas propio de una sociedad democrática, implica que la pluralidad numérica de fuentes de expresión e información se corresponda también con la diversidad política y cultural de la sociedad*”.²⁷² Si ello no se da de modo natural, el Estado no solo podrá, sino que deberá intervenir para garantizarlo, pues solo una pluralidad informativa garantiza una opinión pública libre.

IV.- EL DERECHO AL HONOR

1.- CONCEPTO

²⁶⁷ LLAMAZARES CALZADILLA, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, cit., 146.

²⁶⁸ *Ibidem*, pág. 147.

²⁶⁹ BASTIDA FREIJEDO, “Pluralismo y medios de comunicación audiovisuales”, cit., pág. 70.

²⁷⁰ *Ibidem*, pág. 79.

²⁷¹ SARTORI, *Homo videns: La sociedad teledirigida*, cit., pág. 141.

“Las grandes cadenas de televisión se imitan de un modo excesivo (...) De hecho, ocho de cada diez noticias son las mismas en todas las cadenas”.

²⁷² BASTIDA FREIJEDO, “Pluralismo y medios de comunicación audiovisuales”, cit., pág. 81.

Debemos partir de una idea básica: estamos ante un concepto jurídico indeterminado, es decir, no existe una definición legal del honor. Intentar definirlo es una de las tareas más complejas ante las que nos podemos encontrar.²⁷³ Para PLAZA PENADÉS:²⁷⁴

“la búsqueda de una delimitación jurídica del concepto honor es empresa ardua y difícil, debido, sobre todo, a la diferente importancia y significación que el honor ha tenido en las diversas sociedades a lo largo de la historia.

A esta primera dificultad, hay que añadir una segunda, basada en el hecho de que la palabra honor es multívoca, y posee en el lenguaje ordinario gran riqueza semántica, como prueba la confusión y, por ende, el uso indistinto que se produce en el lenguaje ordinario con otras palabras que tienen significación afín, como, por ejemplo, honra, fama, dignidad o público aprecio”.

De cuanto acabamos de señalar, podemos deducir la primera dificultad con la que nos vamos a encontrar, y es la definición de ese bien jurídico, siendo el lugar, o el tiempo en el que lo encuadremos, absolutamente fundamentales en la determinación de su significado,²⁷⁵ amén de la complejidad que supone la existencia de diversos conceptos que se suelen confundir con el honor.²⁷⁶

²⁷³ En este sentido, el Magistrado del TS, ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, señala que “A San Agustín, al santo de Ipona, cuando le preguntaron qué es el tiempo decía, no sé definirlo, pero todos sabemos lo que es, yo diría del honor, algo parecido, no sé definirlo, no encontraría las palabras exactas, pero todos sabemos distinguir cuando a una persona le han lesionado su fama, y cuando no le han lesionado su fama, y sabemos discriminar entre lo que son lesiones del honor y lo que no son lesiones del honor.”

Estas palabras están extractadas de una entrevista al Magistrado del TS, ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, con carácter previo a una ponencia, celebrada el siete de junio de 2012, en el Instituto Cervantes de Dublín, sobre el honor, la intimidad y la presunción de inocencia contra la libertad de prensa, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=6ESkCXq73OY>

²⁷⁴ PLAZA PENADÉS, *El derecho al honor y la libertad de expresión*, cit., pág. 31.

²⁷⁵ MOLINER NAVARRO, “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información”, cit.: “La primera cosa que debemos tener presente al aproximarnos al concepto es que el honor está vinculado esencialmente a las circunstancias del tiempo y lugar (...)

Aunque en la actualidad el honor tienda a identificarse con una cierta dignidad que debe ser reconocida a toda persona desde su nacimiento, por el mero hecho de ser persona, lo cierto es que en otras épocas calaron concepciones que asociaban la honra de una persona a un comportamiento intachable, tanto del propio sujeto como de sus familiares, fundamentalmente en el terreno sexual. Resulta evidente, pues, que el significado del honor ha ido experimentando importantes variaciones en función no solo del momento histórico, sino también de los diferentes contextos culturales. Aunque, obviamente, una afirmación sobre el comportamiento sexual de un sujeto también hoy puede generar escándalo y atentar contra el honor de alguien, tal afirmación habrá de contemplarse siempre a la luz de las circunstancias que rodean al sujeto (no es comparable la situación de un ama de casa cuya infidelidad es aireada en una aldea, con la de un

personaje público, cuya vida es objeto de comentario habitual en los medios de comunicación sensacionalistas)” (pág. 24).

“Para calibrar, por tanto, si se ha producido un atentado contra el honor hay que atender, en primer lugar, a factores geográficos o ambientales, esto es, habrá que estudiar bien el contexto espacial y consuetudinario de las afirmaciones. Esto no significa que se produzca una desigualdad en el tratamiento jurídico del mismo hecho sino justamente lo contrario: atender a la especificidad de las circunstancias garantiza que la decisión ha tomado en consideración todas las peculiaridades del caso concreto.

(...) El insulto depende, pues, de las circunstancias “ambientales” concurrentes, no solo para determinar su existencia, sino también para apreciar, aceptada la misma, su importancia (...) Por otra parte junto a expresiones que son demostrativas per se de un cierto tono despectivo o peyorativo, también hay palabras, incluso groseras, que dependiendo del lugar de nuestro país en que se pronuncien serán, respectivamente, un grave insulto o una expresión admirativa o de saludo, más o menos vulgar, pero socialmente extendida” (pág. 25).

“Pero, como apuntamos, en la configuración del concepto del honor reviste una gran trascendencia no solo el contexto espacial (la repercusión) y ambiental (usos dialécticos) de las imputaciones realizadas, sino sobre todo el contexto temporal en el que esas afirmaciones deben ser valoradas. En consecuencia, la asociación de una persona con una determinada práctica o con unas ideas concretas, pudo haber sido vejatoria en algún contexto histórico temporal determinado, pero en otro contexto distinto y más actual puede que carezca de toda importancia a nivel general; aunque siempre cabe encontrar algún caso en el que esa afirmación pueda atentar a la honorabilidad de alguien. Imaginemos, por ejemplo, la repercusión que hubiese tenido en épocas relativamente recientes la aseveración de que una persona era atea. En un Estado confesional y en una sociedad donde la práctica religiosa era prueba de las buenas costumbres y permitía hacer juicios morales sobre las cualidades morales de quienes la frecuentaban, ello habría perjudicado muy seriamente al sujeto. En la actualidad podemos decir que, a nivel general, resulta irrelevante que alguien manifieste públicamente su personal desinterés por la práctica religiosa, puesto que ya no se acepta la ecuación “práctica religiosa igual a bondad o calidad moral de la persona” que, si bien puede ser cierta en muchos casos, no lo será en otros”. (pág. 25 y 26).

²⁷⁶ Resulta muy interesante el análisis conceptual que realiza MOLINER NAVARRO, “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información”, cit., recogiendo aquellos elementos que nos pueden servir para delimitar cada uno de ellos:

HONOR Y FAMA: “Hemos de partir de una primera consideración: honor y fama son dos conceptos afines, muy relacionados y difíciles de distinguir en muchos casos, lo cual no significa que sean sinónimos y que no tengan caracteres y perfiles precisos que los distinguen; no obstante, es frecuente confundirlos y aludir impropiamente a ambos de manera aleatoria (...)

La fama se diferencia básicamente del honor en que no es un derecho originario. En efecto, la fama no se le reconoce a cada sujeto por el mero hecho de ser persona, sino que es un valor alcanzado por los individuos, bien porque la persiguen (como, por ejemplo, los artistas), bien porque deriva de acontecimientos en los que se ha sido protagonista (gestas, descubrimientos, política, deporte, etc.), bien por familia, herencia o posición social, bien por la mera casualidad (presenciar un atentado, sufrir un accidente, descubrir un tesoro...). Sea cual sea el origen, queda claro que la fama no es más que la consecuencia de salir del anonimato, el hecho de ser conocido, identificado y singularizado por algo. Otra cosa distinta será la valoración moral del famoso (eso es, el honor objetivo). En efecto, en función del mayor o menor grado de relevancia moral y social de los hechos que propiciaron esa fama, la estimación social de la persona famosa –esto es, la proyección objetiva del honor- será positiva o negativa (admiración por el científico que sacrifica su vida personal y descubre un tratamiento prodigioso, o repulsa general frente al terrorista autor de un sinfín de delito de sangre). En otras palabras, la fama es un hecho, el honor deriva de la valoración social sobre lo que rodea ese hecho. Pero entre ambos casos existe una evidente conexión” (pág. 41 y 42).

HONOR Y HONRA: “Tampoco es infrecuente encontrar una cierta identificación entre las nociones de honor y honra. Como en el caso anterior, nos encontramos ante conceptos afines que, en ocasiones, pueden estar conectados, pero no son sinónimos. Entre otras cosas, porque la honra, en sentido estricto,

La doctrina siempre distingue entre dos concepciones del honor, una objetiva o trascendente (la heteroestima) y otra subjetiva o inmanente (la autoestima). Como indica PLAZA PENADÉS:

*“con la delimitación de ese doble carácter, inmanente y trascendente, se pretende señalar que los ataques al honor se desenvuelven tanto en el marco interno de la propia intimidad personal y familiar, como en el ambiente social o profesional en el que cada persona se mueve. Así pues, el honor es un derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás”.*²⁷⁷

La concepción objetiva resulta un tanto compleja, puesto que se suele confundir con otros términos, como la fama, no siendo exactamente lo mismo. Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, por fama, entenderemos la *“opinión que las gentes tienen de alguien”*,²⁷⁸ con independencia de que esa opinión sea buena o mala. Sin embargo, en la definición de honor, hay un elemento sustancial que lo diferencia. Así pues, dicho diccionario entiende por honor, la *“gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende*

remite a unas concepciones bastante desfasadas del honor. En una acepción más actual del término podría estimarse cercano a la reputación o el buen nombre (...) El honor representó en el pasado para las clases altas de la sociedad lo que la honra para los estratos más humildes de esta. Hoy el término ha caído en desuso y se ha vaciado casi por completo de contenido (...)

La honra representa una visión clasista y discriminatoria del Derecho, incompatible con los valores y principios de nuestro Ordenamiento. Una concepción anclada en convencionalismos, donde la dignidad se mide en términos como la valentía, mantener la distancia entre estamentos sociales, el orgullo (recuérdese la deshonra que implicaba para un hidalgo algún oficio y cómo preferirían padecer calamidades antes que trabajar), o una conducta irreprochable en el orden sexual. Concepciones como estas resultarían en la actualidad completamente insostenibles” (pág. 42 y 43).

HONOR Y PRESTIGIO: *“Las relaciones entre honor y prestigio son las más polémicas entre los términos afines que venimos considerando (...)*

El prestigio representa para aquellas (personas jurídicas o instituciones públicas) lo que el honor para los individuos, pero también cabría hablar de una noción de prestigio aplicable a las personas físicas con la misma significación que se predica de las personas jurídicas. En efecto, los individuos son capaces de sentir, de evaluar su proceder, de experimentar emociones, lo que les dota de una capacidad de autoestima a nivel interno que puede ser dañada o violada, algo imposible en una persona jurídica, de ahí que el honor solo pueda (y deba) ser reconocido a las primeras, puesto que se trata de un valor personalísimo, ligado a la dignidad o condición personal del sujeto. El prestigio, en cambio, afecta al desarrollo de una actividad externa, al reconocimiento por los hechos y obras que alguien realiza, y eso es perfectamente predicable tanto de las unas como de las otras. De ahí que podamos establecer una segunda distinción: el honor se deriva de la condición personal del sujeto y protege su dignidad, mientras que el prestigio se deriva básicamente de su actividad externa o profesional y protege su reconocimiento en la actividad que desempeña” (pág. 44 y 45).

²⁷⁷ PLAZA PENADÉS, *El derecho al honor y la libertad de expresión*, cit., pág. 33 y 34.

²⁷⁸ Diccionario de la RAE, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=fama>

a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea”.²⁷⁹ Por tanto, el honor sería equivalente única y exclusivamente a buena y merecida fama, o, dicho de otro modo, que dicha fama se corresponde con la realidad, siendo que solo esta merecería el amparo legal del derecho al honor.

SALVADOR CODERCH lo describe de un modo magistral:

*“Hay lesiones a la fama –difamaciones en sentido vulgar- que (no solo están protegidas por el derecho a la libertad de expresión sino que además) no lesionan el derecho al honor porque no lo afectan: El criminal ingeniosamente disfrazado de ciudadano honorable y bien reputado no es difamado (en sentido jurídico, aunque sí y solo en el vulgar) por el periodista que lo desenmascara”.*²⁸⁰

Y esta es una de las ideas fuerza que se defienden a lo largo del presente trabajo. El derecho al honor no puede ser utilizado para proteger una simple apariencia, una falsedad, una imagen construida sin una correspondencia real detrás, una hipocresía, en definitiva. Como indica LÓPEZ PEREGRÍN, el derecho al honor *“puede acabar protegiendo reputaciones solo aparentes, ya que existen, por ejemplo, personas tenidas por honradas que, en realidad, no lo son”.*²⁸¹ Así pues, sigue indicando dicha autora que:

*“si se divulgan hechos ciertos no habría ataque al honor, pues no hay honor que proteger, si acaso solo una apariencia de honor: si se divulgan hechos ciertos contrarios a la buena fama de una persona no la perjudican, sino que revelan que tal fama no era merecida. Por eso, dicha conducta es lícita, con independencia de los motivos e intenciones de quien divulga los hechos realmente acaecidos: solo si se utilizan expresiones insultantes, o si se ataca a la intimidad habrá una intromisión ilegítima, respectivamente, en el honor o la intimidad”.*²⁸²

Por tanto, en este punto discrepamos de la tesis de la *“verdad aparente”* recogida por MOLINER NAVARRO, según la cual:

²⁷⁹ Diccionario de la RAE, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=honor>

²⁸⁰ SALVADOR CODERCH, PABLO, y otros, *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley de Libelo*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 26.

²⁸¹ LÓPEZ PEREGRÍN, CARMEN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y de los colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 71.

²⁸² *Ibidem*, pág. 88 y 89.

*“el honor de una persona quedaría protegido incluso en el caso de que esta aparentase ser mejor de lo que es (...) Es innegable, por ello, que el concepto de honor formado a partir de un enfoque fáctico puede ser absolutamente divergente respecto al verdadero proceder del individuo (...) La verdad de lo que se afirme sobre una persona carece de relevancia en lo relativo a su honor, ya que lo que se protege jurídicamente en esta materia es la simple apariencia, sea o no acorde con la realidad”.*²⁸³

Esta tesis supone negar la búsqueda de la verdad, como objetivo deseable de toda sociedad. Se sacrifica la verdad, en favor de un derecho basado en incertezas (cuando no, directamente en falsedades levantadas para aparentar lo que no se es).

En contestación a lo anterior, suscribo las palabras de SALVADOR CODERCH, cuando indica que *“la verdad es condición de la libertad y la mentira no tiene protección constitucional (...) No es cierto que la verdad esté limitada por el honor, pues este no se puede fundamentar en el fraude y la mentira sino solo en la virtud del hombre honrado”.*²⁸⁴ Y los medios han tenido un papel fundamental en la búsqueda de la verdad objetiva, y en el desmantelamiento de esas “verdades aparentes”, tan ligadas con el concepto del honor del régimen anterior, que tan nefastas resultan para cualquier sistema democrático que se precie de serlo.

La concepción subjetiva del honor viene referida a la autoestima. Si bien es cierto que, como indica SALVADOR CODERCH *“la difamación puede causar al afectado por ella angustia, perjuicios emocionales, daños psicológicos o morales”*,²⁸⁵ también lo es que se trata de una concepción de estimación compleja. Así lo revela MOLINER NAVARRO, cuando indica que *“parece claro que el honor no puede ser confiado, en cuanto a su existencia se refiere, al arbitrio de una persona, de forma que haya de ser esta la que determine, conforme a sus actos u opiniones, si goza y participa*

²⁸³ MOLINER NAVARRO, “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información”, cit., pág. 30.

²⁸⁴ SALVADOR CODERCH, *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley de Libelo*, cit. pág. 26.

²⁸⁵ SALVADOR CODERCH, PABLO, “Introducción: Difamación y libertad de expresión”, en *El mercado de las ideas* (Coord. Pablo Salvador Coderch), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 57.

de ese derecho y en qué medida”.²⁸⁶ Además, nos encontraríamos ante situaciones en las que se daría una “contradicción entre la elevada opinión que alguien pueda tener sobre sí mismo y la mala reputación de que pueda gozar a raíz de comportamientos censurables anteriores o viceversa”.²⁸⁷ El derecho al honor no existe para proteger la hipersensibilidad de la persona, y mucho menos, se puede dejar en manos de cada cual la determinación de cuándo nos encontramos ante una lesión de tal derecho.²⁸⁸

Coincidimos con MOLINER NAVARRO, en la necesidad de la concurrencia ambos criterios, el objetivo y el subjetivo, para que podamos considerar lesionado el honor.²⁸⁹ De hecho, creemos que, para que de verdad nos podamos encontrar ante una lesión del honor, primero, deberá ser apreciado así por el afectado (aspecto inmanente), y luego, además, la manifestación deberá ser objetivamente vejatoria. Si la persona referida no se siente lesionado en su dignidad, ya no cabe hacer valoración objetiva alguna. Por tanto, el requisito subjetivo es condición necesaria, pero no suficiente, puesto que, además, se deberá estimar objetivamente que dicha expresión lesiona el honor de la persona referida.

2.- EL PROBLEMA DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO AL HONOR

El mayor problema al que se ha enfrentado tanto la doctrina como la jurisprudencia interna es el de la titularidad del derecho al honor.²⁹⁰

²⁸⁶ MOLINER NAVARRO, “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información”, cit., pág. 32.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y de los colectivos*, cit., pág. 72: “*Tampoco es sostenible un concepto exclusivamente subjetivo del honor, pues la propia personalidad del sujeto haría variar la calificación jurídica del hecho dependiendo exclusivamente de su propia consideración de sí mismo*”.

²⁸⁹ *Ibidem*, pág. 34.

²⁹⁰ La profesora MARÍN GARCÍA DE LEONARDO lleva a cabo un importante análisis, desgranando la posición de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia, respecto a este tema, en su artículo “El derecho al honor de las personas jurídicas”, en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidación Personal y Familiar y la Propia Imagen* (coord. José Ramón De Verda y Beramonte), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 55 a 77.

Si tenemos en cuenta todo lo dicho, respecto a que se trata de derechos de la personalidad, es evidente que, por las propias características de los mismos, solo las personas físicas podrían ser acreedoras de estos derechos. Si los derechos de la personalidad tienen su razón de ser en la dignidad del ser humano, y el derecho al honor es el ejemplo más paradigmático de esta clase de derechos, es evidente que solo las personas físicas podrán ser titulares del derecho al honor. Hasta aquí el razonamiento puramente teórico.

Frente a ello, parte de la doctrina (así como de la propia jurisprudencia) se ha mostrado partidaria de extender la titularidad de ese derecho al honor también a las personas jurídicas privadas.²⁹¹

De modo resumido, quienes defienden esta postura, lo hacen en virtud de los siguientes argumentos: en primer lugar, no se establece ningún tipo de distinción legal, en virtud de la cual las personas jurídicas no puedan gozar de este derecho, por lo que, tratándose de un derecho fundamental, cabe hacer una interpretación extensiva y no restrictiva, de sus posibles titulares; en segundo lugar, una persona jurídica puede padecer, en lo que sería el equivalente a la faceta externa del honor, exactamente los mismos daños sino más, que una persona física, pues las expresiones injuriosas también la podrán hacer desmerecer en la consideración ajena, y si se trata de una mercantil, ello podrá afectar a su cuenta de resultados por una posible pérdida de clientes. En este sentido, suscribimos las palabras de LÓPEZ PEREGRÍN, para la cual, *“las personas jurídicas, en tanto que son capaces de intervenir en las relaciones sociales y económicas, se encuentran necesitadas de un buen crédito y fama para*

²⁹¹ *Ibíd.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO recoge la jurisprudencia interna más relevante al respecto, siendo que la misma se ha mostrado mayoritariamente a favor del reconocimiento del derecho al honor a las personas jurídicas privadas y a los entes sin personalidad. No ocurre lo mismo con las instituciones jurídico públicas, respecto de las cuales entiende que son predicables otros valores, como la dignidad, el prestigio o la autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero no son identificables con el honor consagrado en la Constitución como derecho fundamental.

desarrollarse”²⁹² y cumplir sus fines. Es indiscutible que las personas jurídicas necesitan poder proteger su reputación, su buen nombre, su identidad, para poder operar en el tráfico jurídico, y poder desarrollar libremente su cometido, cumpliendo así con sus fines estatutarios o societarios.

Aun cuando pragmáticamente es una solución adecuada, puesto que, al fin y al cabo, se trata de ampliar la titularidad de los instrumentos jurídicos protectores frente a ataques al buen nombre, que conllevan la desconsideración ajena, entendemos que ello no era estrictamente necesario, amén de doctrinalmente muy cuestionable. El honor es, quizá, la manifestación más clara de la dignidad humana. Por tanto, solo los seres humanos deben gozar de honor.

Las personas jurídicas no quedarían desamparadas por lo que acabamos de decir. Así pues, por ejemplo, a nivel interno español, para la reparación del daño causado, gozan del instrumento general a través del cual se dilucidaban estas cuestiones antes de que fuese aprobada la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.²⁹³ Se trata del artículo 1902 CC²⁹⁴. Además, la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación,²⁹⁵ prevé en su artículo 1, que “*toda persona natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio*”. Por tanto, aquellas personas jurídicas que sean objeto de una información u opinión que pueda resultarles vejatoria, y que conlleve el desmerecimiento en la consideración ajena, podrán, en primer lugar, y siempre que dicha información haya sido difundida por un medio de comunicación social, acudir al

²⁹² LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y de los colectivos*, cit., pág. 159.

²⁹³ BOE nº 115, de 14 de mayo de 1982, disponible en:
<http://www.boe.es/boe/dias/1982/05/14/pdfs/A12546-12548.pdf>

²⁹⁴ Art. 1902 CC: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

²⁹⁵ BOE nº 74, de 27 de marzo de 1987, disponible en:
<http://www.boe.es/boe/dias/1984/03/27/pdfs/A08387-08387.pdf>

derecho a la rectificación; y, además, si se les ha causado un daño, acudir a la vía del artículo 1902 CC, al objeto de reclamar la correspondiente indemnización.

Además, no podemos obviar que, en el caso concreto de las mercantiles (que, en la práctica, será donde se den más casos), gozan de normativa específica frente a los ataques a su imagen corporativa, para poder defenderse.²⁹⁶ Lo que queremos manifestar es que resultaba innecesario desnaturalizar el derecho al honor, que es personalísimo, para proteger el buen nombre de las personas jurídicas, habiendo otros institutos jurídicos plenamente válidos y con los que se consigue dicha protección.

Todo cuanto acabamos de decir no resta para que, si el Administrador de la mercantil, o cualquier miembro de la Junta de Gobierno, se siente vejado por la manifestación vertida contra la empresa (sobre todo, si a través de ella se cuestiona la actuación de quienes la gestionan), pueda accionar, a título personal, por lesión del derecho al honor. De hecho, serían perfectamente compatibles una demanda personal, basada en el honor, ejercida por el administrador, y otra por competencia desleal (si la manifestación viene de otra mercantil) o simplemente por daños (en virtud del artículo

²⁹⁶ Por ejemplo, Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, publicada en el BOE nº 10, de 11 de enero de 1991, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1991/01/11/pdfs/A00959-00962.pdf>
Artículo 9. Actos de denigración: “Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”.

CAPÍTULO IV. Acciones derivadas de la competencia desleal. Artículo 32. Acciones: “1. *Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:*

1.ª *Acción declarativa de deslealtad.*

2.ª *Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.*

3.ª *Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.*

4.ª *Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.*

5.ª *Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.*

6.ª *Acción de enriquecimiento injusto, que solo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.*

2. *En las Sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la Sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora”.*

1902 CC), ejercida por la propia sociedad, como tal. Lo mismo cabría decir respecto de las asociaciones sin carácter lucrativo.²⁹⁷

Respecto de este tema, sí que nos gustaría hacer una reflexión, sobre el derecho al honor de los entes colectivos sin personalidad jurídica, o como los llama MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, los “*colectivos de carácter genérico*”.²⁹⁸ De nuevo nos encontramos ante dos visiones, aquellos que entienden que se debe ampliar la titularidad del honor a los colectivos como tal, y aquellos que entendemos que ello no es necesario. Una manifestación vejatoria sobre un colectivo permite que, cada uno de aquellos miembros del mismo, que se sientan lesionados en su honor, puedan accionar en defensa del mismo. Por tanto, es innecesario que se desnaturalice dicho derecho, pues la protección del mismo queda intacta. En todo caso, sí que será necesario, para apreciar dicha lesión del honor, que el grupo de los afectados sea lo más concreto e identificable posible.

Por último, sin ningún ánimo de exhaustividad, citaremos el caso concreto del honor de los fallecidos, ya que supone otro supuesto doctrinalmente conflictivo. Dos son las posturas doctrinales, de nuevo, con las que nos encontramos, tal y como recoge O'CALLAGHAN:

“Una postura doctrinal mantiene que las personas fallecidas ya no son personas, ni tienen derechos, ni tampoco son sujetos pasivos de difamación alguna; a los muertos ya nadie puede hacerles daño; aunque otras personas que traen causa del difunto, pueden exigir indemnización por el daño moral, en la medida y solo en ella, en que han sido afectados.

*Otra postura, contraria a la anterior (...): los valores de la personalidad dignos de protección perduran más allá de la capacidad jurídica de la persona; el respeto a la persona del fallecido obliga a abstenerse de manifestaciones que le rebajen y desfiguren: habrá que admitirse que el derecho de la personalidad se extingue con la muerte del titular; no obstante, ciertos familiares próximos están facultados en cuanto “fiduciarios” para defender por propio derecho los intereses perdurables del fallecido”.*²⁹⁹

²⁹⁷ Con la salvedad de la Ley de Competencia Desleal.

²⁹⁸ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “El derecho al honor de las personas jurídicas”, cit., pág. 69.

²⁹⁹ O'CALLAGHAN, XAVIER, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pág. 73.

Con independencia de la opción del legislador español,³⁰⁰ lo bien cierto es que los seres humanos somos, por naturaleza, sociales, y, por tanto, trascendemos de nosotros mismos. Eso significa que, aun después de fallecidos, permanecemos vivos en la memoria de nuestros allegados. Ello les legitima para defender el buen nombre del fenecido, pero no tanto, porque el mismo tenga tal derecho (pues con el fallecimiento se extingue la personalidad), sino porque el resultado de tal vejación no lo acaba padeciendo el muerto, sino los vivos. Como indica SALVADOR CODERCH, “no se daña a un muerto”.³⁰¹ En otras palabras, el desasosiego, el malestar, lo sufren aquellos en los que la memoria del fallecido está viva.

3.- SU DISTINCIÓN DE OTROS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

³⁰⁰ Ibídem, pág. 74 y 75. O’CALLAGHAN lleva a cabo una interesante sistematización de la protección del honor de los fallecidos que realiza la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

1ª) Violación del derecho al honor del fallecido:

“Artículo 4. 1. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien esta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento”.

4. En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores”.

“Artículo 5.1. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.

2. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento.”

2ª) Violación del derecho al honor, en vida, sin ejercicio de la acción de protección porque no pudo hacerlo:

“Artículo 6.1. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4.º.”

3ª) Ataque al derecho al honor en vida de su titular, ejercicio por este de la acción de protección al mismo y fallecimiento durante el trámite del proceso:

“Artículo 6.2. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere”.

³⁰¹ SALVADOR CODERCH, ¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley de Libelo, cit. pág. 36.

El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen son tres derechos de la personalidad que suelen ser objeto de confusión.³⁰² Si bien es cierto que, en multitud de ocasiones, suelen darse lesiones de varios de ellos a la vez, también lo es que los mismos tienen una serie de características comunes que nos permiten perfilarlos de manera concreta.³⁰³

Comenzaremos trayendo a colación la definición de un concepto ya analizado, como es el derecho al honor. Como indica CONTRERAS NAVIDAD:

*“el honor es un concepto jurídico indeterminado, lábil y fluido, cambiante en función de las normas, valores e ideas vigentes en cada momento y el derecho al honor ampara la buena reputación de una persona en un doble aspecto, el interno o subjetivo, inmanente, representado por la estimación que cada persona tiene de sí misma, y el externo u objetivo, trascendente, representado por el reconocimiento o la consideración que los demás tienen de esa persona”.*³⁰⁴

Por otra parte, siguiendo al mismo autor, el derecho a la intimidad personal y familiar:

*“no solo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también en la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos, sin autorización de su titular. En definitiva, lo que garantiza es el secreto a la propia esfera de vida personal y, por tanto, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada de una persona (...) El derecho a la intimidad (...) alcanza también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda especial relación”.*³⁰⁵

Por último, respecto del derecho a la propia imagen, deseamos citar a DE VERDA Y BEAMONTE, según el cual, por imagen (concepto constitucional) debemos entender:

³⁰² Un análisis preciso de cada uno de estos tres derechos, conforme han sido interpretados y delimitados por nuestra jurisprudencia interna, lo lleva a cabo magistralmente GRIMALT SERVERA, PEDRO, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007.

³⁰³ Nos limitaremos a la descripción de cada uno de ellos, para poder comprender los elementos que los distinguen. No obstante, el estudio de cada uno de ellos podría dar lugar a una tesis autónoma.

³⁰⁴ CONTRERAS NAVIDAD, SALVADOR, *La protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2012, pág. 20.

³⁰⁵ *Ibidem*, pág. 22.

“la figura humana, esto es, el conjunto de rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona determinada y que permiten identificarla como tal, lo que constituye un bien de la personalidad, que es objeto de una protección constitucional autónoma (se le tutela en sí mismo, con independencia, pues, de que la reproducción de la imagen comporte, o no, una vulneración del buen nombre o de la intimidad de la persona).

*La imagen es protegida, concediendo a la persona el derecho a determinar la representación gráfica generada por sus rasgos físicos personales, y ello, en un doble sentido: por un lado, permitiéndole que consienta la captación, reproducción o publicación de su figura (contenido positivo del derecho a la propia imagen); y, por otro lado, concediéndole la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, en modo tal, que sea posible su identificación o reconocimiento (contenido negativo del derecho a la propia imagen)”.*³⁰⁶

Los bienes que protegen cada uno de estos derechos son, por tanto, distintos. Esto quiere decir que se puede lesionar alguno de ellos, sin lesionar al resto. Ello no quita para que, en ocasiones, una misma acción, pueda lesionar varios a la vez.³⁰⁷ Imaginemos (no es muy difícil, dada cuenta un determinado tipo de prensa), la publicación no consentida, en una revista, de una fotografía de una persona, que recoge su imagen en un momento de su vida privada, y en el pie de foto, se incluye un comentario claramente vejatorio. En dicho supuesto, se habrían lesionado los tres bienes jurídicos: la propia imagen, puesto que se habría publicado sin su consentimiento; intimidad, puesto que dicha imagen se refiere a un momento íntimo de la persona; y además el honor, puesto que dicho comentario vejatorio supone un desmerecimiento en los demás, así como en su propia estima.

³⁰⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, “El derecho a la propia imagen”, en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen* (coord. José Ramón De Verda y Beramonde), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pág.149.

Además, este autor, basándose en el artículo séptimo de la L.O. 1/1982, entiende que, civilmente, también se debe de incluir, en el ámbito de protección, la voz o el nombre, puesto que *“también son bienes de la personalidad, en la medida en que, como sucede con la figura, identificación al individuo y lo hacen reconocible ante la sociedad, por lo que han de ser considerados objetos de un derecho, distinto al de la propia imagen. Su lesión dará lugar al correspondiente resarcimiento del daño moral, porque es este un efecto expresamente previsto por el legislador civil, pero en ningún caso, podrá dar lugar a un recurso de amparo, porque falta un reconocimiento de un derecho fundamental al propio nombre o a la propia voz”* (pág. 162 y 163).

³⁰⁷ *Ibíd*em, pág. 150: *“No cabe duda de la autonomía conceptual del derecho a la propia imagen, respecto a los otros derechos que se regulan en el artículo 18 de la Constitución, ya que estos protegen bienes jurídicos distintos (el buen nombre de la persona o el ámbito de la vida, personal o familiar, que en un individuo se reserva como propio y ajeno al conocimiento de los demás), sin perjuicio de que, en ocasiones, una intromisión en la propia imagen pueda suponer una injerencia simultánea en el honor o intimidad de la persona, cuya figura se representa”.*

Creemos absolutamente necesario destacar la distinción entre honor e intimidad, y ello porque puede darse lugar a situaciones confusas. La veracidad actúa como límite del honor, pero a la vez, es requisito de la posible conculcación de la intimidad. Esto significa que para que haya lesión de la intimidad, la información ha de ser cierta, y ello porque si dicha información no lo fuese, no podría haber lesión alguna de la intimidad (puesto que el dato revelado sería falso), sino del honor.

Por último, en relación al conflicto entre estos dos derechos, intimidad y propia imagen, con la libertad de expresión, para apreciar la prevalencia de esta última, se debe de justificar, la “*necesariedad*” de esa publicación de un dato íntimo o de la imagen de la persona referida. Conforme este requisito, deberemos comprobar si el dato íntimo o la imagen publicada son necesarios, o, por el contrario, podrían haberse evitado, sin que el derecho de los ciudadanos a la información veraz hubiese quedado afectado. Por tanto, aquellos datos íntimos o imágenes, que no aporten nada a la formación de la opinión pública, respecto de una noticia concreta, deberán ser evitados, pues el sacrificio de los bienes jurídicos, intimidad o propia imagen, habrá resultado baldío.

Para comprender cuanto acabamos de indicar, deberemos acudir a un ejemplo. Imaginemos una noticia en la que se relatan una serie de hechos trágicos, y, como dato accesorio (no sustantivo) de la información, se indica que una persona (con nombres y apellidos), padece de una enfermedad de transmisión sexual, y además, se incluye (sin su consentimiento) su fotografía en la que se la reconoce indubitadamente. Ahí se habrían lesionado dos derechos, el de la intimidad, y el de la propia imagen, y ello porque, aun cuando ese dato concreto pueda ser cierto, el mismo no tiene interés público, y revelar que una persona tiene una enfermedad de transmisión sexual, mostrando, además, su rostro, que permite su identificación, sin su consentimiento, va a provocar una lesión en su esfera moral totalmente innecesaria. De haberse omitido este dato, el derecho a la información veraz de los ciudadanos habría quedado incólume, y, esa persona no habría padecido ese daño.

Es evidente que en una sociedad mediática, audiovisual, como en la que vivimos, no hay noticia, sin imagen. Así lo describe magistralmente SARTORI, refiriéndose a la televisión: *“La información que cuenta es la que se puede filmar mejor; y si no hay filmación no hay ni siquiera noticia, y, así pues, la noticia no se ofrece, pues no es “vídeo-digna”*.³⁰⁸ Pero ello no justifica, en absoluto, el sacrificio innecesario de los bienes de la personalidad aquí descritos.

³⁰⁸ SARTORI, *Homo videns: La sociedad teledirigida*, cit., pág. 81.

IV.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

I.- INTRODUCCIÓN

Como a continuación comprobaremos, la interpretación sobre el artículo 10 CEDH³⁰⁹, ha sido una de las más prolijas en la vida del TEDH, dada cuenta los innumerables asuntos que han llegado hasta él basados, precisamente, en la conculcación del derecho a la libertad de expresión.

II.- LA DOBLE NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión que se recoge en su artículo 10 tiene una doble naturaleza: Así pues, en palabras de LAZCANO BROTONS:

“La primera afirmaría que esta libertad es un instrumento necesario para la conformación de un gobierno democrático y representativo” y la segunda, se refiere

³⁰⁹ Artículo 10 CEDH. Libertad de expresión: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

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

a “un derecho individual al servicio de la pura autorrealización individual, un valor de carácter personal en sí mismo considerado”.³¹⁰

En el mismo sentido se muestra BUSTOS GISBERT, para quien:

*“el análisis de la libertad de expresión en todas las jurisprudencias, nacionales e internacionales, ha destacado que este derecho no solo tutela un bien jurídico individual, sino que su protección coadyuva de manera fundamental a la creación de las condiciones necesarias para el fortalecimiento de la democracia y la garantía del proceso humano. Ello implica que este derecho ocupa una singular posición en todo sistema de derechos fundamentales dado que su lesión o restricción injustificada implica no solo la limitación del derecho fundamental de uno o más ciudadanos, sino también efectos negativos en el sistema democrático”.*³¹¹

Esta doble naturaleza, de derecho individual y garantía institucional, también ha sido reconocida así por parte del TEDH, desde las primeras Sentencias habidas al respecto.³¹²

III.- EL OBJETO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El CEDH parte de un concepto amplio de la libertad de expresión, incluyendo en el mismo la libertad de opinión, la libertad de información (dentro de la cual, incluimos la libertad de prensa), la libertad de creación artística o científica, el lenguaje (o discurso) simbólico, la libertad de expresión comercial, la libertad de expresión profesional, la libertad de prensa, la libertad de creación de medios de comunicación, o la llamada libertad de antena. Como, con acierto, indica BUSTOS GISBERT:

“en el seno del primer párrafo del art. 10 se tutela un complejo haz de derechos que tienen en común materializarse en un acto de libre comunicación o en un acto

³¹⁰ LAZCANO BROTONS, ÍÑIGO, “Artículo 10. Libertad de expresión”, en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (Dir. Iñaki Lasagabaster Herrarte), Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 454.

³¹¹ BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Coord. Javier García Roca y Pablo Santolaya), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pág. 475.

³¹² STEDH de 7 diciembre de 1976, por la que se resuelve el caso *Handyside* contra Reino Unido. TEDH 1976\6. Apartado 49: “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”. STEDH de 8 julio de 1986, por la que se resuelve el caso *Lingens* contra Austria. TEDH 1986\8. Apartado 41: “A este respecto, el Tribunal recuerda que la libertad de expresión, consagrada por el ap. 1 del artículo 10, es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual”.

*tendente a hacer posible, facilitar mejorar, generalizar, o diversificar los actos de comunicación. Actos que, en diversa medida, contribuirán a la creación y mantenimiento de una sociedad democrática”.*³¹³

El derecho a la libertad de expresión, en sentido estricto, sin embargo, se referiría exclusivamente al derecho a expresar y recibir libremente pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor. También se la conoce como libertad de opinión.

Por otro lado, el derecho a la libertad de información, como tal, incluye tanto el derecho a emitir informaciones (sobre hechos) veraces, como a recibirlas. Formarían, a su vez, parte del mismo, como requisitos previos, el derecho a la investigación y al secreto de las fuentes periodísticas (en el caso concreto de la libertad de prensa).

Además, para el TEDH la libertad de expresión no solo ampara el contenido de la información o la opinión, sino también el modo en que se expresa,³¹⁴ así como el medio por el que se difunde.³¹⁵

IV.- LAS MANIFESTACIONES DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN SENTIDO ESTRICTO (O DE OPINIÓN) Y SU DIFERENCIA FUNDAMENTAL CON LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

³¹³ BUSTOS GISBERT, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, cit., pág. 477.

³¹⁴ STEDH de 24 febrero de 1997, por la que se resuelve el caso *De Haes y Gijssels* contra Bélgica. TEDH 1997\12. Apartado 48: “*En cuanto al tono polémico, incluso agresivo, de los periodistas –que el Tribunal no tiene que aprobar– procede recordar que, además de la substancia de las ideas y de las informaciones expresadas, el artículo 10 protege también su modo de expresión*”.

STEDH (Sección 1ª) de 14 marzo de 2002, por la que se resuelve el caso *De Diego Nafría* contra España. TEDH 2002\15. Apartado 39: “*Es cierto que, además del fondo de las ideas e informaciones expresadas, el artículo 10 protege también su modo de expresión*”.

³¹⁵ STEDH (Sección 2ª) de 18 diciembre de 2012, por la que se resuelve el caso *Ahmet Yildirim* contra Turquía. JUR 2012\394189. Apartado 50: La libertad de expresión “*se refiere no solo al contenido de las informaciones sino también a los medios de difusión de dichas informaciones, pues toda restricción al respecto afecta al derecho de recibir y comunicar informaciones*”.

Como ya hemos indicado, el derecho a la libertad de expresión, en sentido estricto, incluye tanto el derecho a expresar las opiniones, ideas o juicios de valor libremente, así como a recibirlos, sin cortapisas.

El TEDH mantiene una clara diferenciación entre la libertad de expresión y la libertad de información, dependiendo de aquello que se pretende comunicar. Así pues, son objeto de la libertad de información los hechos, mientras que los juicios de valor, las opiniones, las ideas, lo serían de la libertad de expresión. No es una diferencia baladí, pues como viene afirmando constantemente el propio TEDH, las manifestaciones sobre hechos sí que pueden estar sometidas a prueba, mientras que a los juicios de valor, opiniones o ideas, en tanto que manifestaciones subjetivas, no se les puede exigir prueba alguna.³¹⁶

De hecho, el exigir prueba a un juicio de valor, a una opinión o a una idea, supone, en sí mismo, una violación del artículo 10 CEDH.³¹⁷ Ahora bien, el TEDH no admite críticas carentes de fundamento fáctico alguno, pues ello podría conllevar un claro abuso del derecho en perjuicio de terceros.³¹⁸ Dicho de otro modo, no admite un

³¹⁶ STEDH de 8 julio de 1986, por la que se resuelve el caso *Lingens* contra Austria. TEDH 1986\8. Apartado 46: “*Se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicio de valor. Mientras que la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba*”.

³¹⁷ STEDH (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2007, por la que resuelve el caso *Ferihumer* contra Austria. JUR 2007\37042. Apartado 24: “*One element of particular importance for the Court's determination is the distinction between statements of fact and value judgments. While the existence of facts can be demonstrated, the truth of value judgments is not susceptible of proof. The requirement to prove the truth of a value judgment is impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right secured by Article 10*”

Traducción:

Apartado 24: Un elemento de particular importancia para la resolución de la Corte es la distinción entre las declaraciones de hecho y juicios de valor. Si bien la existencia de hechos puede ser demostrada, la verdad de los juicios de valor no es susceptible de prueba. El requisito de probar la verdad de un juicio de valor es imposible de cumplir y vulnera la libertad de opinión en sí misma, que es una parte fundamental del derecho garantizado por el artículo 10.

³¹⁸ STEDH de 24 febrero de 1997, por la que resuelve el caso *De Haes y Gijssels* contra Bélgica. TEDH 1997\12. Apartado 47: “*Considerados en el contexto de este caso, los reproches de los que se trata se analizan como una opinión, que, por definición, no se presta a una demostración de veracidad. Puede, sin embargo, revelarse excesiva, principalmente en ausencia de toda base factual*”.

STEDH (Sección 3ª) de 27 febrero de 2001, por la que se resuelve el caso *Jerusalem* contra Austria. TEDH 2001\97. Apartado 43: “*Sin embargo, el Tribunal también recuerda que incluso cuando una afirmación constituya un juicio de valor, la necesidad de injerencia dependerá proporcionalmente de si*

pretendido derecho a la difamación o al insulto gratuito, desligado totalmente de una base factual. Ello no obsta para que el TEDH sí que admita, especialmente en el ámbito de la libertad de prensa, juicios de valor que molesten, hieran, o incomoden,³¹⁹ o que puedan ser exagerados o provocadores³²⁰, pues, solo permitir opiniones favorables, inocuas, o políticamente correctas, sería lo propio de un sistema dictatorial.

Además, el TEDH puntualiza también que la necesidad de que unos hechos sustenten un juicio de valor es menos rigurosa cuando estos ya son conocidos por el público en general.³²¹

existe una base factual suficiente respecto a la afirmación impugnada, por cuanto que incluso un juicio de valor carente por completo de una base factual que lo sustente, puede resultar excesivo”

³¹⁹ STEDH de 7 diciembre de 1976, por la que se resuelve el caso *Handyside* contra Reino Unido. TEDH 1976\6. Apartado 49: “*El artículo 10.2 es válido no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una "sociedad democrática".*

STEDH de 26 abril de 1995, por la que se resuelve el caso *Prager y Oberschlick* contra Austria. TEDH 1995\12. Apartado 38: “*Ciertamente, y bajo reserva del apartado 2 del artículo 10, la libertad de expresión es válida no solamente para las «informaciones» o las «ideas» aceptadas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para las que molestan, chocan o inquietan al Estado o a una fracción cualquiera de la población (...) Además, el Tribunal es consciente de que la libertad periodística comprende también el recurso posible a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación”.*

³²⁰ STEDH (Sección 2ª) de 25 julio de 2001, por la que se resuelve el caso *Perna* contra Italia. TEDH 2001\485. Apartado 42: “*La libertad de prensa comprende el recurso a cierta dosis de exageración, o incluso de provocación. Asimismo, aunque el Tribunal no tenga que aprobar el tono polémico y hasta agresivo de los periodistas, hay que recordar que, además de la sustancia de las ideas e informaciones expresadas, el artículo 10 protege también su modo de expresión”.*

³²¹ STEDH (Sección 2ª) de 12 julio de 2001, por la que se resuelve el caso *Feldek* contra Eslovaquia. TEDH 2001\463. Apartado 84: “*The applicant's statement was clearly made in a very political context and one that was crucial for the development of Slovakia. It contained harsh words, but was not without a factual background. There is nothing to suggest that it was made otherwise than in good faith, pursuing the legitimate aim of protecting the democratic development of the newly established State of which he was a national”.*

Apartado 85: “*The Court finds that the applicant's statement was a value judgment the truthfulness of which is not susceptible of proof. It was made in the context of a free debate on an issue of general interest, namely the political development of Slovakia in the light of the country's historical background. The statement concerned a public figure, a Government Minister, in respect of whom the limits of acceptable criticism are wider than for a private individual”.*

Apartado 86: “*As regards the reasons invoked by the court of cassation, the Court cannot accept the proposition, as a matter of principle, that a value judgment can only be considered as such if it is accompanied by the facts on which that judgment is based (see paragraph 35 above). The necessity of a link between a value judgment and its supporting facts may vary from case to case in accordance with the*

Como reconoce DÍEZ PICAZO³²², la práctica periodística demuestra que hay multitud de supuestos límites, en los que es muy difícil determinar si nos encontramos ante una afirmación de un hecho o ante una opinión o juicio de valor, siendo que en muchas ocasiones se muestran entremezclados. Será la propia casuística la que lleve al TEDH a calificar de afirmación de hechos o de juicio de valor lo relatado en un medio, e incluso, si dicho juicio de valor tiene base factual suficiente como para sustentar la opinión vertida.³²³ No es, desde luego, una función interpretativa sencilla. El ejemplo

specific circumstances. In the present case, the Court is satisfied that the value judgment made by the applicant was based on information which was already known to the wider public, both because Mr Slobodník's political life was known, and because information about his past was disclosed, by him in his book, and in publications by the press which preceded the statement by the applicant. Nor can the Court subscribe to a restrictive definition of the term "fascist past". The term is a wide one, capable of evoking in those who read it different notions as to its content and significance. One of them can be that a person participated in a fascist organisation, as a member, even if it was not coupled with specific activities propagating fascist ideals".

Traducción: Apartado 84: La afirmación del demandante se hizo claramente en un contexto muy político y que fue crucial para el desarrollo de Eslovaquia. Contenía palabras duras, pero no fue sin una base factual. Nada sugiere que no fue hecho de buena fe, persiguiendo el objetivo legítimo de proteger el desarrollo democrático del Estado de reciente creación del que era nacional.

Apartado 85: El Tribunal considera que la afirmación del demandante era un juicio de valor, la veracidad del cual no es susceptible de prueba. Se hizo en el contexto de un debate libre sobre un tema de interés general, a saber, el desarrollo político de Eslovaquia a la luz de los antecedentes históricos del país. La declaración se refería a una figura pública, un ministro del Gobierno, respecto del cual, los límites de la crítica aceptable son más amplios que para un particular.

Apartado 86: En cuanto a los motivos invocados por el tribunal de casación, el Tribunal no puede aceptar la afirmación, como cuestión de principio, de que un juicio de valor solo puede ser considerado como tal si se acompaña de los hechos en que se basa ese juicio (...) La necesidad de un vínculo entre un juicio de valor y sus datos de apoyo puede variar de un caso a otro, de acuerdo con las circunstancias específicas. En el presente caso, la Corte considera que el juicio de valor hecho por el demandante se basó en la información que ya era conocida para el gran público, tanto porque la vida política del señor Slobodník ya era conocida, como porque la información sobre su pasado la dio a conocer él mismo, en su libro, y en las publicaciones de la prensa que precedieron a la declaración del demandante. Tampoco puede el Tribunal limitarse a una definición restrictiva del término "pasado fascista". El término es amplio, capaz de evocar en aquellos que lo leyeron diferentes nociones, en cuanto a su contenido y significado. Uno de ellos puede ser que una persona participó en una organización fascista, como miembro, incluso si no se sumó a actividades específicas para propagar los ideales fascistas.

STEDH (Sección 3ª) de 15 marzo 2011 por la que se resuelve el caso *Otegi Mondragón* contra España. TEDH 2011\30. Apartado 53: "El Tribunal puntualiza también que la necesidad de que unos hechos sustenten un juicio de valor es menos rigurosa cuando estos ya son conocidos por el público en general".

³²² DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 315: "La diferencia entre información y expresión es la misma que media entre noticia y opinión o, si se prefiere, entre afirmación de hecho y juicio de valor. Sucede, sin embargo, que estos dos tipos de enunciados no suelen darse en estado puro, sino que tienden a entremezclarse: en la práctica, tan raro y difícil es dar noticias de forma absolutamente neutra o no valorativa, como emitir opiniones totalmente desvinculadas de algún hecho".

³²³ STEDH de 8 julio de 1986, por la que se resuelve el caso *Lingens* contra Austria. TEDH 1986\8. Apartado 45: "Los tribunales austríacos se dedicaron lo primero a resolver si los fragmentos por los que

se acusaba al señor Lingens eran objetivamente difamatorios. Así lo atribuían a algunos de los términos empleados: "el peor oportunismo", "inmoral" e "indigno" (...)

El acusado alegó que se trataba en estos casos de juicios de valor, formulados en el ejercicio de su libertad de expresión (...) El Tribunal, coincidiendo con la Comisión, comparte esta tesis. De hecho, el demandante dirigió sus críticas contra la actitud del señor Kreisky, quien era a la sazón Canciller Federal. Lo que estaba en juego no era su derecho de difundir informaciones, sino su libertad de opinión y su derecho de dar a conocer sus ideas”.

STEDH (Sección 5ª) de 14 diciembre de 2006, por la que se resuelve el caso *Karman* contra Rusia. JUR 2006\283445. Apartado 41: *“The Court finds that, contrary to the view of the Russian courts, the term “local neofascist” is to be regarded as a value-judgment rather than a statement of fact. It has been the Court’s constant view that, while the existence of facts can be demonstrated, the truth of value judgments is not susceptible of proof. The requirement to prove the truth of a value judgment is impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right secured by Article 10 (...). Nevertheless, even a value-judgment without any factual basis to support it may be excessive. The question therefore remains whether a sufficient factual basis for such a value-judgment existed (...). In this regard, the Court notes that the applicant offered documentary evidence, including the past issues of the Kolokol newspaper published by Mr Terentyev and several reports by independent experts. Having examined these publications, the experts unanimously concluded to their marked anti-Semitic nature and their propinquity with the ideals of the National Socialism”*

Apartado 42: *“In the Court’s view, that material may have been relevant to show a prima facie case that the value-judgment expressed by the applicant had been an acceptable comment”.*

Traducción: Apartado 41: El Tribunal considera, contrariamente a los tribunales rusos, que el término "neofascista local" debe ser considerado como un juicio de valor, en lugar de una afirmación de un hecho. Ha sido constante el punto de vista del Tribunal de que, mientras que la existencia de hechos puede ser demostrada, la verdad de los juicios de valor no es susceptible de prueba. El requisito para demostrar la verdad de un juicio de valor es imposible de cumplir y vulnera la libertad de opinión en sí misma, que es una parte fundamental del derecho garantizado por el artículo 10 (...) Sin embargo, incluso un juicio de valor sin ningún fundamento factual que lo apoye puede ser excesivo. Por tanto, la pregunta sigue siendo si existía una base fáctica suficiente para dicho juicio de valor (...) A este respecto, el Tribunal señala que la demandante ofreció pruebas documentales, incluyendo los últimos números del periódico Kolokol publicado por el Sr. Terentyev y varios informes de expertos independientes. Habiendo examinado estas publicaciones, los expertos concluyeron por unanimidad su marcada naturaleza antisemita y su proximidad con los ideales del Nacional Socialismo.

Apartado 42: En opinión del Tribunal, dicho material podía haber sido relevante para mostrar, prima facie, que el juicio de valor expresado por la demandante había sido un comentario aceptable.

STEDH (Sección 1ª) de fecha 5 de octubre de 2006, por la que se resuelve el caso de *Zakharov* contra Rusia, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>. Apartado 30: *“However, it has been the Court’s constant view that, while the existence of facts can be demonstrated, the truth of value judgments is not susceptible of proof. The requirement to prove the truth of a value judgment is impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right secured by Article 10 (...) In the present case the Court considers that the expressions used by the applicant, such as “outrageous conduct”, “anti-social behaviour”, “ostensibly makes an exemption”, were value judgments that represented the applicant’s subjective appraisal of the moral dimension of the town council head’s behaviour. The burden of proof in respect of these expressions was obviously impossible to satisfy”.*

Traducción: Apartado 30: Sin embargo, ha sido un punto de vista constante del Tribunal que mientras la existencia de hechos puede ser demostrada, la verdad de los juicios de valor no es susceptible de prueba. Requerir demostrar la verdad de un juicio de valor es imposible de cumplir y vulnera la libertad de opinión en sí, que es una parte fundamental del derecho garantizado por el artículo 10 (...) En el presente caso el Tribunal considera que las expresiones utilizadas por el demandante, tales como "conducta escandalosa", "conducta antisocial", "ostensiblemente hace una excepción", eran juicios de valor que representaban la apreciación subjetiva del demandante sobre la dimensión moral del comportamiento del

jefe del ayuntamiento. La carga de la prueba respecto de estas expresiones era obviamente imposible de satisfacer.

STEDH (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2007, por la que resuelve el caso *Ferihumer* contra Austria. JUR 2007\37042. Apartado 25: *“Turning to the circumstances of the present case, the Court observes that the applicant’s impugned statement was made in the immediate context of a heated discussion between teachers, pupils and parents. The applicant did not favour the compromise finally reached and reacted by saying that the teachers were applying pressure on the pupils to an intolerable extent and that this amounted in fact to an abuse of their authority”*.

Apartado 26: *“Unlike the domestic courts, the Court does not find that this statement necessarily suggested that the teachers had used unlawful and unobjective means. This interpretation apparently focuses on the wording “abuse of authority” and neglects that the applicant referred in this regard to his feeling that the “teachers applied intolerable pressure”. The applicant thereby expressed his opinion on the teachers’ conduct in the conflict at issue and made a value judgment, the truth of which, by definition, is not susceptible of proof”*.

Traducción: Apartado 25: En cuanto a las circunstancias del presente caso, la Corte observa que la declaración denunciada del demandante se hizo en el contexto inmediato de una acalorada discusión entre profesores, alumnos y padres de estos. El demandante no estaba a favor del compromiso alcanzado finalmente y reaccionó diciendo que los maestros estaban presionando a los alumnos en un grado intolerable y que esto equivalía, de hecho, a un abuso de su autoridad.

Apartado 26: A diferencia de los jueces nacionales, el Tribunal no encuentra que esta afirmación sugiera necesariamente que los maestros habían utilizado medios ilegales y no verificables. Esta interpretación aparentemente se centra en la expresión "abuso de autoridad" y descuida que el demandante se refería a su idea de que los "maestros aplican una presión intolerable". El demandante expresó así su opinión sobre la conducta de los maestros en el conflicto en cuestión e hizo un juicio de valor, la verdad del cual, por definición, no es susceptible de prueba.

STEDH (Sección 1ª) de 22 febrero 2007, por la que se resuelve el caso *Krasulya* contra Rusia. JUR 2007\58873. Apartado 39: *“The Court observes that the Russian courts characterised the applicant’s statements as statements of fact and found him liable for his failure to show the veracity of those allegations. They rejected the applicant’s argument that those statements were value judgments. In this respect the Court reiterates that a distinction has to be drawn between statements of fact and value judgments. While the existence of facts can be demonstrated, the truth of value judgments is not susceptible of proof. The requirement to prove the truth of a value judgment is impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right secured by Article 10 (...) The Court will examine each of the applicant’s statements in turn”*.

Apartado 40: *“The first contested extract began by announcing that the town legislature had voted for a decision to abolish mayoral elections. It further described the governor’s appearance at the legislative session in the company of his aides. It was followed by a supposition that the governor and his advisors had lobbied the legislators for the decision (...). The domestic courts interpreted the latter allegation as an accusation of bribery. The Court cannot subscribe to that interpretation. In its view, the applicant’s statement was too imprecise to constitute an accusation of bribery. It only alluded at the governor’s influence on the lawmakers, without further details”*.

Apartado 41: *“The Court finds it difficult to determine whether the applicant’s statement about the governor’s influence on the legislators was a statement of fact or a value judgment. The use of future tenses by the applicant suggests that the article contained suppositions rather than facts. However, under the Court’s case-law a value judgment must be based on sufficient facts in order to constitute a fair comment under Article 10. The Court will examine whether there existed a sufficient factual basis for the statement. It is undisputed that the governor attended the session of the town legislature and endeavoured to persuade the lawmakers to vote for a law abolishing mayoral elections in the town. In the Court’s view, the body of facts available constituted a sufficient factual basis for the applicant’s allegations that the governor and his aides had interfered with the legislative process. Therefore, the Court considers that the applicant published a fair comment on an important matter of public interest”*.

más paradigmático de la dificultad para señalar si nos encontramos ante comunicaciones

Apartado 42: *“As regards the statements that the governor had "miraculously escaped defeat in the governor's elections" and that he was "loud, ambitious and completely incapable", the Court considers that those statements were a quintessential example of a value judgment that represented the applicant's subjective appraisal of the governor's managerial abilities, and his own perception of the results of the elections. The domestic courts held that he had to prove the truth of those allegations. The burden of proof was obviously impossible to satisfy”.*

Traducción: Apartado 39: El Tribunal observa que los jueces rusos categorizaron las declaraciones del demandante como declaraciones de hechos y lo encontraron responsable por no demostrar la veracidad de esas alegaciones. Rechazaron el argumento del demandante de que esas declaraciones eran juicios de valor. A este respecto, el Tribunal reitera que la distinción debe ser trazada entre las declaraciones de hechos y los juicios de valor. Si bien la existencia de hechos puede ser demostrada, la verdad de los juicios de valor no es susceptible de prueba. El requisito de demostrar la verdad de un juicio de valor es imposible de cumplir y vulnera la libertad de opinión en sí, que es una parte fundamental del derecho garantizado por el artículo 10 (...) La Corte procederá a examinar cada una de las declaraciones del demandante sucesivamente.

Apartado 40: El primer extracto impugnado comienza con el anuncio de que el legislador de la ciudad había votado a favor de una decisión de suprimir las elecciones a la alcaldía. Se describe además la aparición del gobernador en la sesión legislativa en compañía de sus colaboradores. Se efectuaba una suposición sobre que el gobernador y sus asesores habían presionado a los legisladores en su decisión (...) Los tribunales nacionales interpretan este último alegato como una acusación de cohecho. El Tribunal no puede compartir esta interpretación. En su opinión, la declaración del demandante era demasiado imprecisa para constituir una acusación de cohecho. Solo se alude a la influencia del gobernador sobre los legisladores, sin más detalles.

Apartado 41: Al Tribunal le resulta difícil determinar si la declaración del demandante respecto de la influencia del gobernador sobre los legisladores era una declaración de hecho o un juicio de valor. El uso de tiempos verbales futuros por el solicitante sugiere que el artículo contenía suposiciones más que en hechos. Sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal un juicio de valor debe basarse en hechos suficientes para constituir un comentario justo conforme al artículo 10. El Tribunal examinará si existía una base fáctica suficiente para la afirmación vertida. Es indiscutible que el gobernador asistió a la sesión del legislativo municipal y se esforzó por convencer a los legisladores para que votaran a favor de la abolición de las elecciones a alcalde de la ciudad. En opinión del Tribunal, la parte principal de los hechos constituye una base fáctica suficiente para las alegaciones de la demandante sobre que el gobernador y sus asesores habían interferido en el proceso legislativo. Por lo tanto, el Tribunal considera que la demandante publicó un comentario justo sobre un asunto importante de interés público.

Apartado 42: En cuanto a las afirmaciones sobre que “el gobernador había escapado milagrosamente de la derrota en las elecciones” y que era “estridente, ambicioso y completamente incapaz”, la Corte considera que esas declaraciones eran el ejemplo, por excelencia, de un juicio de valor, que representa la valoración subjetiva del demandante sobre las capacidades de gestión del gobernador, y su propia percepción de los resultados de las elecciones. Los tribunales nacionales entendieron que tenía que probar la verdad de esas acusaciones. La carga de la prueba era, obviamente, imposible de satisfacer.

STEDH (Sección 1ª) de 5 junio de 2008, por la que se resuelve el caso *I Avgi Publishing y Press Agency S.A. y Karis* contra Grecia. TEDH 2008\35. Apartado 32: *“En lo que concierne a las declaraciones en cuestión, el Tribunal considera que el término «nacionalista desenfrenado conocido» es un juicio de valor no susceptible de ser probado y no un hecho cuya materialidad puede ser probada. Además, la expresión en litigio no carecía de base factual. Como admitió el Tribunal de gran instancia de Tesalónica en su decisión núm. 26497/2001, K.V. señaló, en el marco de su programa de televisión con contenido político, la filosofía política conservadora y expresó ideas nacionalista valorando la historia de la nación griega y defendiendo con pasión estos ideales. Así mismo, el propio Tribunal señaló que K.V. había expresado posiciones análogas en sus libros y en un número de la revista de la que era redactor jefe, calificándose él mismo nacionalista”.*

de hechos o juicios de valor lo vamos a encontrar en dos Sentencias referidas a asuntos con origen en España, que son las que resuelven el caso CASTELLS y el caso OTEGI.

A) Las Sentencias *Castells* y *Otegi*. Dos ejemplos de la dificultad e importancia de la interpretación de las afirmaciones como atribuciones de hechos o juicios de valor

Ambas Sentencias suponen dos ejemplos claros de la dificultad a la que se ha visto sometido el TEDH cuando ha tenido que determinar si las manifestaciones enjuiciadas deben ser consideradas como atribuciones de hechos o juicios de valor.

a) El caso *Castells*³²⁴

El asunto tiene su origen en la demanda que el Abogado, Sr. CASTELLS interpone contra el Reino de España, por presunta conculcación del derecho a la libertad de expresión (e información), reconocida en el artículo 10 del CEDH, en relación a la redacción de un artículo en el semanario “Punto y Hora de Euskalherria”, en junio de 1979. Merece destacarse que, en el momento en que escribió dicho artículo, el Sr. CASTELLS era senador por la formación política independentista Herri Batasuna.

El artículo en cuestión, firmado por el demandante, se titulaba "*Insultante Impunidad*", y denunciaba precisamente la impunidad con la que actuaban los miembros de los distintos grupos de extrema derecha en Euskadi, asesinando ciudadanos vascos, realizando voladuras de locales populares, atropellos en plena calle, o que empuñaban abiertamente pistolas cuando entraban en determinados bares o barrios. Denuncia que no se llevó a cabo ninguna acción, por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para investigar dichos crímenes. Termina el artículo acusando al Gobierno de

³²⁴ STEDH de 23 abril de 1992, por la que se resuelve el caso *Castells*. TEDH 1992\1.

estar detrás de cada una de estas acciones delictivas, por ser el principal interesado en hacer desaparecer cualquier tipo de disidencia vasca³²⁵.

³²⁵ *Ibíd.*, Apartado 7: "En la semana del 4 al 11 de junio de 1979, el semanario "Punto y Hora de Euskalherria" publicó el siguiente artículo, titulado "Insultante Impunidad" y firmado por el demandante: "Dentro de poco, cuando lleguen los Sanfermines, se cumplirá el año de los asesinatos de Germán Rodríguez en Iruña y Joseba Barandiarán en Donosti. Los organismos oficiales no han identificado a los autores. Ni siquiera han reconocido las organizaciones a que pertenecen. Tampoco han identificado a quienes mataron, entre el 12 y 15 de mayo de 1977, en Rentería a Gregorio Marichalar Ayestarán de sesenta y tres años, y a Rafael Gómez Jáuregui, de setenta y ocho; en Iruña, a José Luis Cano, y en Ortuella a Manuel Fuentes Mesa; el 14 de mayo, también de 1977, a José Luis Aristizábal, en San Sebastián, y por esas fechas, y en la misma ciudad, a Isidro Eusperregui Aldekoa, septuagenario; a comienzos de junio del mismo año, a Javier Nuñez Fernández, en Bilbao; a Francisco Aznar Clemente, Pedro María Martínez Ocio, Romualdo Barroso Chaparro, Juan José Castillo y Bienvenido Pereda Moral, el 3 de marzo de 1976, en Gasteiz, y en el mismo año, el 7 de marzo, en Basauri, a Vicente Antón Ferrero; el 9 de mayo, en Montejurra, a Aniano Jiménez y Ricardo Pellejero; el mes de junio, a Alberto Romero Soliño, en Eibar; el de septiembre a Jesús María Zabala, en Fuenterrabía; en noviembre, a Santiago Navas y José Javier Nuin, en Santesteban, y el 10 de julio, a Normi Menchaka, en Santurce; a José Emilio Fernández Pérez, de dieciséis años, y a Felipe Carro Flores, de quince, el 24 de julio, en Apatomasterio, y el 25 de julio en Sestao, respectivamente, el año 1978. Hablo solo de muertos, y no agoto, ni muchísimo menos, la relación. Ni uno solo repito: Ni uno solo de los asesinatos que comprende la lista interminable de asesinatos fascistas en Euskadi ha tenido una mínima aclaración oficial. ¿Se identificará a los individuos que asesinaron a Emilia Larrea, Roberto Aramburu, Josemari Iturrioz, Agurtzane Arregui, Argala, José Ramón Ansa y Gladys del Estal, que son los más recientes? Y al hablar de los más recientes hay que señalar la fecha -9 de junio de 1979-, porque mañana habrá más. Y quedan los cientos de casos -porque son cientos- en los que unos señores entran empuñando pistolas en bares de pueblos y barrios (Amorebieta, Durango, Eguía, Lozoya, etc), o van simplemente por la calle hiriendo y atropellando indiscriminadamente a la gente; las voladuras de los locales populares (Punto y Hora, Bordatxo, bar Alay, bar Santi, Askatasuna, etc.), o de turismo, los atentados cuyos supervivientes quedan con lesiones permanentes, etc.

Los autores de estos crímenes se desenvuelven y siguen ocupando sus puestos y cargos con absoluta impunidad. No se difunden órdenes de busca y captura. No se recoge y publica la descripción física de los autores, ni se barajan listas de sospechosos, con salida en la prensa, ni hay foto robot, ni mucho menos ofrecimiento público de recompensa, ni detenciones, controles o registros domiciliarios, ni se llama públicamente a la colaboración ciudadana, como en otros supuestos, ni se admite significativamente, la colaboración. No se establecen conexiones, ni hay comunicado oficial en la prensa con imputaciones tajantes y anatemas, como en otros supuestos.

La derecha en el poder tiene los medios (policía, tribunales y cárceles) para descubrir y castigar a los autores de tanto crimen. Pero no hay cuidado: La derecha no se va a descubrir a sí misma.

¿Organizaciones de extrema derecha? Nadie creía en Euskadi, antes de fallecido Franco, en la posibilidad de que pudiera estar detenido o condenado por asociación ilícita ni un solo militar, y menos un dirigente de la Triple A, del Batallón Vasco-Español, del Batallón Guezalaga, de ATE, del Comando Adolfo Hitler, del Comando Francisco Franco, del Comando Mussolini, de Orden Nuevo, Omega, del Movimiento Social Español, Acción Nacional Española o Guerrilleros de Cristo Rey. Nadie tampoco puede creerlo en la actualidad.

¿Presos de "la ETA"? Por las cárceles han pasado centenares. ¿Sospechosos de "la ETA"? Por comisaría han pasado miles. ¿Simpatizantes? Para qué seguir contando... Pero dirigentes o militantes de las Triples Aes, ni uno.

Los encargados antes del orden y de perseguir los delitos son los mismos de ahora. Y aquí en Euskadi nada ha variado en cuestión de impunidad y en cuestión de responsabilidad.

Ante la gravedad de tales acusaciones, el Ministerio Fiscal abrió diligencias contra el Sr. CASTELLS, por injurias al Gobierno. El asunto se tramitó ante el TS, habida cuenta de la condición de aforado del denunciado, pues, como hemos indicado previamente, ostentaba el cargo de senador.

Tras la correspondiente instrucción, el Ministerio Fiscal estimó que los hechos constituían un delito de injurias graves al Gobierno y solicitó una pena de 6 años y un día de prisión.

En su escrito de defensa, el Sr. CASTELLS sostuvo que:

“el artículo litigioso contenía afirmaciones exactas y que no expresaba una opinión personal del imputado sino las manifestaciones de la opinión pública. Proponía la práctica de pruebas encaminadas a establecer la veracidad de dichas informaciones, en particular, la presentación, por parte de las autoridades competentes, de los expedientes sobre investigaciones de la policía, detenciones, diligencias u otras actuaciones emprendidas contra los miembros de los grupos de extrema derecha responsables de los atentados denunciados en el artículo; la notoriedad de los hechos relatados privaba a este, en efecto, de todo carácter injurioso. Además, la defensa solicitaba el interrogatorio de 52 testigos, entre ellos miembros de los Parlamentos belga, italiano, francés, inglés, irlandés y danés, así como del Parlamento Europeo, sobre la práctica parlamentaria en materia de

El período de Ibáñez Freire como Director general de la Guardia Civil, bajo Fraga como Ministro de Interior, coincidió también con otra fase de gran proliferación en Euskadi de las acciones llamadas de extrema derecha. Vuelven la proliferación y la coincidencia. La escalada de los incontrolados suele acompañar en Euskadi a la escalada de las fuerzas policiales de represión.

Estos comandos, por llamarles de alguna forma, se mueven en Euskadi como el pez en el agua, en medio de una población que les es absolutamente hostil. Resulta demasiado inexplicable, para no estar a la vista, la explicación. Disponen de información exacta, más detallada, en muchos casos, para los atentados que cometen, que la que tienen a su disposición las gentes del país. Cuentan con amplios ficheros que se mantienen al día. Disponen de material bélico y fondos abundantes. Disponen de material y fondos sin limitación y de una impunidad absoluta. Dado el tiempo y condiciones en que vienen operando, puede decirse que tienen garantizada de antemano la impunidad legal. No sirve de nada que prohíban verlo.

Y esto cuenta para el pueblo. Y pesa más en Euskadi que todos los preautonómicos, consensos democráticos y zarandajas vacías o de formulación abstracta, porque tiene una presencia diaria y una realidad física y tangible. Sinceramente, no creo en la existencia de las asociaciones fascistas, cuyas siglas he señalado antes, fuera y al margen del aparato del Estado. O sea, que no creo en su existencia real. Pese a la proliferación de siglas, son siempre los mismos.

Detrás de estas acciones solo puede estar el Gobierno, el Partido del Gobierno y sus efectivos. Sabemos que van a utilizar, cada vez más como instrumento político la caza expeditiva y la eliminación física del disidente vasco. ¡Allá ellos con su falta de visión política!. Pero para el próximo que caiga entre nosotros, hay que señalar a los responsables, desde ahora y con la máxima publicidad”.

*crítica política; según ella, el señor Castell había actuado en el marco de su mandato representativo y de sus obligaciones correspondientes”.*³²⁶

El TS rechazó estos medios de prueba.³²⁷ Hemos querido destacar este punto, es decir, la afirmación de que se refería a hechos y no a opiniones, y la proposición de prueba efectuada a los efectos de acreditar estos hechos, así como su desestimación por parte del TS, porque, como luego comprobaremos, ello fue especialmente relevante para la *ratio decidendi* de la Sentencia del TEDH. Los medios de prueba propuestos tenían como finalidad servir de base para acreditar la *exceptio veritatis* (es decir, que aquello que se estaba diciendo correspondía con la veracidad).

Finalmente, el TS terminó condenando al Sr. CASTELLS a la pena de un año de prisión, con la pena de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas y gastos. No obstante, el TS, habida cuenta de las circunstancias del caso, decretó la suspensión, durante dos años, de la ejecución de la pena de prisión dictada, pero mantuvo la pena accesoria.

El Sr. CASTELLS interpuso recurso de amparo ante el TC, siendo desestimado. Sí que nos queremos detener en esta Sentencia. El demandante solicita el amparo, entre otros motivos, porque se le ha violado su derecho a la libertad de información, ya que no se le ha permitido demostrar que aquellos hechos que él denunciaba en el artículo, eran ciertos, al negarse el TS a practicar la prueba por él propuesta. A este respecto, el TC manifiesta que “*la admisibilidad de la exceptio veritatis en este ámbito, era una cuestión de simple legalidad y (...) es competencia exclusiva del Tribunal Supremo*”.

A la vista de esta Sentencia, el Sr. CASTELLS recurrió al TEDH (por aquel entonces, aún Comisión Europea de Derechos Humanos), por violación de su derecho a la libertad de expresión (en su sentido amplio, entendiendo también incluida la de información).

³²⁶ Ibídem, Apartado 11.

³²⁷ Ibídem, Apartado 12: “*Mediante Auto de 19 de mayo de 1982, el Tribunal Supremo rechazó la admisión de la mayor parte de los medios de prueba propuestos por la defensa, ya que estaban encaminados a demostrar la exactitud de las informaciones difundidas*”.

No nos detendremos ahora en otros argumentos de la Sentencia, que sí serán analizados en otras partes de la tesis, referidos a otros puntos fundamentales. Nos centraremos exclusivamente en la *ratio decidendi* de la resolución. Lo que se denunciaba en el artículo eran hechos. Por tanto, lo que estaba ejerciendo el demandante era su libertad de información (en el sentido de comunicar a sus lectores una serie de hechos ocurridos en el País Vasco). En consecuencia, para poder probar que lo que estaba diciendo era veraz, se le debería de haber dejado practicar la prueba propuesta. El TEDH entendió que, los órganos jurisdiccionales internos, al haber negado esta posibilidad, no le permitieron invocar en su descargo las excepciones de veracidad (*exceptio veritatis*) y buena fe,³²⁸ y por ello vulneraron el artículo 10 CEDH.

No obstante esta apreciación, que vendría a confirmar la tesis según la cual, en el presente caso hubo conculcación del derecho a la libertad de expresión por no dejar probar la veracidad de lo manifestado y su buena fe, merecen ser destacados dos votos concordantes emitidos por los magistrados, Sr. DE MEYER y Sr. PEKKANEN, y ello

³²⁸ *Ibidem*, Apartado 47: “En el caso de autos, el señor Castells ofreció en varias ocasiones, ante el Tribunal Supremo y después ante el Tribunal Constitucional, establecer la exactitud y la notoriedad de los hechos relatados por él; en su opinión, privaban a sus afirmaciones de cualquier carácter injurioso (apartados 11 y 16 supra).

El 19 de mayo de 1982, el Tribunal Supremo declaró inadmisibles las pruebas propuestas, a causa de que la excepción de verdad no era aplicable a las injurias contra las instituciones de la nación (apartados 12 y 21 supra); confirmó esta interpretación en su Sentencia de 31 de octubre de 1983 (apartado 13 supra). Por su parte, el Tribunal Constitucional estimó que se trataba de una cuestión de legalidad ordinaria que escapaba a su competencia (apartado 17 supra).

El demandante no pudo, por tanto, invocar en su descargo, en el marco de las diligencias entabladas contra él en virtud del artículo 161 del Código Penal, las excepciones de veracidad y de buena fe”.

Apartado 48: “Según el Gobierno, las alegaciones del señor Castells no se prestaban a una demostración de su exactitud a causa de su imprecisión; además, constituían juicios de valor, a los que no es aplicable la excepción de verdad.

Esta tesis no convence. El artículo publicado en “Punto y Hora de Euskalherria” (apartado 7 supra) debe ser considerado en su conjunto. El interesado comenzaba haciendo una larga lista de asesinatos y atentados perpetrados en el País Vasco, después subrayaba que habían quedado impunes; acusaba, después, a diversas organizaciones de extremistas, designadas por su nombre, y para acabar atribuía al gobierno la responsabilidad de la situación. Ahora bien, un intento de prueba era muy concebible para muchas de estas afirmaciones, al igual que el señor Castells podía, razonablemente, intentar probar su buena fe.

Nadie sabe a qué resultado habría llegado el Tribunal Supremo si hubiese admitido los medios de prueba presentados por el demandante, pero este Tribunal atribuye un peso decisivo a la circunstancia de que las declaró inadmisibles para el delito en cuestión (apartado 12 supra). Estima no necesaria, en una sociedad democrática, tal injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión del interesado”.

porque para estos magistrados, el Sr. CASTELLS se limitó a expresar su opinión libremente sobre el Gobierno, y ello no requería de prueba alguna.

En concreto, el Sr. DE MEYER,³²⁹ acepta que hubo conculcación del art. 10 CEDH, porque entiende que el demandante se limitaba a expresar su opinión sobre cómo el Gobierno omitía actuar contra los responsables de los atentados y asesinatos padecidos por una parte de la sociedad vasca. Por tanto, su derecho fue cercenado desde el mismo momento en que fue perseguido y condenado por haber escrito sobre algo que pensaba y que era de interés público. En consecuencia, para el Sr. DE MEYER, la *exceptio veritatis* no era pertinente, pues las reflexiones no están sometidas a criterios de constatación de veracidad.

El Sr. PEKKANEN estima que las manifestaciones realizadas por el Sr. CASTELLS se deben contextualizar en un debate político. En ellas, su autor reflexionaba sobre la responsabilidad del Gobierno en los asesinatos y ataques sufridos por una parte de la población vasca. El mero castigo padecido por haber opinado

³²⁹ *Ibíd*em, Opinión concordante del Magistrado Sr. DE MEYER: “En el artículo litigioso, el señor Castells hacía una larga lista de asesinatos y atentados perpetrados en el País Vasco y denunciaba la impunidad, calificada por él de insultante, de la que gozaban sus autores. Denunciaba la pasividad de las autoridades que, según él, no hacían nada para descubrirlos, aunque se mostraban muy activas “en otros supuestos”. Interpretando esto en el sentido de una connivencia con los culpables imputaba la responsabilidad de “estas acciones” al Gobierno y al partido del gobierno. Eran, sin duda, graves acusaciones. Pero, al proferirlas, no hacía sino ejercer legítimamente su derecho a la libertad de opinión y de expresión. Ese derecho fue violado en el caso de autos, ya que el señor Castells fue perseguido y condenado por haber escrito y publicado lo que pensaba sobre una cuestión de interés público: en una “sociedad democrática” no es admisible que se pueda castigar por eso. A este respecto, apenas importa que el señor Castells esté equivocado o tenga razón. La cuestión de la excepción de verdad no era pertinente en cuanto al juicio que hacía sobre la situación lo era menos aún cuando la realidad de los asesinatos y atentados mencionados en el artículo y la impunidad de sus autores no parece que haya sido negada. Puede ser útil añadir que en materia de injurias, calumnias y difamación, no conviene que las instituciones estén más protegidas que las personas y que el gobierno lo esté más que la oposición. No puedo, por tanto, aprobar la .protección reforzada. reservada al Gobierno por los artículos 161 y 162 del Código Penal español”.

críticamente del Gobierno supone, de suyo, una violación del artículo 10 del CEDH. En todo caso, a la opinión no le es exigible la comprobación de la *exceptio veritatis*.³³⁰

Como vemos, unos mismos antecedentes de hechos pueden ser calificados como afirmaciones de hechos o como juicios de valor, por parte de los distintos magistrados del TEDH.

b) El caso *Otegi*³³¹

El asunto tiene su origen en una demanda dirigida por el Sr. OTEGI contra el Reino de España, por presunta conculcación del derecho a la libertad de expresión, reconocida en el artículo 10 del CEDH. Merece destacarse que, en el momento en que escribió dicho artículo, el Sr. OTEGI era portavoz, en la Cámara Vasca, del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak.

³³⁰ Opinión concordante del Magistrado Sr. PEKKANEN: “En su artículo, el señor Castells enumeraba, para comenzar, una serie de asesinatos y ataques perpetrados en el País Vasco y subrayaba que, no aclarados, seguían estando impunes. Evocaba igualmente la implicación de diversas organizaciones de extrema derecha. De estos hechos sacaba la conclusión de que “detrás de estas acciones solo pude estar el Gobierno, el Partido del gobierno y sus efectivos”.

El Tribunal Supremo declaró al interesado culpable de injurias no graves al Gobierno. Juzgó que, en particular, proferidas a guisa de crítica política al Gobierno, habían excedido los límites tolerables de tal reprobación y habían atentado contra el honor del gobierno. Estimó también que la excepción de verdad no era admisible en derecho español para este tipo de asuntos.

El Tribunal confiere una importancia decisiva al hecho de que el Tribunal Supremo español haya declarado la excepción de verdad inadmisibles para la infracción en cuestión. Desgraciadamente, no puedo compartir esta opinión. El hecho determinante para la constatación de una violación del artículo 10 del CEDH es, según mi opinión, que el señor Castells ha sido castigado por haber expresado la opinión según la cual el gobierno era responsable de los incidentes en cuestión y por haberla publicado. Por lo que se refiere a la excepción de verdad, discutida detalladamente en la Sentencia, estimo que no le era posible al señor Castells probar la veracidad de sus alegaciones, formuladas en el marco de un debate político, según las cuales, detrás de los asesinatos y ataques mencionados, estaba el Gobierno. Por consiguiente, la excepción de verdad no es pertinente en el presente caso. Para constatar una violación del artículo 10 del Convenio, basta que el demandante haya sido castigado por haber criticado al Gobierno, cuando lo ha hecho de una manera que debería estar autorizada en una sociedad democrática”.

³³¹ STEDH (Sección 3ª) de 15 marzo 2011, por la que se resuelve el caso *Otegi Mondragón* contra España. TEDH 2011\30.

El 26 de febrero de 2003, el Rey de España fue recibido por el presidente de la Comunidad Autónoma del País Vasco para participar en la inauguración de una central eléctrica en Vizcaya.

Apenas un mes antes, el 21 de febrero de 2003, por mandato del magistrado juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional (AN), se registraron y cerraron posteriormente, los locales del rotativo Euskaldunon Egunkaria, por su presunta vinculación con ETA. Diez personas fueron detenidas, entre ellas los principales responsables del periódico (miembros del consejo de administración y el director). Tras cinco días de detención incomunicada, los interesados denunciaron haber sufrido malos tratos durante el cautiverio.

Durante una conferencia de prensa celebrada el mismo día que el Rey había acudido a Euskadi, el demandante, en San Sebastián, como portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak, expuso la valoración política que hacía su grupo de la situación del periódico Egunkaria. En respuesta a una pregunta planteada por un periodista, manifestó, refiriéndose a la visita del Rey al País Vasco, *«es patético y una sinvergonzada política»* que el presidente del Gobierno vasco haya inaugurado un proyecto con Juan Carlos de Borbón, indicando que *«esta imagen vale más que mil palabras»*. Añadió que inaugurar un proyecto con el Rey de los españoles, jefe supremo de las Fuerzas Armadas y, por tanto, mando último de la Guardia Civil era absolutamente lamentable. En relación a lo sucedido en la operación policial contra el diario Egunkaria, añadió que el Rey era el jefe de aquellos que habían torturado a los detenidos en el marco de dicha operación. Se expresó con estas palabras:

«¿Cómo es posible que se fotografíen 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 torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?».

El 7 de abril de 2003, el Ministerio Público formuló querrela contra el demandante por delito de «injurias graves al Rey» ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dada cuenta su condición de aforado en la Cámara Vasca.

El Tribunal Superior de Justicia terminó absolviendo al Sr. OTEGI, pues consideró que sus expresiones críticas con la institución monárquica estaban, en todo caso, amparadas por dicha libertad de expresión³³².

Frente a esta Sentencia, se alzó el Ministerio Fiscal, interponiendo recurso de casación ante el TS, que fue estimado por este último, condenando al demandante a la pena de un año de prisión, a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas, como autor criminalmente responsable de un delito de injurias graves al Rey.³³³ Sin embargo, hubo un voto particular emitido por el Magistrado Sr. ANDRÉS IBÁÑEZ, en el que se mostraba

³³² *Ibídem*, Apartado 13: “Por Sentencia de 18 de marzo de 2005, el Tribunal Superior declaró la libre absolución del demandante. El tribunal, tras declarar que las declaraciones del demandante eran «claramente ofensivas, impropias, injustas, oprobiosas y ajenas a la realidad» estimó lo siguiente: «(...) No se trata de una cuestión referente a la vida privada del Jefe del Estado sino del rechazo de la institución que aquel personalmente simboliza (...) la crítica de una institución constitucional no está excluida del derecho a la libertad de expresión, y en tales casos este adquiere, frente al derecho al honor, el carácter de un derecho constitucional prevalente en tales materias. La Constitución no acuerda el derecho a la libertad de expresión solo para algunos puntos de vista considerados correctos, sino para todas las ideas dentro de los límites que ella misma establezca»”.

Apartado 14: “El tribunal concluyó así: «Las declaraciones [del demandante] se realizaron en un ámbito que puede sin dificultad considerarse de carácter público –político e institucional–, no solo en razón de la condición del sujeto agente –Parlamentario del Parlamento Vasco–, sino también de la autoridad a la que se dirige, coincidente con la más Alta Magistratura del Estado, y en el marco inferible en el que se desenvuelve, que es el de la crítica política al Lehendakari por su formal hospitalidad en el recibimiento ofrecido a SM el Rey, D. Juan Carlos I, en las circunstancias que refiere de cierre de la revista Egunkaria y detención de sus responsables, además de la denuncia de malos tratos hecha pública por aquellos, y por tanto, ajeno al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda injerencia de parte de terceros»”.

³³³ *Ibídem*, Apartado 16: “El Tribunal Supremo casó y anuló la Sentencia dictada por la jurisdicción a quo, basándose en múltiples referencias a la jurisprudencia del Tribunal y, en segundo lugar, condenó al demandante a la pena de un año de prisión, a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas, como autor criminalmente responsable de un delito de injurias graves al Rey. El Tribunal Supremo consideró que las frases en litigio eran juicios de valor y no afirmaciones fácticas. Tales declaraciones, calificadas de «oprobiosas» por el tribunal a quo, expresaban un menosprecio al Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le estaban atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más graves en un Estado de Derecho. El ejercicio del derecho de la libertad de expresión resultaba, por tanto, contrario al principio de proporcionalidad e innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes o desabridas. El Tribunal Supremo señaló igualmente que las declaraciones no podían verse atemperadas por el contexto en el que habían sido pronunciadas. Por un lado, las denuncias por presuntas torturas de los detenidos en el marco de la operación contra el diario Egunkaria habían sido archivadas y sobreseídas por falta de pruebas. Por otro lado, las frases denunciadas no podían interpretarse como una reacción a un debate o contienda política con el Rey. Habida cuenta de la gravedad de las declaraciones injuriosas y de la voluntad del demandante de hacerlas públicas, el Tribunal Supremo pronunció la pena de un año de prisión”.

disconforme con la mayoría, entendiendo que el Sr. OTEGI no había hecho más que ejercer su derecho a la libertad de expresión.³³⁴

³³⁴ STS (Sala de lo Penal) núm. 1284/2005 de 31 octubre. RJ 2005\7193. Voto particular del Magistrado Sr. ANDRÉS IBÁÑEZ: *“Como la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la Sentencia a examen, entiendo que la acusación recae sobre una manifestación de naturaleza y alcance exclusivamente políticos. En tanto que debida al exponente de una formación de este carácter -miembro de la Asamblea Legislativa de su comunidad autónoma, en el momento de los hechos- y producida, además, en el contexto de un pronunciamiento acerca de la actitud del jefe del Gobierno Vasco ante una visita real. Por ello, a mi juicio, en el tratamiento del asunto tendría que primar el derecho a la libertad de expresión, pues, como bien dice el tribunal de instancia, “no se trata de una cuestión referente a la vida privada del Jefe del Estado”. De ahí que su honor -valor personalísimo, que es el bien jurídico objeto de tutela de los delitos de injuria y calumnia a los que remite el art. 490, 3 CP no se habría visto aquí afectado.*

En efecto, la declaración del imputado que recoge los hechos está referida al Rey de España en su papel institucional, exclusivamente. Y este, que lleva asociada la condición de jefe del Ejército, es lo que -en el criterio del ahora recurrido- le haría “responsable de los torturadores” y de “imponer” el “régimen monárquico (...) mediante la tortura y la violencia”.

Dado el tenor de estas manifestaciones, es patente que en ellas no hay atribución al Rey de España de decisiones o actuaciones relacionadas con actos concretos de tortura. Lo que allí se afirma es que su colocación en el vértice de la estructura del Estado le depararía una implicación objetiva en acciones de esa clase -se afirma que- perpetradas en alguno de sus aparatos.

En tal modo de decir, por tanto, no hay ofensa ni mortificación de la persona, sino un burdo parecer negativo sobre el rol de la institución. Juicio que guarda plena coherencia con la actitud política del emisor y del grupo por él representado, en ese momento dentro de la legalidad.

Como es notorio, el uso de la libertad de expresión se amplía sensiblemente cuando versa sobre instituciones, dado que estas no gozan de ese atributo exclusivo de la persona que es el honor. Y, por tanto, su presencia en la esfera pública tiene lugar en un régimen de protección de intensidad menor que la reconocida a los particulares. Se trata de una opción de fondo, de una connotación estructural de las democracias, con traducción, como no podía ser de otro modo, en la política penal.

La vigencia de este planteamiento, que subyace sin asomo de duda al diseño constitucional, no queda subordinada a que el discurso objeto de consideración responda a un cierto estándar de calidad. Pues si así fuera solo sería tolerable la palabra medida y dotada de algún rigor argumental.

Por el contrario, tratándose de manifestaciones animadas de una exclusiva intencionalidad política, la Constitución abre el más amplio espacio a la discrepancia; hasta el punto de admitir exteriorizaciones torpes de desafecto a las instituciones, si se limitan al plano verbal. Es por lo que en tal espacio tienen cabida, incluso, declaraciones como las contempladas, que por su total negatividad y su ausencia de rigor intelectual y de finura dialéctica, son una suerte de desahogo subcultural o de exabrupto. Sin nada que ver, desde luego, con el ejercicio de la crítica racional, pero que aquí fueron la forma de expresión de una de las opciones políticas en presencia.

El punto de vista que sostengo encuentra apoyo en conocida jurisprudencia constitucional. Por ejemplo, de forma paradigmática en la STC 190/1992, de 16 de noviembre, en la que, al hilo de una reflexión comparativa entre la actitud del, en su momento, senador Castells (favorecido por la Sentencia del TEDH de 23 abril 1992) y la del solicitante de amparo -que fue denegado- en el caso, hace hincapié en la existencia de un “salto cualitativo” entre la actitud consistente en realizar imputaciones genéricas de actuaciones ilegítimas, como una especie de recurso retórico, y la que se cifra en la atribución de precisas responsabilidades por la intervención en actos delictivos concretos de tortura y asesinato.

Y es, precisamente, este criterio el mismo que se refleja en una Sentencia de esta sala de 17 de mayo de 1990 -también citada en la de instancia- confirmatoria de la absolución de un delito de injurias, supuestamente cometido al calificar de torturador al jefe del ejecutivo.

El demandante interpuso recurso de amparo frente al TC, siendo que este inadmitió el recurso por falta de contenido constitucional.³³⁵ Frente a esta decisión, el actor presentó demanda ante el TEDH.

Tras realizar el correspondiente “test de Estrasburgo”, el TEDH llega a la conclusión que la medida restrictiva asumida por el Reino de España no está justificada, y, por tanto, existe en la actuación de los tribunales internos españoles una conculcación del derecho a la libertad de expresión del art. 10 CEDH.

A pesar de los múltiples fundamentos jurídicos, en este apartado nosotros nos vamos a centrar exclusivamente en la apreciación que realiza el TEDH sobre las declaraciones fácticas y los juicios de valor. Como ya hemos visto, los segundos no se

Es por lo que entiendo que la resolución impugnada tendría que haberse confirmado”.

³³⁵ *Ibídem*, Apartado 20: “Por Auto de 3 de julio de 2006, notificado el 11 de julio de 2006, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo presentado por el demandante por carecer de contenido constitucional. De entrada, señaló que el derecho a la libertad de expresión no reconoce un derecho al insulto. Recordó a este respecto que la Constitución no vedaba, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, pero que la libertad de expresión no protegía las expresiones absolutamente vejatorias que, al margen de su veracidad, fueran ofensivas u oprobiosas y resultaran impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate”.

Apartado 21: “El Alto Tribunal estimó que la Sentencia del Tribunal Supremo realizaba adecuadamente la ponderación de los distintos derechos en conflicto, en la medida en que concluía que las expresiones en litigio eran desproporcionadas teniendo en cuenta el contexto circunstancial en el que se vertieron, el carácter público del acto y el interés público del tema en cuestión (la práctica de torturas), así como que las mismas atañían a individuos con relevancia pública (un representante político y el Rey). Para el Tribunal Constitucional, difícilmente podía negarse el carácter oprobioso, vejatorio e infamante de las frases para cualquier persona, incluso pública. Esta conclusión era aún más válida si ello se refería al Rey, por cuanto su persona «no está sujeta a responsabilidad», en el sentido del artículo 56.3 de la Constitución y es «símbolo de la unidad y permanencia» del Estado. Habida cuenta del papel que se le confiaba de «arbitrio y moderación del funcionamiento regular de las instituciones», el Rey ocupaba una posición de neutralidad respecto de la contienda política, posición que le hacía acreedor de un respeto institucional «cualitativamente» distinto al de las demás instituciones del Estado. El Alto Tribunal se expresó así:

«En un sistema democrático, con libertad ideológica y de expresión, tal caracterización no le hace inmune a la crítica “en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas” (...); pero tal eventual crítica no puede implicar la imputación de actuaciones efectivas del poder público –algo que imposibilita la Constitución según antes se ha señalado– como pretexto para menoscabar gratuitamente su dignidad o su estima pública.»

Apartado 22: “Por último, el Tribunal Constitucional concluyó que las afirmaciones efectuadas por el demandante superaban de manera patente, por su notorio carácter infamante, el nivel de lo lícito. Al igual que el Tribunal Supremo, consideró que tales afirmaciones expresaban un evidente menosprecio al Rey y a la institución que encarna su persona afectando al núcleo último de su dignidad, por lo que manifiestamente no podían considerarse amparadas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.

prestan a una demostración de su veracidad y, por tanto, cualquier exigencia de veracidad de los juicios de valor es irrealizable y vulneraría la propia libertad de expresión. No obstante, cuando una declaración equivale a un juicio de valor debe tener suficiente base factual, sin lo cual sería excesiva. El Tribunal puntualiza también que la necesidad de que unos hechos sustenten un juicio de valor es menos rigurosa cuando estos ya son conocidos por el público en general.³³⁶

Centrada en estos términos la cuestión de la interpretación, en abstracto, de la libertad de expresión, el TEDH entra a valorar si las palabras vertidas por el demandante estarían amparadas por la libertad de expresión.

En primer lugar, el TEDH entiende que las palabras vertidas por el demandante no se pueden entender desligadas de las acusaciones de malos tratos efectuadas por el director del diario Egunkaria, y deben comprenderse insertas en el ámbito de un debate político más amplio sobre la eventual responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado en algunos casos de malos tratos.³³⁷

³³⁶ *Ibíd*em, Apartado 53: “En lo que se refiere a las palabras empleadas por el demandante, los tribunales internos las consideraron oprobiosas, vejatorias e infamantes, al atribuir al Jefe del Estado «una de las manifestaciones delictivas más grave en un Estado de Derecho», la tortura («responsable de los torturadores», «el que protege la tortura y nos impone, bajo la tortura y la fuerza, el régimen monárquico»). A este respecto, el Tribunal recuerda que cabe distinguir entre declaraciones fácticas y juicios de valor. Si bien la materialidad de los hechos puede probarse, los segundos no se prestan a una demostración de su veracidad; la exigencia de veracidad de los juicios de valor es irrealizable y vulnera la propia libertad de expresión, elemento fundamental del derecho recogido en el artículo 10. Sin embargo, la calificación de imputación de hecho o juicio de valor de una declaración depende, en primer lugar, del margen de apreciación de las autoridades internas, concretamente de los tribunales internos. Asimismo, incluso cuando una declaración equivale a un juicio de valor debe tener suficiente base factual, sin lo cual sería excesiva (...). El Tribunal puntualiza también que la necesidad de que unos hechos sustenten un juicio de valor es menos rigurosa cuando estos ya son conocidos por el público en general”.

³³⁷ *Ibíd*em, Apartado 53: “En el presente caso, el Tribunal señala que el Tribunal Supremo afirmó en su Sentencia que las frases en litigio eran juicios de valor y no imputaciones de hechos. Sin embargo, consideró que el contexto en el que habían sido formuladas no justificaba su gravedad, habida cuenta del hecho de que las denuncias por presuntas torturas de los responsables del diario Egunkaria habían sido archivadas y sobreesidas por falta de pruebas. El Tribunal señala que las declaraciones del demandante tenían un nexo suficiente con las acusaciones de malos tratos, hechas públicas por el director del diario Egunkaria cuando fue puesto en libertad. Asimismo, señala, que se podía entender que las expresiones empleadas por el demandante se inscribían en el ámbito de un debate político más amplio sobre la eventual responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado en algunos casos de malos tratos”

En segundo lugar, el TEDH estima que, aun reconociendo que el lenguaje que utiliza el demandante puede ser considerado provocador, ello estaría amparado por la libertad de expresión. El límite, en este caso, se encontraría en lo que se ha dado en llamar el “discurso del odio” o en la exhortación al uso de la violencia. En ningún momento, de las palabras vertidas por el demandante, se puede deducir que las mismas provocaren ninguna de estas consecuencias³³⁸. En el presente caso, las expresiones empleadas por el demandante se referían únicamente a la responsabilidad institucional del Rey como jefe y símbolo del aparato del Estado y de las fuerzas que, según las declaraciones del demandante, habían torturado a los responsables del periódico Egunkaria. En ningún momento cuestionaban la vida privada del monarca o su honorabilidad personal, y no contenían un ataque personal gratuito contra su persona.³³⁹

³³⁸ *Ibídem*, Apartado 54: “Al examinar las declaraciones en sí mismas, el Tribunal reconoce que el lenguaje utilizado por el demandante se haya podido considerar provocador. Sin embargo, si bien es cierto que toda persona que participa en un debate público de interés general, como el demandante en este caso, está obligada a no sobrepasar ciertos límites en relación, concretamente, con el respeto de la reputación y los derechos ajenos, sí le está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, ser algo inmoderada en sus declaraciones (...) El Tribunal señala que aunque algunos de los términos del discurso del demandante pintan uno de los cuadros más negativos del Rey como institución, adquiriendo así una connotación hostil, no exhortan al uso de la violencia ni se trata de un discurso de odio, lo que a juicio del Tribunal es el elemento esencial a considerar (...) Por otra parte, señala que ni los tribunales internos ni el Gobierno han justificado la condena del demandante mencionando la incitación a la violencia o el discurso de odio”.

³³⁹ *Ibídem*, Apartado 56: “El Tribunal estima que, pese a las diferencias existentes con un régimen republicano como el de Turquía, los principios que se desprenden de su propia jurisprudencia en la materia son en teoría también válidos en lo que respecta a un régimen monárquico como el de España, en el que el Rey ocupa una posición institucional singular, como recuerda el Gobierno. En efecto, en el referido asunto Pakdemirli (...), la sobreprotección del Presidente de la República se refería también al hecho de que la persona que ocupa esta función no recibe el título de político sino de estadista (...) El Tribunal estima que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado español, no lo pone al abrigo de todas las críticas en el ejercicio de sus funciones oficiales o, como en el presente caso, en su condición de representante del Estado, al cual simboliza, de las procedentes de aquellos que se oponen legítimamente a las estructuras constitucionales de dicho Estado, incluido su régimen monárquico. A este respecto, señala que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual absolvió al demandante en primera instancia, recordó que la crítica de una institución constitucional no está excluida del derecho a la libertad de expresión (...). El Tribunal ha de destacar que es precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, cuando más preciosa es la libertad de expresión (...). Asimismo, estima que el hecho de que la persona del Rey no esté «sujeta a responsabilidad» en virtud de la Constitución española, concretamente en el ámbito penal, no impide de por sí el libre debate sobre su eventual responsabilidad institucional, incluso simbólica, en la jefatura del Estado, dentro de los límites del respeto de su reputación como persona”.

Apartado 57: “A este respecto, el Tribunal considera que, en el presente caso, las declaraciones en litigio no cuestionaban la vida privada del monarca (...) o su honorabilidad personal, y que no contenían un

En definitiva, las expresiones vertidas por el Sr. OTEGI respondían perfectamente a lo que se conoce como “*political speech*” (discurso político), que merece el máximo amparo del TEDH.

Señala, en este sentido, que precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, es cuando más preciosa resulta la libertad de expresión.³⁴⁰ Esta manifestación deja bien a las claras la esencialidad que le reconoce el TEDH a esta libertad, sobre todo, cuando se enmarca en el discurso político, frente a otros que pretenden restringirla con fines tan espurios como la propia censura.

c) Reflexiones sobre ambas Sentencias

La crítica política, para el TEDH, goza de la más amplia protección dentro del ámbito de la libertad de expresión, pues la misma se encuentra en el corazón mismo del sistema democrático.

Reconocemos, como ha quedado patente, la dificultad de distinguir cuando nos encontramos ante afirmaciones de hechos o ante juicios de valor, y más, cuando los mismos se dan de modo conjunto. Pero, cuando nos encontremos ante un ejemplo de discurso político (“*political speech*”), en el cual se pueden entremezclar afirmaciones de hecho y juicios de valor, la interpretación debe ser lo más laxa posible en favor de dicha libertad de expresión, siempre que éstos últimos tengan una base fáctica sobre la que apoyarse o bien sean hechos públicamente conocidos. Como URÍAS MARTÍNEZ sostiene, respecto del caso CASTELLS, y conforme los votos particulares de la STEDH, en realidad, “*no se trataba tanto de la posibilidad de demostrar los hechos en*

ataque personal gratuito contra su persona (...) Señala también que para el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco las declaraciones del demandante se realizaron en un ámbito de carácter público y político, ajeno al «núcleo último de la dignidad de las personas» (...) El Tribunal señala, por otra parte, que tales declaraciones tampoco cuestionaban la manera en la que el Rey desempeñaba sus funciones oficiales en un ámbito concreto, ni le atribuían ninguna responsabilidad individual en la comisión de un delito concreto. Las expresiones empleadas por el demandante se referían únicamente a la responsabilidad institucional del Rey como jefe y símbolo del aparato del Estado y de las fuerzas que, según las declaraciones del demandante, habían torturado a los responsables del periódico Egunkaria”.

³⁴⁰ *Ibidem.* Vide apartado 56.

*los que se fundaba una valoración claramente política, como de la libertad de emitir esta públicamente”.*³⁴¹

Conforme veremos en el último capítulo, la garantía de la crítica político-institucional no está plenamente consolidada en nuestro país, consecuencia, sin duda, de nuestra desafortunada Historia. Así lo demuestra la mera existencia del caso OTEGI, que se produce casi veinte años después del fallo del caso CASTELLS. Como indica RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, refiriéndose concretamente al caso OTEGI, mientras la línea interpretativa de los tribunales internos siga siendo la restrictiva para con la libertad de expresión, *“lo previsible es que se sigan produciendo nuevas condenas por parte del Tribunal Europeo”.*³⁴²

2.- LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN: LA VERACIDAD COMO LÍMITE INTRÍNSECO

A) El concepto de “veracidad”

Junto a la libertad de expresión, nos encontramos el derecho a la libertad de información, que incluye el derecho a emitir informaciones veraces, así como a recibirlas.

El elemento, aquí fundamental, para que esta libertad de información tenga cobertura legal, es que la misma sea veraz. Ello es lógico, si tenemos en cuenta que la información veraz es la base del sistema democrático. Si los ciudadanos no somos informados verazmente sobre las cuestiones de orden público, mal podremos tomar partida en aquellos asuntos que nos atañen y, menos aún, podremos tener una

³⁴¹ URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN, “Castells c. España (STEDH de 26 de abril de 1992): La libertad de crítica política veraz”, en *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, (Coord. Rafael Alcácer Guirao y otros), Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013, pág. 582.

³⁴² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, “Otegi Mondragón c. España (STEDH de 15 de marzo de 2011): el derecho a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político en *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (Coord. Rafael Alcácer Guirao y otros), Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013, pág. 638.

participación coherente en la *res* pública. Además de ser una garantía institucional, recordemos que también se trata de un derecho de carácter individual, íntimamente ligado con la libertad de conciencia, la dignidad y, por tanto, con el libre desarrollo de la personalidad. Sin una información veraz, la base de la formación de nuestra conciencia sería errática, y, por tanto, nuestro desarrollo de la personalidad no sería libre. Solo con una información plenamente veraz, el individuo puede tomar sus decisiones en libertad.

Como veíamos previamente, el derecho a informar libremente recae sobre hechos, y los mismos sí que son preceptivos de prueba, siendo que ello tiene relación directa con el concepto de veracidad. El requisito de la veracidad será exigible a cualquier emisor, sea este un profesional de la información o no lo sea. Ahora bien, en el caso del periodista, ello forma parte además de sus obligaciones y deberes profesionales. Así pues, para dicho profesional, la información será veraz si puede probar que lo que ha publicado ha sido el resultado de una actuación diligente, respetuosa con la buena fe y con la deontología que regula dicha profesión.³⁴³ Sin embargo, para alguien que no sea profesional de la información, tan solo se le exigirá la buena fe.

Es muy importante tener en cuenta que veracidad no equivale a verdad. De hecho, como reconoce DÍEZ PICAZO³⁴⁴, exigir que todo cuanto se publique sea verdad conllevaría silenciar, de facto, a la prensa. Como veremos más adelante, los periodistas tienen un estatuto privilegiado en la defensa de su libertad de expresión (e información). Ello conlleva, a su vez, una obligación fundamental, y es que su proceder sea diligente y esté amparado en la deontología profesional y la buena fe. Por tanto, incluso la publicación de una noticia que después se demuestre falsa, estaría amparada en esa libertad de información si se han respetado los requisitos a los que previamente hemos

³⁴³ Tratamos con mayor amplitud el tema del respeto a la deontología profesional como elemento clave para determinar si una información responde al requisito de la veracidad más adelante. Para el TEDH el concepto español de veracidad sería el equivalente a su respeto por los deberes y responsabilidades profesionales.

³⁴⁴ DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 316: “Si se exigiera que todas las noticias fueran verdaderas, el coste de la libertad de información sería prohibitivo, (...) no habría información posible y la única actitud prudente sería el silencio”.

hecho mención. Obviamente ello no protege a quien, después de conocerse la falsedad de la misma, continúe informando de ella como verdadera, pues ahí ya incumpliría el mandato de la buena fe profesional. Tampoco ampararía aquellas conductas que muestran solo una parte de la verdad, ocultando, la otra o las otras, provocando, de este modo, en la sociedad, una percepción equivocada de la realidad.³⁴⁵ Así pues, para demostrar la veracidad de la noticia no deberemos acudir tanto a datos plenamente objetivos, como son los hechos relatados en la misma, como a aspectos subjetivos, como es el modo de proceder del informante³⁴⁶.

B) La doctrina de la “actual malice” estadounidense y su relación con la veracidad

Para entender la doctrina, tanto del TEDH, como la española, en relación a la veracidad, tenemos que acudir necesariamente a la jurisprudencia norteamericana, la cual, en su Sentencia que resuelve el caso *New York Times v. Sullivan*,³⁴⁷ asienta el concepto de malicia real (“*actual malice*”).

La elección no es casual, pues como señala MUÑOZ MACHADO, “*en el caso Times, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos hizo la más extraordinaria exposición de su historia sobre la posición de la libertad de prensa en la sociedad libre*”.³⁴⁸

³⁴⁵ STEDH (Sección 5ª) de 14 diciembre 2006, por la que se resuelve el caso *Shabanov y Tren* contra Rusia. TEDH 2006\79. Apartado 39: “*La finalidad de las disposiciones legales sobre difamación es la protección de las personas contra las falsedades capaces de empañar su reputación. Una falsedad puede propagarse afirmando hechos inciertos, pero también evitando hechos verdaderos que, si se hubieran dado a conocer, habrían alterado de manera significativa la percepción de la cuestión. Los demandantes en este caso eran responsables por no haber informado a los lectores de la formación en Leyes de la señora P. Por lo tanto el Tribunal considera que la injerencia estaba «prevista por la Ley»*”.

³⁴⁶ Nos remitimos a lo recogido en el apartado referido a “*LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL COMO ELEMENTO NUCLEAR EN LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS PERIODISTAS*”.

³⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano, por la que se resuelve el caso *New York Times Co. V. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=376&invol=254>

³⁴⁸ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 100.

Ello es lógico, si tenemos en cuenta, como sigue indicando el mencionado autor, que:

*“no es difícil, desde luego, justificar la elección de Estados Unidos de América para estudiar el régimen de la libertad de prensa y las acciones por difamación. Sin apurar demasiado, se pueden encontrar enseguida media docena de razones: la importancia que la prensa tiene en aquel país, su poder efectivo, su contribución a la crítica y el debate público, la batalla continua por mantener saneado el sistema político, la circunstancia de que, sin duda, exista al servicio de la libertad de prensa la jurisprudencia más decididamente defensora de la misma que puede encontrarse en ningún otro país occidental, etc”.*³⁴⁹

Con carácter previo a analizar el caso *New York Times v. Sullivan*, debemos contextualizar el mismo. Así, debemos recordar que se da en una época en la que se estaba produciendo una auténtica lucha pacífica, por parte de la población negra, contra la segregación racial en el Sur de los EEUU.

El Dr. MARTIN LUTHER KING había sido arrestado en Alabama, acusado de falsedad al rellenar los impresos de los impuestos. Recordemos que el detenido era uno de los principales activistas en la defensa de la igualdad de la población negra.

EL COMITÉ PARA LA DEFENSA DE MARTIN LUTHER KING Y LA LUCHA POR LA LIBERTAD DEL SUR remitió un escrito al NEW YORK TIMES, el cual publicó, titulado *“Heed their rising voices”* (“Presten atención a sus crecientes voces”).³⁵⁰ En el cuerpo del mismo, se indicaba que:

“Como el mundo entero sabe hoy, miles de estudiantes negros del Sur están comprometidos en manifestaciones generalizadas y no violentas de afirmación positiva del derecho a vivir dignamente, tal como lo garantiza la Constitución de los Estados Unidos y la Declaración de Derechos. En sus esfuerzos por defender esas garantías, ellos se están enfrentando una ola de terror sin precedentes promovida por quienes desmentirían y negarían la Constitución que el mundo entero respeta como el modelo de la libertad moderna.

³⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 88.

³⁵⁰ COMMITTEE TO DEFEND MARTIN LUTHER KING AND THE STRUGGLE FOR FREEDOM IN THE SOUTH, “Heed their rising voices”, edición del periódico *The New York Times*, de 29 de marzo de 1960, disponible en: <http://www.archives.gov/exhibits/documented-rights/exhibit/section4/detail/heed-rising-voices-transcript.html>

En Orangeburg, Carolina del Sur, cuando 400 estudiantes intentaron pacíficamente comprar donuts y cafés en las cafeterías en el distrito financiero, fueron expulsados por la fuerza, con gases lacrimógenos y mangueras, calándolos hasta los huesos, con temperaturas bajo cero, detenidos en masa y hacinados en una empalizada de alambre de púas, durante horas, con un intenso frío.

En Montgomery, Alabama, tras estar los estudiantes cantando "My Country, 'Tis of Thee" en la escalinata del Capitolio del Estado, sus dirigentes fueron expulsados del centro, y furgonetas cargadas de policías armados con escopetas y gases lacrimógenos rodearon el Campus del Alabama State College. Cuando todo el cuerpo estudiantil protestó ante las autoridades estatales, al negarse a volver a inscribirse, su comedor fue cerrado con candado en un intento de forzar a la sumisión mediante el hambre.

En Tallahassee, Atlanta, Nashville, Savannah, Greensboro, Memphis, Richmond, Charlotte, y otras ciudades del Sur, los jóvenes adolescentes estadounidenses, frente a todo el peso del aparato estatal oficial y al poder de policía, han dado un paso valiente adelante como protagonistas de la democracia. Su valentía y contención asombrosas han inspirado a millones y dado una nueva dignidad a la causa de la libertad.

No es de extrañar que los violadores sureños de la Constitución teman este nuevo tipo de luchador por la libertad no violento... incluso porque temen el afloramiento de un movimiento en favor del derecho al voto. No es de extrañar que estén decididos a destruir al hombre que, más que cualquier otro, simboliza el nuevo espíritu que recorre el Sur - el reverendo Dr. MARTIN LUTHER KING, líder de fama mundial por la protesta de autobuses de Montgomery, puesto que es su doctrina de la no violencia la que ha inspirado y guiado, en el incremento de la oleada de sentadas, a los estudiantes; y este mismo Dr. KING es el que fundó y es presidente de la Conferencia por el Liderazgo Cristiano en el Sur - la organización que encabeza el creciente movimiento por el derecho al voto. Bajo la dirección del Dr. KING, la Conferencia por el Liderazgo realiza talleres estudiantiles y seminarios sobre la filosofía y la técnica de la resistencia no violenta.

Una y otra vez, los infractores del Sur han respondido a las protestas pacíficas del Dr. KING con intimidación y violencia. Han bombardeado su casa hasta casi matar a su esposa e hijo. Han atentado contra su persona. Le han arrestado siete veces - por "exceso de velocidad", "vagabundear" y similares "delitos". Y ahora le han acusado de "perjurio", por la que le podrían encarcelar por diez años. Obviamente, su verdadero propósito es apartarlo físicamente como líder, en el que los estudiantes y otros millones buscan orientación y apoyo, y por lo tanto, intimidar a todos los líderes que puedan surgir en el Sur. Su estrategia consiste en decapitar a este movimiento afirmativo, y consecuentemente, desmoralizar a los negros estadounidenses y debilitar su voluntad de lucha. La defensa de MARTIN LUTHER KING, líder espiritual del movimiento estudiantil en pro de las sentadas, es, claramente, una parte integral de la lucha total para la libertad en el Sur.

Los estadounidenses decentes no pueden dejar de aplaudir la audacia creativa de los estudiantes y el heroísmo tranquilo del Dr. KING. Pero este es uno de esos momentos en la tormentosa historia de la libertad en el que los hombres y mujeres de buena voluntad deben hacer algo más más que aplaudir el levantamiento hacia la gloria de los otros. La América cuyo buen nombre pende de un hilo ante un mundo vigilante, es la América cuya herencia de libertad que estos defensores de la Constitución del Sur, están defendiendo, es nuestra América, así como la de ellos ... Debemos escuchar sus voces crecientes, sí, pero hay que añadir la nuestra.

Tenemos que ir más allá del apoyo moral y hacer llegar la ayuda material a aquellos que la necesitan urgentemente por estar arriesgándose, enfrentándose a la

cárcel, e incluso a la muerte, en una gloriosa reafirmación de nuestra Constitución y su Declaración de Derechos.

Os instamos a unir nuestras manos junto a las de nuestros compatriotas americanos en el Sur mediante el apoyo, con vuestros dólares, en este llamamiento combinado para cubrir las tres necesidades: la defensa de MARTIN LUTHER KING, el apoyo de los estudiantes en la batalla, y la lucha por el derecho al voto.

Vuestra ayuda se necesita urgentemente ahora”.

Este texto iba firmado por el Comité al que hemos hecho referencia previamente, y un conjunto de personalidades públicas, entre las cuales, merece ser destacada la exprimera Dama, la Sra. ELEANOR ROOSEVELT.

Como consecuencia de este artículo, el gobernador de Alabama y el Sr. SULLIVAN, comisionado de Asuntos Públicos y Supervisor en el Departamento de Montgomery, de Policía e Incendios, escribieron sendas cartas de rectificación. El periódico publicó de inmediato la carta del gobernador, pero no así la del Sr. SULLIVAN, respecto al cual le preguntaron en qué parte del escrito se sentía aludido. El Sr. SULLIVAN no ofreció respuesta al respecto, presentando una demanda por difamación, reclamando una indemnización de 500.000 dólares.

Aun cuando es cierto que el nombre del Sr. SULLIVAN no aparecía en ningún momento en el texto publicado, el mismo se sintió agraviado porque cuando se citaban los hechos de Montgomery, se citaba a la policía, y al ser él el Comisionado de las fuerzas del orden, por ello se sentía aludido. La misma alegación hizo respecto a los arrestos y a los ataques padecidos por el Sr. MARTIN LUTHER KING.

La Sentencia, dictada por un juzgado de Alabama en un enrarecido ambiente,³⁵¹ consideró probado que determinados hechos a los que se hacía referencia en el artículo

³⁵¹ Es muy revelador el resumen de circunstancias propiciatorias para el fallo estimatorio, que rodearon al caso, realizado por MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, cit., pág. 102 y 103: “La prensa local se lanzó contra su colega *New York Times*, acusándolo de haber dañado y enjuiciado salvajemente a la comunidad de Alabama.

El ambiente de odio racial que rodeó al proceso era enormemente denso. El New York Times no pudo encontrar un abogado en Alabama; al final apareció uno que había llevado otros casos de negros, pero se le encomendó la defensa al abogado neoyorkino del periódico, que se desplazó a Alabama y tuvieron que alojarlo en un motel con nombre supuesto.

no eran ciertos, y que ello podía afectar a la reputación del Sr. SULLIVAN, condenando al periódico a pagar los 500.000 dólares reclamados como indemnización. Dicha condena fue confirmada por la Corte Suprema de Alabama, siendo la misma recurrida, ante el Tribunal Supremo de EEUU.

Los Hechos descritos en el artículo, que resultaron no ser ciertos, son los siguientes:

Aunque los estudiantes negros organizaron una manifestación en la escalinata del Capitolio Estatal, ellos cantaron el Himno Nacional y no “*My Country, Tis of Thee*”.

Aunque nueve estudiantes fueron expulsados por el Consejo Estatal de Educación, ello no fue por liderar la manifestación del Capitolio.

Contrariamente a lo sostenido, no fue la totalidad, sino una parte de los estudiantes la que protestó por la expulsión, boicoteando las clases un solo día, negándose a matricularse; prácticamente todos los estudiantes se matricularon para el semestre siguiente.

El comedor del recinto universitario nunca fue clausurado y a los únicos estudiantes a los que se les pudo haber impedido comer allí, fueron los pocos que no habían firmado un formulario de prematriculación, ni solicitado vales de comida provisionales.

Aunque una considerable cantidad de policías estuvo presente cerca del recinto universitario en tres ocasiones, en ningún momento lo “cercaron” en relación con la manifestación en la escalinata del Capitolio.

El Dr. KING no había sido arrestado siete veces, sino cuatro; y aunque él reclamó haber sido agredido físicamente, algunos años antes, en conexión con su arresto por

El desarrollo del proceso ante el Tribunal duró tres días, dirigido por un juez claramente segregacionista y racista, que permitió a los abogados de Sullivan todo tipo de excesos. La Sentencia, al término, condenó al New York Times a pagar los 500.000 dólares que había reclamado Sullivan”.

merodear fuera de un tribunal, uno de los oficiales que hizo el arresto negó que hubiera ocurrido tal agresión.

Aunque en la casa del Dr. KING se habían puesto bombas en dos ocasiones, estando su esposa e hijo allí, ambas fueron anteriores a la designación de SULLIVAN como Comisionado, y la policía no solo no estuvo implicada en los atentados, sino que había hecho todos los esfuerzos posibles para atrapar a los autores.

Tres de los cuatro arrestos del Dr. KING ocurrieron antes de que SULLIVAN asumiera su cargo de Comisionado.

Aunque el Dr. KING había sido acusado (y luego absuelto) de dos cargos de perjurio, cada uno de los cuales implicaba una posible Sentencia de cinco años, SULLIVAN no tuvo nada que ver con la formulación de tales acusaciones.

Podemos deducir, por tanto, que el artículo estaba repleto de incertezas. Sin embargo, el Tribunal Supremo de EEUU entendió que, siempre y cuando la noticia no se publique a sabiendas de su falsedad, o con temerario desprecio a la verdad o hacia la falsedad del mismo, estaría amparada por el Primera Enmienda. Dicho de otro modo, lo importante no va a ser tanto que aquello publicado sea verdad o no lo sea, sino que el periodista haya actuado presumiendo que aquello que estaba publicando era cierto.

El Juez BRENNAN fue el ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo³⁵² por la que se declaró que los fallos de los tribunales inferiores habían contravenido la Primera Enmienda norteamericana.

Parte el Ilustre Magistrado BRENNAN de una idea básica: en democracia, es absolutamente imprescindible que haya una libre circulación de ideas, pudiendo ser las mismas expresadas, en ocasiones, de manera exagerada. Cuando, además, se refiere a

³⁵² Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano, por la que se resuelve el caso *New York Times Co. V. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=376&invol=254>

asuntos públicos, este debate libre debe ser desinhibido, robusto y ampliamente abierto, y puede incluir vehementes, cáusticos y, a veces, desagradables y afilados ataques contra el Gobierno o los servidores públicos.³⁵³ Ello supone asumir como inevitable

³⁵³ *Ibidem*: “The general proposition that freedom of expression upon public questions is secured by the First Amendment has long been settled by our decisions. The constitutional safeguard, we have said, “was fashioned to assure unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people”. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 484. “The maintenance of the opportunity for free political discussion to the end that government may be responsive to the will of the people and that changes may be obtained by lawful means, an opportunity essential to the security of the Republic, is a fundamental principle of our constitutional system”. *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 369. “[I]t is a prized American privilege to speak one’s mind, although not always with perfect good taste, on all public institutions,” *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 270, and this opportunity is to be afforded for “vigorous advocacy” no less than “abstract discussion”. *N. A. A. C. P. v. Button*, 371 U.S. 415, 429. [376 U.S. 254, 270] *The First Amendment*, said Judge Learned Hand, “presupposes that right conclusions are more likely to be gathered out of a multitude of tongues, than through any kind of authoritative selection. To many this is, and always will be, folly; but we have staked upon it our all”. *United States v. Associated Press*, 52 F. Supp. 362, 372 (D.C. S. D. N. Y. 1943). Mr. Justice Brandeis, in his concurring opinion in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375-376, gave the principle its classic formulation: “Those who won our independence believed . . . that public discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of the American government. They recognized the risks to which all human institutions are subject. But they knew that order cannot be secured merely through fear of punishment for its infraction; that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination; that fear breeds repression; that repression breeds hate; that hate menaces stable government; that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies; and that the fitting remedy for evil counsels is good ones. Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law - the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed.

Thus we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials. See *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 4; *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, [376 U.S. 254, 271] 365. The present advertisement, as an expression of grievance and protest on one of the major public issues of our time, would seem clearly to qualify for the constitutional protection”.

Traducción: La proposición general de que la libertad de expresión sobre cuestiones públicas se encuentra asegurada por la Primera Enmienda ha sido largamente establecida en nuestras decisiones. Hemos dicho que la salvaguarda constitucional “fue diseñada para asegurar un intercambio de ideas sin trabas, que produzca los cambios sociales y políticos deseados por el pueblo” (*Roth vs. United States*, 354 US 476, 484, 77 S.Ct. 1304, 1308, 1 L.Ed.2d 1498). “El mantenimiento de la oportunidad para la libre discusión política, con la finalidad de que el gobierno pueda ser responsable frente a la voluntad popular y que los cambios puedan ser obtenidos por medios legales supone una oportunidad esencial para la seguridad de la República, es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional” (*Stromberg vs. California*, 283 US 359, 369, 51 S.Ct. 532, 536, 75 L.Ed. 1117). “Es un preciado privilegio estadounidense poder expresar las propias opiniones, aunque no siempre con perfecto buen gusto, acerca de todas las instituciones públicas” (*Bridges vs. California*, 314 US 252, 62 S.Ct. 190, 86 L.Ed.192), y esta oportunidad debe ser concedida tanto para la “vigorosa defensa” de temas concretos como para la “discusión abstracta” (*N.A.A.C.P. vs. Button*, 371 US 415, 83 S.Ct. 328, 9 L.Ed. 2d. 405). La Primera Enmienda, dijo el juez Learned Hand, “presupone que las conclusiones correctas son más probables de ser alcanzadas a través de la presencia de una multitud de lenguas antes que a través de alguna clase de

que, en ocasiones, consecuencia de ese debate libre, nos encontremos ante la formulación de enunciados erróneos.³⁵⁴

Basándose en lo anterior, el ponente fija la doctrina de la malicia real (“actual malice”) como requisito necesario para que se pueda condenar por difamación. Esta doctrina supone que se debe probar que la noticia se publicó con malicia real, es decir, con conocimiento de que era falsa (“*with knowledge of its falsity*”) o con temerario desprecio hacia su falsedad o certeza (“*or with reckless disregard of whether it was false or not*”). Por tanto, lo relevante no será si la noticia es falsa o no, sino la actitud del periodista hacia la verdad. Esta doctrina será acogida por la jurisprudencia del TEDH y por la española, siendo aquí conocida con el nombre de “veracidad”.

selección autorizada. Para muchos esto es y siempre será una locura; pero nosotros hemos aportado todo sobre esta idea” (United States vs. Associated Press, 52 F.Supp. 362, 372 (D.C.S.D.N.Y. 1943). El juez Brandeis, en su opinión concurrente en “Whitney vs. California” (274 US 357, 375-376, 47 S.Ct. 641, 648, 71 L.Ed. 1095) dio al principio su formulación clásica: “aquellos que ganaron nuestra independencia creían... que la discusión pública es un deber político; y que esto debería ser un principio fundamental del gobierno estadounidense. Ellos reconocieron los riesgos a los cuales están sometidas todas las instituciones humanas. Pero también sabían que el orden no puede ser asegurado meramente a través del miedo al castigo por su infracción; que esto es peligroso por desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo engendra represión; que la represión engendra odio; que el odio amenaza a un gobierno estable; que el camino de la seguridad reposa en la oportunidad de discutir libremente las reivindicaciones pretendidas y los remedios propuestos; y que los buenos consejos son el remedio adecuado para contrarrestar los malos. Creyendo en el poder de la razón aplicada a la discusión pública, rechazaron el silencio impuesto coactivamente a través de la ley —el argumento de la fuerza en su peor forma—. Reconociendo las ocasionales tiranías del gobierno de las mayorías, ellos modificaron la Constitución de modo que la libertad de expresión y de asamblea estuviera garantizada.

Por ello consideramos que este caso contraría a los antecedentes que expresan un profundo compromiso nacional con el principio según el cual el debate de los asuntos públicos debería ser desinhibido, robusto y ampliamente abierto y que debería incluir ataques vehementes, cáusticos y algunas veces desagradablemente afilados sobre los funcionarios públicos y el gobierno (ver Terminiello vs. Chicago, 337 US 1, 4, 69 S.Ct. 894, 93 L.Ed. 1131; De Jonge vs. Oregon, 299 US 353, 365, 57 S.Ct. 255, 81 L.Ed. 278). En el presente anuncio, como expresión de reivindicación y protesta sobre uno de los mayores temas públicos de nuestro tiempo, parecería claramente quedar justificada la protección constitucional.

³⁵⁴ *Ibidem*: “*That erroneous statement is inevitable in free debate, and that it must be protected if the freedoms of expression [376 U.S. 254, 272] are to have the “breathing space” that they “need . . . to survive”.*

“(…) *the obsolete doctrine that the governed must not criticize their governors. . . . The interest of the public here outweighs the interest of appellant or any other individual. The protection of the public requires not merely discussion, but information (..) Errors of fact (..) are inevitable”.*

Traducción: Que una afirmación errónea es inevitable en el debate libre y que este debe ser protegido si la libertad de expresión ha de ser el “espacio vital” que las personas “necesitan... para sobrevivir”.

(...) la obsoleta doctrina de que el gobernado no debe criticar a sus gobernantes... El interés del público aquí excede el interés del recurrente... o cualquier otro individual. La protección del público no solo requiere discusión, sino también información. (...) Los errores de hecho (...) son inevitables.

Como indica MUÑOZ MACHADO:

“la argumentación de la Sentencia New York Times v. Sullivan ha resultado ser un impecable instrumento de mantenimiento de garantías, con que la Constitución rodeó a la libertad de prensa, y ha facilitado el desarrollo del debate público desde los medios, proporcionando defensas jurídicas seguras frente a las acciones por libelo”.

Este es, por tanto, el *leading case*, respecto a la doctrina de la malicia real, fundamento del posterior desarrollo jurisprudencial. Si bien es cierto que esta Sentencia se refiere únicamente a casos públicos de interés político, y en el que están implicados servidores públicos, dicha doctrina se ampliará, como recoge MUÑOZ MACHADO,³⁵⁵ en Sentencias posteriores a otros supuestos en los que el concepto de interés público no solo vendrá referido a los temas políticos y el de personaje público no se limitará solo al de representante institucional.

C) El derecho de réplica como garantía del pluralismo en la información y del honor de los afectados

El derecho de réplica supone el acceso a los medios de comunicación por parte de aquellas personas o entidades que consideran que una información que se está dando sobre ellas es incierta, o se trata de un juicio de valor que tiene carácter difamatorio, pudiéndole dañar su reputación.

Existen discrepancias sobre su nomenclatura, habida cuenta que también se utiliza el nombre de derecho de rectificación. Siguiendo al Magistrado del TEDH,

³⁵⁵ MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, cit., lleva a cabo una interesante recopilación jurisprudencial sobre la materia. Así pues, cita, entre otras, la Sentencia que resuelve el caso *TIME, INC. v. HILL*, 385 U.S. 374 (1967), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=385&invol=374>, respecto de la cual afirma que para el Tribunal Supremo *“la protección constitucional no puede entenderse limitada al debate sobre problemas que tienen que ser objeto de resolución política o gubernamental. Bastará, por el contrario, con que se tratase de una materia de interés público para que fuera aplicable el estándar de New York Times. El caso Hill fue una tremenda victoria de los medios de comunicación”* (pág. 109). También cita la Sentencia que resuelve el caso *CURTIS PUBLISHING CO. v. BUTTS*, 388 U.S. 130 (1967), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=388&invol=130>, respecto de la cual afirma que *“El Tribunal Supremo razonó que en Estados Unidos, la línea divisoria entre el Gobierno y el sector privado está, a veces, difuminada, de manera que hay figuras públicas que juegan un papel tan relevante en la sociedad como la de los oficiales gubernamentales”* (pág. 108).

DAVID PÓR BJÖRVINSSON,³⁵⁶ podemos concluir que el objeto del derecho de rectificación se refiere a los hechos; mientras que el objeto del derecho de réplica se refiere a las opiniones. No obstante, ya adelantamos que utilizaremos esta última acepción, con carácter general, pues es la que utiliza, el TEDH y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Ya en 1974, concretamente, el 2 de julio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Resolución sobre el derecho de réplica (Resolución (74) 26).³⁵⁷ Así

³⁵⁶ PÓR BJÖRGVINSSON, DAVID, “*The right of reply*” en *Freedom of Expression. Essays in honour of Nicolas Bratza* (VVAA), Wolf Legal Publishers, Oisterwijk (The Netherlands), 2012, pág. 163: “*This right (of reply) is often distinguished from a right of rectification, wich is limited to pointing out erroneous information published earlier*”.

Traducción: Este derecho (de réplica) a menudo se distingue del derecho de rectificación, el cual se limita a señalar la información errónea publicada anteriormente.

³⁵⁷ Resolución (74) 26), del Comité de Ministros, sobre el derecho de réplica, adoptada el 2 de julio de 1974, disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/res\(1974\)026_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/res(1974)026_EN.asp)

“*The Committee of Ministers,*

Considering that the right to freedom of expression includes the freedom to receive and to impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers, as laid down in Article 10 of the European Convention on Human Rights;

Considering that under this provision the exercise of this freedom carries with it duties and responsibilities, in particular in connection with the protection of the reputation or rights of others;

Considering that it is desirable to provide the individual with adequate means of protection against the publication of information containing inaccurate facts about him, and to give him a remedy against the publication of information, including facts and opinions, that constitutes an intrusion in his private life or an attack on his dignity, honour or reputation, whether the information was conveyed to the public through the written press, radio, television or any other mass media of a periodical nature;

Considering that it is also in the interest of the public to receive information from different sources, thereby guaranteeing that they receive complete information;

Considering that for these purposes the same principles should apply in respect of all media, although the means available to the individual might vary depending on whether the written press, the radio or television were involved;

Considering that at the present stage only the position of the individual in relation to media of a periodical character, such as newspapers, broadcasting and television should be taken into account and that the protection of the individual against interferences with his privacy or against attacks upon his honour, dignity or reputation should be particularly dealt with,

Recommends to member governments, as a minimum, that the position of the individual in relation to media should be in accordance with the following principles:

1. In relation to information concerning individuals published in any medium, the individual concerned shall have an effective possibility for the correction, without undue delay, of incorrect facts relating to him which he has a justified interest in having corrected, such corrections being given, as far as possible, the same prominence as the original publication.

2. In relation to information concerning individuals published in any medium, the individual concerned shall have an effective remedy against the publication of facts and opinions which constitute:

i. an interference with his privacy except where this is justified by an overriding, legitimate public interest, where the individual has expressly or tacitly consented to the publication or where publication is in the circumstances a generally accepted practice and not inconsistent with law;

ii. an attack upon his dignity, honour or reputation, unless the information is published with the express or tacit consent of the individual concerned or is justified by an overriding, legitimate public interest and is a fair criticism based on accurate facts.

3. Nothing in the above principles should be interpreted to justify censorship.

4. In the above principles:

i. the term "individual" is to include all natural and legal persons as well as other bodies irrespective of nationality or residence, with the exclusion of the state and other public authorities;

ii. the term "medium" covers any means of communication for the dissemination to the public of information of a periodical character, such as newspapers, broadcasting or television;

iii. the term "effective possibility for the correction" means any possibility which can be used as a means of redress, whether legal or otherwise, such as a right of correction, or a right of reply, or a complaint to press councils;

iv. the term "remedy" means a form of redress, whether legal or otherwise, such as provided under the law of defamation or a complaint to press councils, which is available to every individual without undue limitation such as unreasonable costs.

5. The above principles shall apply to all media without any distinction. This does not exclude differences in the application of these principles to particular media, such as radio and television, to the extent that this is necessary or justified by their different nature.

Recommends that member governments, when adopting legislation concerning the right of reply, make provision for the right of reply in the press and on radio and television and any other periodical media on the pattern of the minimum rules annexed to this resolution".

Traducción: Teniendo en cuenta que el derecho a la libertad de expresión incluye la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras, según lo establecido en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos;

Considerando que en virtud de esta disposición, el ejercicio de esta libertad entraña deberes y responsabilidades, en particular, en relación con la protección de la reputación o de los derechos de los demás;

Considerando que es deseable proporcionar al individuo medios adecuados de protección en contra de la publicación de información que contenga hechos inexactos acerca de él, así como hechos y opiniones que constituyan una intromisión en su vida privada o un ataque a su dignidad, honor o reputación, si la información fuera transmitida al público a través de la prensa escrita, radio, televisión o cualquier otro medio de comunicación de carácter periódico;

Teniendo en cuenta que también es de interés del público el recibir información de diferentes fuentes, garantizando así que reciban información completa;

Teniendo en cuenta que, a estos efectos, los mismos principios deben aplicarse en relación con todos los medios de comunicación, aunque los remedios de que disponga el individuo puedan variar en función de si se trata de prensa escrita, radio o televisión;

Teniendo en cuenta que en la etapa actual la posición del individuo en relación con los medios de comunicación de carácter periódico, como los periódicos, la radiodifusión y la televisión, debe ser tenida en cuenta y que debe ser considerada la protección de la persona contra las interferencias en su vida privada o contra ataques a su honor, dignidad o reputación,

Recomienda a los gobiernos miembros, como mínimo, que la posición del individuo, en relación con los medios de comunicación, deba ser conforme a los siguientes principios:

1. En relación a la información concerniente a personas físicas publicada en cualquier medio, la persona interesada tendrá la posibilidad efectiva de conseguir la corrección, sin dilaciones indebidas, de los hechos inexactos que le conciernan y que tenga un interés justificado en que sean corregidos. Dichas correcciones deberán, en la medida de lo posible, tener la misma importancia que la publicación original.

pues, ya entonces, el Consejo de Europa se mostró preocupado por la situación en la que quedaba aquel sobre el cual los medios podían publicar falsedades o incertezas, o comentarios difamatorios, así como el riesgo que ello conllevaba. Por esta razón, entendió que los medios tenían que facilitar el acceso de aquel que se mostrara afectado, para que pudiese replicar con su palabra. Además, con ello se conseguiría otro fin legítimo, cual es que la población tenga acceso a todas las fuentes posibles de información. Adjunto a la resolución, se acompañó un apéndice³⁵⁸ que establecía las reglas para ejercer este derecho (aunque las mismas se refieren únicamente a lo que sería un derecho de corrección sobre hechos inciertos y no a un derecho de réplica sobre juicios de valor que se puedan entender difamatorios).

2. En relación a la información concerniente a personas físicas publicada en cualquier medio, el interesado podrá interponer un recurso efectivo contra la publicación de hechos y opiniones que constituyan:

- i. una injerencia en su vida privada, salvo que esto se justifique por un primordial y legítimo interés público, por un consentimiento expreso o tácito o cuando la publicación es, dadas las circunstancias, una práctica generalmente aceptada y no resulta incompatible con la ley;
- ii. un ataque a su dignidad, honor o reputación, a menos que la información se publique con el consentimiento expreso o tácito de la persona en cuestión o esté justificada por un predominante y legítimo interés público y sea una crítica justa basada en hechos precisos.

3. Ninguna disposición de los principios anteriores debe ser interpretada para justificar la censura.

4. En los principios anteriores:

- i. el término "persona" incluye todas las personas físicas y jurídicas, así como otras entidades, independientemente de la nacionalidad o residencia, con la exclusión del Estado y otras autoridades públicas;
- ii. el término "medio" abarca cualquier medio de comunicación que difunda información al público, de carácter periódico, como prensa, radiodifusión o televisión;
- iii. el término "posibilidad efectiva de corrección" significa cualquier remedio posible que pueda ser utilizado como una vía de corrección, jurídica o no, tal como el derecho de rectificación, o el derecho de réplica, o una queja a los Consejos de Prensa;
- iv. el término "remedio" significa una forma de reparación, ya sea jurídica o no, tal como provee se prevé en caso de difamación o las quejas a los consejos de prensa, que deben ser accesibles para todas las personas, sin limitaciones indebidas, como costes irrazonables.

5. Los principios anteriores se aplicarán a todos los medios de comunicación sin ningún tipo de distinción. Esto no excluye diferencias en la aplicación de estos principios a los medios de comunicación en particular, como la radio y la televisión, en la medida en que sea necesario o justificado por su diferente naturaleza.

Recomienda a los gobiernos miembros que, cuando adopten la legislación sobre el derecho de réplica, prevean el derecho de réplica en la prensa y en la radio y la televisión y cualquier otro medio periódico sobre el modelo de las normas mínimas de anexos a la presente resolución.

³⁵⁸ Anexo a la Resolución (74) 26), del Comité de Ministros, sobre el derecho de réplica, adoptada el 2 de julio, disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/res\(1974\)026_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/res(1974)026_EN.asp)

Así pues, en este apéndice al que hemos hecho referencia, se establecen como requisitos, para poder ejercer este derecho, los siguientes:

La solicitud de publicación de respuesta se debe dirigir al medio dentro de un plazo razonablemente breve (sin que se especifique qué debe entenderse por dicho concepto).

La longitud de la respuesta no debe exceder de lo necesario para corregir aquella información que contiene los hechos que se consideran inexactos.

La respuesta se debe limitar a una corrección de los hechos impugnados.

La respuesta no debe constituir un delito punible ni contrariar los intereses legítimos de un tercero.

El individuo afectado debe demostrar la existencia de un interés legítimo.

Por otra parte, se establece una serie de obligaciones, tanto para el medio en cuestión como para los Estados miembros del Consejo de Europa, cuales son las siguientes:

La publicación de la respuesta debe hacerse en un plazo razonable y se le debe dar, en la medida de lo posible, importancia análoga a la que se le dio a la información que contenían hechos que se afirman inexactos.

Con el fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho de réplica, cada medio deberá indicar qué persona estará encargada de atender las solicitudes de publicación de réplicas, así como quién se encargará de la publicación efectiva de la respuesta.

A fin de garantizar este derecho, los tribunales internos tendrán las atribuciones necesarias para ordenar la inmediata publicación de la respuesta, a petición del afectado.

Este derecho de réplica fue objeto de otra resolución, esta vez, la Recomendación 1215 (1993), de fecha 1 de julio de 1993, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre la ética del periodismo.³⁵⁹ Mediante la misma, se recomendaba al Comité de Ministros que instara a los Gobiernos para que, entre otros, reconocieran el derecho de réplica de los ciudadanos a los que se haga referencia expresa en los medios de comunicación.

Referido exclusivamente a los perjudiciales efectos que se pueden dar con los juicios paralelos, el 10 de julio de 2003, el Comité de Ministros adoptó la Recomendación (2003)13, sobre la información dada por los medios de comunicación relativa a procesos criminales.³⁶⁰ Así pues, en el apéndice a dicha resolución se recomienda a los Estados a que garanticen el derecho a la corrección o a la réplica de todos aquellos que hayan sido objeto de información incorrecta o directamente difamatoria, derivada de un proceso penal.

³⁵⁹ Recomendación 1215 (1993), de la Asamblea Parlamentaria, sobre la ética del periodismo, de fecha 1 de julio de 1993, disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15249&lang=en>

“5. The Assembly consequently recommends that the Committee of Ministers:

5.1. ask governments of member states to see that legislation guarantees effectively the organisation of the public media in such a way as to ensure neutrality of information, plurality of opinions and gender balance, as well as a comparable right of reply to any individual citizen who has been the subject of an allegation”

Traducción: 5. La Asamblea, en consecuencia, recomienda que el Comité de Ministros:

5.1. Que inste a los gobiernos de los Estados Miembros, a fin de que aseguren que la legislación garantiza efectivamente la organización de los medios públicos, de tal forma que se asegure la neutralidad de la información, la pluralidad de opiniones y el equilibrio de género, así como un derecho de réplica a cualquier ciudadano al que se haya podido mencionar.

³⁶⁰ Anexo a la Recomendación (2003)13, del Comité de Ministros, sobre la información dada por los medios de comunicación relativa a procesos criminales, de 10 de julio de 2003, disponible en:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=51365&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

“Principle 9. Right of correction or right of reply. Without prejudice to the availability of other remedies, everyone who has been the subject of incorrect or defamatory media reports in the context of criminal proceedings should have a right of correction or reply, as the case may be, against the media concerned. A right of correction should also be available with respect to press releases containing incorrect information which have been issued by judicial authorities or police services”.

Traducción: Principio 9. Derecho de rectificación o derecho de réplica. Sin perjuicio de la disponibilidad de otros recursos, todos los que hayan sido objeto de informaciones incorrectas o difamatorias en los medios, en el contexto de un proceso penal, deben tener derecho de rectificación o réplica, según sea el caso. Un derecho de rectificación también debe estar disponible con respecto a los comunicados de prensa, que contengan información errónea, emitidas por las autoridades judiciales o policiales.

Para el TEDH (recordemos, también la Comisión), el derecho de réplica, como expresión del derecho a la información, es totalmente compatible con el CEDH, pues supone una garantía del pluralismo en la información que merece ser respetada. Al fin y al cabo, con la rectificación el público puede acceder a una mayor cantidad de fuentes de información. Además, con la misma se garantiza, a quien se considere lesionado en su honor, una vía rápida para dar a conocer a la ciudadanía una versión distinta de los hechos. Recordemos que con el ejercicio del derecho de rectificación no se está obligando al medio a que modifique lo ya publicado, sino a transmitir lo manifestado por quien se considere afectado por la noticia.³⁶¹

³⁶¹ Decisión de la Comisión de 12 julio de 1987 por la que se inadmite la demanda de *Ediciones Tiempo SA* contra España. JUR 2009\215928. Apartado 1: “*La Comisión señala que en este caso, esta injerencia estaba prevista por la Ley orgánica 2/84, reguladora del ejercicio del derecho de rectificación cuyos principios se inspiran en la Resolución (74)26 sobre el derecho de rectificación –situación del individuo hacia la prensa– adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 2 de julio de 1974.*

Por otro lado, la Comisión constata que la finalidad perseguida por la orden judicial era la de proteger la reputación y los derechos ajenos. En efecto, el derecho de rectificación trata de proteger a cualquier individuo contra ciertas informaciones u opiniones difundidas por los medios de comunicación que por su naturaleza podrían atentar contra su vida privada, su honor o su dignidad.

En cuanto a si la injerencia era necesaria, la Comisión considera que, en una sociedad democrática, el derecho de rectificación constituye una garantía de pluralismo en la información cuyo respeto debe ser asegurado.

Constata que, en consecuencia, la medida judicial incriminada era proporcionada a la finalidad perseguida, al no haber sido la sociedad demandante obligada a modificar el contenido del artículo y pudiendo haber insertado de nuevo su versión de los hechos al publicar la rectificación de la persona perjudicada”.

Apartado 2: “*La Comisión considera que la reglamentación en materia de derecho de rectificación trata de proteger el interés del público a recibir informaciones de diferentes fuentes, y de garantizar así la posibilidad de disponer de una información lo más completa posible (...)*

Teniendo en cuenta el hecho de que una rectificación, para ser efectiva, debe ser objeto de una difusión inmediata, la Comisión considera que la veracidad de los hechos relatados en la rectificación no podría ser objeto, en el momento de su publicación, de un control profundo”.

STEDH (Sección 4ª) de 3 abril de 2012, por la que se resuelve el caso *Kaperzynski* contra Polonia. JUR 2012\122977. Apartado 66: “*The Court is of the view that a legal obligation to publish a rectification or a reply may be seen as a normal element of the legal framework governing the exercise of the freedom of expression by the print media. It cannot, as such, be regarded as excessive or unreasonable. Indeed, the Court has already held that the right of reply, as an important element of freedom of expression, falls within the scope of Article 10 of the Convention. This flows from the need not only to be able to contest untruthful information, but also to ensure a plurality of opinions, especially on matters of general interest such as literary and political debate”.*

Traducción: Apartado 66: El Tribunal es de la opinión de que la obligación legal de publicar una rectificación o réplica puede ser visto como un elemento normal del marco legal que regula el ejercicio de la libertad de expresión en los medios de impresión. No puede, por tanto, ser considerado como excesivo o irracional. De hecho, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el derecho de réplica, como un

De hecho, el propio TEDH entiende que la negativa a publicar la réplica del perjudicado por la información supone una conculcación de los deberes y obligaciones de los profesionales del medio.³⁶²

3.- LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA

Para el TEDH, la libertad de creación artística forma parte de la libertad de expresión³⁶³. Empezaremos señalando que, como afirma DE VERDA Y BEAMONTE, la obra literaria (y nosotros lo extendemos a cualquier manifestación artística):

*“no tiene por qué tratar sobre un tema de interés general, en el sentido estricto del término, pudiendo, por ejemplo, tener como mera finalidad el puro entretenimiento del lector o la expresión de sentimientos íntimos del autor, por lo que, en tal caso en un hipotético conflicto con el derecho al honor, la prevalencia de la libertad de creación artística no se supeditaría al requisito de que el escrito versara sobre asuntos de interés público (por la relevancia social de los personajes o de los hechos narrados), ya que aquí la razón de protección del artista no sería, en sí misma, la formación de una opinión pública libre”.*³⁶⁴

elemento importante de la libertad de expresión que es, se inscribe en el ámbito del artículo 10 de la Convención. Esto se desprende de la necesidad, no solo de poder oponerse a la información falsa, sino también para garantizar la pluralidad de opiniones, especialmente sobre asuntos de interés general, como el debate literario y político.

³⁶² STEDH (Sección 4ª) de 29 julio de 2008, por la que se resuelve el caso *Flux* contra Moldavia (nº 6). JUR 2008\237462. En este caso, el medio en cuestión se negó a publicar una réplica, por considerar que el lenguaje utilizado en el mismo era inapropiado. Para el TEDH, dicha negativa no fue más que una excusa incompatible con las obligaciones y deberes consustanciales a la profesión periodística.

Apartado 29: *“Moreover, when the principal and the editorial staff of the school newspaper requested the right to publish a reply, this was refused on the ground that their reply was considered offensive. Having regard to the terms of the reply published in the Jurnal de Chişinău, the Court does not find the language used offensive. The principal did accuse the applicant newspaper of unprofessional conduct but such reaction was only normal and proportionate to the content of the first article”.*

Traducción: Apartado 29: Además, cuando el director y el personal editorial del periódico escolar solicitaron el derecho a publicar una réplica, esta fue rechazada basándose en que la misma se consideraba ofensiva. Teniendo en cuenta los términos de la réplica publicados en el *Jurnal de Chişinău* la Corte considera que el lenguaje utilizado no era ofensivo. El director acusaba al periódico demandante de falta de profesionalidad, pero tal reacción era normal y proporcionada en el contexto del primer artículo.

³⁶³ STEDH de 24 mayo de 1988, por la que se resuelve el caso Müller y otros contra Suiza. TEDH 1988\8. Apartado 33: *“Los que crean, interpretan, propagan o exponen una obra de arte contribuyen al intercambio de ideas y de opiniones indispensable en una sociedad democrática. De donde se deduce la obligación que tiene el Estado de no invadir indebidamente su libertad de expresión”.*

³⁶⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, “Discurso satírico y derecho al honor. Comentario a la STEDH de 14 de marzo de 2013 (TEDH 2013, 31) Caso Eon c. Francia”, Revista Boliviana de Derecho, nº 18, 2014, pág. 362.

Ello no obsta para que, continúa indicando este autor, persista la obligación del artista de “no usar expresiones manifiestamente injuriosas o manifiestamente vejatorias de la dignidad del ser humano”.³⁶⁵ Estando, en líneas generales, conforme, sí que cabría hacer una salvedad, y es que precisamente la obra artística se caracteriza, en multitud de ocasiones, por su carácter transgresor e irreverente, por lo que precisamente, la libertad de creación deberá adquirir un mayor peso en la ponderación con el derecho al honor. Lo contrario, es decir, limitar la libertad del artista a lo políticamente correcto, supondría, de facto, amputar dicha libertad de creación artística. Otra cosa bien distinta es que se utilizase precisamente esa libertad con la finalidad concreta de lesionar el honor de la persona representada, en cuyo caso, la protección de la libertad de creación artística dejaría de tener razón de ser. Nos encontraríamos ante una situación proscrita por el artículo 17 CEDH.

Si bien, esta manifestación de la libertad de expresión ha entrado en conflicto con el derecho a la protección de la reputación de terceros, el contencioso aquí se ha dado, principalmente, como reconoce LAZCANO BROTONS, con:

“conceptos como la moralidad, la obscenidad, las buenas costumbres, etc. (valores con los que más frecuentemente suele entrar en colisión la libertad artística, permitiendo en relación con los mismos, un elevado margen nacional de apreciación, para establecer limitaciones)”.³⁶⁶

También la religión ha actuado como restricción de dicha libertad. Debemos tener en cuenta que son conceptos ambiguos, indeterminados, cuya interpretación va a depender, en exceso, del contexto social en el que se produzca la colisión con el derecho

Un brillante y extenso estudio sobre el tema (aunque refiriéndose al conflicto con el derecho a la intimidad) lo desarrolla el mismo autor, en “Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad”, Derecho Privado y Constitución, nº 25, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pág. 137 a 174.

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ LAZCANO BROTONS, “Artículo 10. Libertad de expresión”, cit., pág. 478.

a la libertad de expresión³⁶⁷. De hecho, este es el punto en el que mayor importancia va a tener el margen de apreciación nacional.

La consecuencia de todo ello es que la jurisprudencia del TEDH, en esta materia, resulta muy vacilante, sin que podamos establecer un criterio como predeterminado. Así, en ocasiones ha aceptado como legítimas dichas restricciones a la libertad de expresión³⁶⁸, y en otras ha manifestado que eran injustificables,³⁶⁹ sin que se pueda

³⁶⁷ STEDH de 7 diciembre de 1976, por la que se resuelve el caso *Handyside* contra Reino Unido. TEDH 1976\6. Apartado 48: “Este criterio es válido también para el artículo 10.2. En particular no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados Contratantes una noción europea uniforme de la “moral”. La idea que sus leyes respectivas se hace de las exigencias de la moral varía en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizaba por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia. Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la “necesidad” de una “restricción o sanción” destinada a dar una respuesta a ello”.

STEDH de 25 noviembre de 1996, por la que se resuelve el caso *Wingrove* contra Reino Unido. TEDH 1996\62. Apartado 58: “Seguramente el artículo 10.2 del Convenio no deja apenas lugar para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de cuestiones de interés general (...) Sin embargo, generalmente se deja una mayor margen de apreciación a los Estados contratantes cuando regulan la libertad de expresión sobre cuestiones susceptibles de ofender las convicciones íntimas, en el ámbito moral y, especialmente, de la religión. Por lo demás, al igual que en el ámbito de la moral, y probablemente en un grado aún mayor, los países europeos no tienen una concepción uniforme de las exigencias correspondientes a «la protección de los derechos ajenos» cuando se trata de ataques contra las convicciones religiosas. Aquello que ofende gravemente a personas de cierta creencia religiosa varía mucho en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una multiplicidad creciente de creencias y confesiones. Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el Juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias en relación tanto con los derechos ajenos como sobre la «necesidad» de una «restricción» destinada a proteger contra este tipo de publicaciones a las personas cuyos sentimientos y convicciones más profundas serían gravemente ofendidos”.

³⁶⁸ STEDH de 7 diciembre de 1976, por la que se resuelve el caso *Handyside* contra Reino Unido. TEDH 1976\6. Apartado 46: “El Tribunal constata para comenzar, conforme con el Gobierno y el acuerdo unánime de la Comisión, que las Leyes de 1959 y 1964 tienen un fin legítimo conforme al artículo 10.2: la protección de la moral en una sociedad democrática. Únicamente este último propósito es relevante en este caso, pues el objetivo de las citadas leyes –combatir las publicaciones obscenas, definidas por su tendencia para “depravar y corromper”– está unido mucho más a la protección de la moral que a cualquiera de las otras finalidades admisibles conforme al artículo 10.2”.

STEDH de 24 mayo de 1988, por la que se resuelve el caso *Müller y otros* contra Suiza. TEDH 1988\8. Apartado 36: “En este caso, hay que subrayar que los lienzos controvertidos representan con crudeza las relaciones sexuales, en especial entre hombres y animales, tal como lo han apreciado los tribunales suizos a nivel cantonal, en primera instancia y en casación, y después a nivel federal (...). Se pintaron los cuadros sobre el terreno – de acuerdo con el propósito de que la exhibición fuera espontánea – y el público en general pudo verlos, ya que los organizadores no fijaron un precio para entrar ni establecieron ningún límite de edad. Se trataba de una exposición abierta, sin ninguna restricción, a todo el público y que pretendía atraerlo.

Reconoce el Tribunal – como lo hicieron los tribunales antes citados – que las concepciones de la moral sexual han cambiado estos últimos años. No obstante, después de examinar los cuadros objeto del litigio, cree que no les faltaron razones a los tribunales competentes para considerarlos "de naturaleza susceptible de herir brutalmente", por el realce dado a la sexualidad en alguna de sus formas más crudas, "la decencia sexual de las personas de sensibilidad normal" (...). Los tribunales suizos, teniendo en cuenta las circunstancias y el margen de apreciación que les dejaba el artículo 10.2, tenían derecho a considerar "necesaria" para la protección de la moral la imposición a los Demandantes de una multa por la publicación de objetos obscenos.

Los Demandantes alegan que la exhibición de los cuadros no suscitó ninguna protesta pública y que la prensa, en conjunto, le fue favorable. Parece también que Josef Felix Müller exhibió obras del mismo estilo en otros lugares de Suiza y del extranjero, antes y después de la "Fri-Art 81" (...). Esto no obsta a que la condena de los Demandantes en Friburgo, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso, respondiera a una auténtica necesidad social, como lo afirmaron sustancialmente los tres tribunales suizos que conocieron de estos autos".

STEDH de 20 septiembre de 1994, por la que se resuelve el caso *Otto-Preminger-Institut* contra Austria. TEDH 1994\29: "No se ha considerado que el valor artístico del film o su contribución al debate público en la sociedad austriaca prevaleciesen sobre las características que lo convertían en ofensivo para el público en general en su resultado".

STEDH de 25 noviembre de 1996, por la que se resuelve el caso *Wingrove* contra Reino Unido. TEDH 1996\62. Apartado 48: "El Tribunal señala de entrada que, como indicó el Departamento, la injerencia tenía como fin proteger contra el tratamiento de un tema de carácter religioso de una forma «que ofendiera (en el sentido de susceptible de, y no concebido para ofender) a cualquiera que conociera, apreciara o hiciera suyas la historia y la moral cristianas, debido al elemento de desprecio, injuria, insulto, grosería o ridículo que revelan el tono, el estilo y el opinión que caracterizan la presentación del tema» (...)

He aquí indiscutiblemente un fin que corresponde al de la protección de los «derechos ajenos» en el sentido del apartado 2 del artículo 10. Cuadra también perfectamente con el objetivo de protección de la libertad religiosa que ofrece el artículo 9".

³⁶⁹ STEDH (Sección 2ª) de 29 marzo de 2005, por la que se resuelve el caso *Alinak* contra Turquía. JUR 2005\84054. Apartado 40: "The Court observes that the book in issue is a fictional novel inspired by real events. The book also contains some newspaper clippings concerning the real events on which the book is based. In the Court's view, the book does not give a neutral account of those times. The plot of the book concentrates on the ill-treatment to which the villagers were subjected at the hands of security force officials and the villagers' unsuccessful attempts to have them punished for their deeds. The passages referred to by the Government evoke a conversation between a village elder and the main character of the book when the elder learns of the lack of success of their efforts to have a particular official punished. The Court has examined the whole book but cannot find any reference to the real name or rank of any official".

Apartado 41: "The Court notes that the book contains passages in which graphic details are given of fictional ill-treatment and atrocities committed against villagers, which no doubt creates in the mind of the reader a powerful hostility towards the injustice to which the villagers were subjected in the tale. Taken literally, certain passages might be construed as inciting readers to hatred, revolt and the use of violence. In deciding whether they in fact did so, it must nevertheless be borne in mind that the medium used by the applicant was a novel, a form of artistic expression that appeals to a relatively narrow public compared to, for example, the mass media".

Apartado 42: "In that connection, the Court observes that Article 10 includes freedom of artistic expression - notably within freedom to receive and impart information and ideas - which affords the opportunity to take part in the public exchange of cultural, political and social information and ideas of all kinds (...). Those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society. Hence there is an obligation on the State not to encroach unduly on the author's freedom of expression".

establecer un parámetro predeterminado y objetivo en virtud del cual podemos llegar a entender cuándo nos podemos encontrar con que la injerencia estatal es compatible con el CEDH y cuando no.

Apartado 43: *“As to the tone of the book in the present case, it must be remembered that Article 10 protects not only the substance of the ideas and information expressed, but also the form in which they are conveyed (...). In this regard, the Court repeats that the impugned book is a novel classified as fiction, albeit purportedly based on real events”.*

Apartado 45: *“The Court observes, however, that the applicant, although a former Member of the Parliament, was at the material time a private citizen expressing his views in a novel which, as already mentioned, would necessarily reach a smaller audience than that afforded by the mass media. This limited its potential impact on “public order” to a substantial degree. Thus, even though some of the passages from the book seem very hostile in tone, the Court considers that their artistic nature and limited impact reduced them to an expression of deep distress in the face of tragic events, rather than a call to violence”.*

Traducción: Apartado 40: El Tribunal observa que el libro en cuestión es una novela de ficción inspirada en hechos reales. El libro también contiene algunos recortes de prensa relativos a los hechos reales en los que se basa. En opinión del Tribunal, el libro no da una versión neutral de aquellos tiempos. La trama del libro se centra en los malos tratos a los que los habitantes del pueblo fueron sometidos a manos de los funcionarios de las fuerzas de seguridad y los intentos fallidos de los aldeanos para castigar sus actos. Los pasajes mencionados por el Gobierno evocan una conversación entre un anciano de la aldea y el personaje principal del libro, cuando el anciano se entera de la falta de éxito de sus esfuerzos para conseguir que un funcionario en particular fuese sancionado. La Corte ha examinado todo el libro, pero no encuentra ninguna referencia al nombre real o rango del funcionario.

Apartado 41: El Tribunal observa que el libro contiene pasajes en los que se dan detalles gráficos de malos tratos y atrocidades ficticias cometidas contra los habitantes del pueblo que, sin duda, generan en la mente del lector una poderosa hostilidad hacia la injusticia a la que los habitantes del pueblo fueron sometidos. Tomado literalmente, ciertos pasajes podrían ser interpretados como una incitación al odio, a la revuelta y al uso de la violencia. Sin embargo, para decidir si efectivamente lo hicieron con esa intención, hay que tener en cuenta que el medio utilizado por el demandante era una novela, una forma de expresión artística que atrae a un público relativamente estrecho en comparación con, por ejemplo, los medios de comunicación.

Apartado 42: A este respecto, el Tribunal observa que el artículo 10 incluye la libertad de expresión artística – particularmente en la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas – la cual ofrece la oportunidad de tomar parte en un intercambio público de informaciones e ideas de toda índole cultural, política y social (...) Los que crean, realizan, distribuyen o exhiben obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones, lo cual es esencial para una sociedad democrática. Por tanto, existe la obligación de que el Estado no se inmiscuya indebidamente en la libertad de expresión del autor.

Apartado 43: En cuanto al tono del libro, debe recordarse que el artículo 10 protege no solo la sustancia de las ideas y la información expresada, sino también la forma en que son transmitidas (...) En este sentido, el Tribunal reitera que el libro impugnado es una novela clasificada como de ficción, aunque basada supuestamente en hechos reales.

Apartado 45: El Tribunal observa, sin embargo, que el demandante, aunque ex miembro del Parlamento, fue, en la época correspondiente, un ciudadano particular que expresaba sus puntos de vista en una novela que, como ya se ha mencionado, llegaba a un público más limitado que el que ofrecen los medios de comunicación. Esto limita su potencial impacto en el “orden público” en un grado sustancial. Por lo tanto, a pesar de que algunos de los pasajes del libro parecen tener un tono muy hostil, el Tribunal considera que su naturaleza artística y efectos limitados los reducen mucho más a una expresión de profunda angustia frente a los trágicos acontecimientos, que a una llamada a la violencia.

Respecto del posible conflicto con el derecho al honor, merece ser destacada la posición preferencial que se le ha reconocido a la libertad de expresión en el caso de la sátira, pues la misma se entiende como una forma de manifestación artística³⁷⁰, debiendo ser sus restricciones consideradas con mucho cuidado.³⁷¹

En cualquier caso, insistimos en que esta es una de las cuestiones más controvertidas a las que se ha tenido que enfrentar el TEDH. Buena prueba de ello es que en la mayoría de las Sentencias que han tratado este tema, ha habido no pocos votos disidentes³⁷², siendo que, en alguna de ellas, incluso se ha dado la opinión mayoritaria por un solo voto³⁷³.

³⁷⁰ STEDH (Sección 1ª), de 25 de enero de 2007, por la que se resuelve el caso *Vereinigung Bildender Künstler* contra Austria. JUR 2007\30037. Apartado 33: “*Satire is a form of artistic expression and social commentary and, by its inherent features of exaggeration and distortion of reality, naturally aims to provoke and agitate. Accordingly, any interference with an artist's right to such expression must be examined with particular care*”.

Traducción: Apartado 33: La sátira es una forma de expresión artística y comentario social y, por sus características inherentes de exageración y distorsión de la realidad, tiene como objetivo, naturalmente, provocar y agitar. En consecuencia, cualquier injerencia en el derecho de un artista a tal expresión, debe examinarse con especial cuidado.

³⁷¹ DE VERDA Y BEAMONTE, “Discurso satírico y derecho al honor. Comentario a la STEDH de 14 de marzo de 2013 (TEDH 2013, 31) Caso Eon c. Francia”, cit., pág. 358: “*En cualquier caso, hay que distinguir entre el insulto, propiamente dicho, y las expresiones de mal gusto o carácter hiriente, propias de la sátira*”.

³⁷² STEDH de 24 mayo de 1988, por la que se resuelve el caso *Müller y otros* contra Suiza. TEDH 1988\8. Opinión disidente del Juez Sr. SPIELMANN: “*Apartado 10. No comparto estas opiniones por las razones que expongo a continuación:*

a) *Relatividad del concepto de "obscenidad"*

Hay muchos ejemplos, tanto en el campo de la prensa y de la literatura como en el de la pintura, que deben aconsejarnos la mayor prudencia en esta materia. La libertad de expresión es la regla y las injerencias estatales deben seguir siendo una excepción y justificarse en forma.

Por ejemplo, en 1857, Flaubert fue acusado por su última novela: "Madame Bovary".

El mismo año, exactamente el 20 de agosto de 1857, Carlos Baudelaire y sus editores tuvieron que comparecer ante el Tribunal de lo Penal del Sena. El objeto era la obra "Las Flores del Mal".

En las circunstancias del presente caso no estará de más recordar dicho procedimiento (...)

En mi opinión, los Estados contratantes deberían tener más en cuenta la "relatividad" de los valores en el ámbito de la expresión de las ideas.

Aunque se puede entender que las autoridades estatales están, en principio, en mejores condiciones que el Tribunal internacional para pronunciarse sobre el exacto contenido de las exigencias del artículo 10 del Convenio, no se puede admitir que en la "Europa de los Estados" el Estado afectado deje a los Cantones o a los Municipios la apreciación de que se trata.

Si así sucediera, es evidente que el Tribunal internacional no podría apreciar nunca ninguna violación del citado artículo 10. Su segundo párrafo se aplicaría siempre.

b) *El "margen de apreciación" de las autoridades nacionales*

No es necesario recordar, a este respecto, la jurisprudencia del Tribunal.

Creo, sin embargo, que en relación a este concepto hay límites. Si no fuera así, muchas de las garantías establecidas por el Convenio correrían el peligro de quedarse en letra muerta, por lo menos de hecho. Además, se debe recordar que todo lo que es exagerado puede convertirse, a la larga o a la corta, en insignificante.

Como se señala después, no creo que el concepto del "margen de apreciación" justificase las resoluciones de las autoridades suizas, puesto que las medidas tomadas no eran en absoluto necesarias en una sociedad democrática.

c) El criterio de la "necesidad"

Para llegar a la conclusión de que las resoluciones indicadas no eran en absoluto necesarias en una sociedad democrática, utilizaré los dos argumentos siguientes:

1. Las autoridades suizas, aunque condenaron a los demandantes en un proceso penal, no decretaron "la destrucción" de los lienzos enjuiciados a pesar de la existencia de un precepto formal en su Código Penal.

2. Aunque las autoridades competentes decretaron el secuestro de los cuadros de que se trata, en 1988 acordaron su devolución.

Dicho de otra manera, ¿se puede sostener seriamente que lo "necesario" en 1982 ya no lo era en 1988 o que lo que, sin duda, no era necesario en 1988 lo había sido en 1982?

No comprendo un razonamiento así.

Apartado 11

En estas circunstancias, llego a la conclusión de que se violó el artículo 10 del Convenio tanto en la imposición de las multas como en el secuestro de los cuadros, aunque luego se devolvieran".

STEDH de 20 septiembre de 1994, por la que se resuelve el caso *Otto-Preminger-Institut* contra Austria. TEDH 1994\29. Opinión disidente común de la juez Sra. PALM y de los jueces Sres. PEKKANEN y MAKARCYK: "El Convenio no garantiza explícitamente el derecho a la protección de los sentimientos religiosos. Mas, exactamente, tal derecho no puede derivarse del derecho a la libertad religiosa, que, en realidad, incluye un derecho a expresar puntos de vista que critiquen las opiniones religiosas ajenas.

Sin embargo, es necesario admitir que puede ser "legítimo" atendiendo a la finalidad del artículo 10, proteger los sentimientos religiosos de ciertos miembros de la sociedad frente a las críticas y los insultos de cierta gravedad; la tolerancia lo es en doble sentido y el carácter democrático de una sociedad se verá afectado si ataques violentos e injuriosos contra la reputación de un grupo religioso se autorizan. En consecuencia, es necesario admitir que puede ser "necesario en una sociedad democrática" fijar límites a la manifestación pública de tales críticas o insultos. Únicamente en esta medida, pero nunca más allá, podemos compartir la opinión de la mayoría.

El deber y la responsabilidad de una persona que intenta utilizar su libertad de expresión debe consistir en limitar, tanto como razonablemente quepa esperar que lo haga, la ofensa que su declaración pueda causar a otros. Solamente cuando omita tomar las medidas necesarias, o si estas se demuestran insuficientes, el Estado puede intervenir.

Incluso si se demuestra la necesidad de una acción represiva, las medidas en cuestión deben ser "proporcionadas a la finalidad legítima con ellas perseguida", según la jurisprudencia del Tribunal, que suscribimos, esta no tendría lugar si hubiese otra solución menos restrictiva (...)

La necesidad de una acción represiva bajo la forma de una prohibición completa del ejercicio de la libertad de expresión no puede aceptarse más que en el caso de que el comportamiento incriminado conlleve un nivel verdaderamente elevado de insulto y se aproxime tanto a una denegación de la libertad religiosa de los demás, que pierda por sí mismo el derecho de ser tolerado por la sociedad (...)

Contrariamente a las pinturas del señor Müller, la película tenía que proyectarse ante unos espectadores que habían pagado una entrada, en un "cine de arte" que se dirigía a un público relativamente restringido, amante de las películas experimentales. Es, por tanto, poco probable se encontrasen entre el público personas no especialmente interesadas por el film (...)

No negamos que la proyección de la película hubiese podido ofender los sentimientos religiosos de ciertos sectores de la población tirolense. De todos modos, teniendo en cuenta las medidas efectivamente tomadas por la OPI a fin de proteger a aquellos que se hubieran podido sentir ofendidos, así como la

Deseamos terminar trayendo a colación, a la par que compartimos, la crítica que realizan, en este sentido, BUSTOS GISBERT, para el cual “*el progreso y la creatividad*

protección ofrecida por la legislación austriaca a los menores de 17 años, nosotros estimamos, en definitiva, que la retirada y la confiscación de la película litigiosa no guardaron proporción con la finalidad legítimamente perseguida”.

STEDH de 25 noviembre de 1996, por la que se resuelve el caso *Wingrove* contra Reino Unido. TEDH 1996\62. Opinión disidente del señor DE MEYER: “*Apartado 1. En este caso se trata de una pura y simple restricción previa, forma de injerencia en mi opinión inadmisibles en el ámbito de la libertad de expresión.*

Lo que ya escribí a este respecto, junto a otros cuatro jueces, en el asunto Observer y Guardian contra Reino Unido no solo es válido para la prensa sino también, mutatis mutandis, para otras formas de expresión, concretamente, las películas de vídeo.

Apartado 3

Ahora bien, el sistema de licencias instituido por la Ley de 1984 sobre grabaciones de vídeo permite al Departamento británico de licencias cinematográficas y a la Comisión de recursos en materia de vídeo decidir que ciertas grabaciones de vídeo no puedan clasificarse en ninguna de las tres categorías y puedan por lo tanto ser objeto de una prohibición absoluta ab initio.

De hecho es lo que ocurrió en este caso al tratarse del filme enjuiciado.

Ello iría seguramente demasiado lejos.

Apartado 4

En la medida en que el derecho penal sobre la blasfemia ha sido vulnerado por el demandante, hago recalcar que la necesidad de este tipo de reglamentación es muy discutible.

Me inclinaría más bien a decir al igual que el señor Patten que, para el fiel, «el poder de sus propias convicciones constituye la mejor armadura contra las burlas y los blasfemos»”

Opinión disidente del Sr. LOHMUS: “*Apartado 1. No puedo suscribir la conclusión de la mayoría de que la injerencia en el ejercicio del derecho del demandante a la libertad de expresión era «necesaria en una sociedad democrática».*

Apartado 5

Como declara siempre el Tribunal, las garantías consagradas por el artículo 10 valen no solamente para las informaciones o ideas admitidas con favor o consideradas inofensivas, sino también para aquellas que trastornan o inquietan. Ahora bien, a menudo sucede que las impresiones artísticas son transmitidas mediante imágenes o situaciones susceptibles de trastornar o inquietar a un individuo de sensibilidad media. En mi opinión, los autores del filme enjuiciado no sobrepasaron el límite razonable más allá del cual se puede decir existe injuria o ridículo con respecto a objetos de veneración religiosa.

Apartado 6

La mayoría ha considerado que, en el ámbito de la moral, las autoridades nacionales disponen de un amplio margen de apreciación. Ahora bien precisamente en este ámbito, «los países europeos no tienen un concepto uniforme de las exigencias correspondientes a la «protección de los derechos ajenos» tratándose de ataques contra convicciones religiosas» (...). El Tribunal hace distinciones en el seno del artículo 10 cuando aplica su doctrina en el margen de apreciación de los Estados. Para algunos casos, el margen es amplio y para otros, más reducido. No está claro sin embargo sobre qué principios se determina la amplitud de dicho margen de apreciación”.

³⁷³ En la STEDH por la que se resuelve el caso *Vereinigung Bildender Künstler* contra Austria, se apreció violación del art. 10 del CEDH por una mayoría de 4 votos, frente a 3.

*se fundan en una comunicación libre de las personales aportaciones que pueden ser discutibles o, incluso, rechazables, pero no prohibidas y menos aún censuradas”.*³⁷⁴

A) Análisis particular del caso *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July* contra Francia

Por su carácter controvertido, hemos creído conveniente analizar, de modo particular, la STEDH, de 22 octubre 2007, por la que se resuelve el caso *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July* contra Francia³⁷⁵. En dicha Sentencia, el TEDH mantiene que, si bien es cierto que la novela se encuadra dentro de la forma de expresión artística³⁷⁶, la cual entra en el campo de acción del artículo 10 CEDH, no se puede utilizar la forma novelada de un texto para justificar así la lesión en la reputación de un tercero, cuya identificación es indubitada, pues su nombre aparece reflejado de modo literal. La polémica se da porque el nombre que aparece es el de JEAN MARIE LE

³⁷⁴ BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, cit., pág. 489.

³⁷⁵ STEDH (Gran Sala) de 22 octubre de 2007, por la que se resuelve el caso *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July* contra Francia. TEDH 2007\71.

³⁷⁶ *Ibídem*, Apartado 47: “*Tal y como señaló el Tribunal de apelación de París en su Sentencia de 13 septiembre 2000, el libro cuya publicación condujo a la condena de los demandantes por difamación y complicidad en difamación es una «novela», una «obra de imaginación» (...). Ahora bien, la novela pertenece a la expresión artística, la cual entra dentro del campo de aplicación del artículo 10 en la medida en que permite participar en el intercambio público de informaciones e ideas culturales, políticas y sociales de todo tipo. Los que crean o difunden una obra, literaria por ejemplo, contribuyen al intercambio de ideas y opiniones indispensable en una sociedad democrática. De ello resulta la obligación, para el Estado, de no usurpar indebidamente su libertad de expresión (...)*

Además, en el marco del examen de la «necesidad» de una injerencia, cabe tener en cuenta el hecho de que la novela es una forma de expresión artística que, si bien susceptible de lograr un número de lectores durante un período más largo, se dirige generalmente a un público más restringido que la prensa escrita (...) En consecuencia, el número de personas que han conocido las palabras de que se trata en el presente caso y, en corolario de lo anterior, la importancia en su caso del atentado a los derechos y la reputación del señor Le Pen y su partido, eran aparentemente moderadas”.

Apartado 48: “*La novela en litigio, inspirada en hechos reales pero que añade hechos ficticios, narra el proceso de un militante del Frente Nacional que un día que colgaba carteles del partido acabó matando a un magrebí a sangre fría y reivindicó el asesinato como un acto racista. Titulada «El proceso de Jean-Marie Le Pen», plantea abiertamente la cuestión de la parte de responsabilidad del Frente Nacional y su presidente en el desarrollo del racismo en Francia y la de la dificultad de luchar contra esta plaga (...) Sin duda, se inscribe así en un debate de interés general y pertenece a la expresión política y militante, de forma que se está ante un caso en el que el artículo 10 exige un nivel elevado de protección del derecho a la libertad de expresión. El margen de apreciación de que disponían las autoridades para juzgar la «necesidad» de la sanción pronunciada contra los demandantes era, en consecuencia, particularmente restringido.”*

PEN,³⁷⁷ siendo que, en ningún caso, la novela recoge una acusación directa del autor, sino una simple reflexión general sobre el peligro del discurso del odio característico del personaje y su posible influencia en la comisión de actos delictivos por parte de terceros (miembros de su partido, Frente Nacional). En este caso, para el TEDH mereció mayor protección el derecho a la protección de su reputación (tal cual Sentenciaron los tribunales internos franceses), que el derecho a la creación artística (como manifestación de la libertad de expresión) del novelista.³⁷⁸

Para el TEDH, a pesar de reconocer que la novela es una obra producto de la imaginación del escritor, desde el mismo momento en que puedan aparecer sucesos o personajes reales, ya le es exigible el criterio de veracidad y, por tanto, que aquello que se relate pueda ser probado.³⁷⁹

³⁷⁷ *Ibídem*, Apartado 56: “Más aún en el presente caso en el que el señor Le Pen, político de primera plana, es conocido por la virulencia de su discurso y sus posicionamientos extremos que le han valido condenas penales por provocar el odio racial, la trivialización de crímenes contra la humanidad y el consentimiento de lo horrible, la apología del crimen de guerra, las injurias contra personajes públicos y los insultos”.

³⁷⁸ *Ibídem*, Apartado 57: “El Tribunal estima, sin embargo, que en el presente caso el Tribunal de apelación procedió a una valoración razonable de los hechos al apreciar que comparar a una persona, aunque fuese un político, con el «jefe de una banda de asesinos», afirmar que el asesinato perpetrado por un personaje, fuese este de ficción, había sido «recomendado» por él y calificarlo de «vampiro que se alimenta del resquemor de sus electores, y a veces también de su sangre», «excede (...) los límites admitidos en la materia».

Considera asimismo que, cualquiera que sea el vigor de la lucha política, es legítimo querer que conserve un mínimo de moderación y decoro, más aún cuando la reputación de un político, sea este controvertido, debe gozar de la protección garantizada por el Convenio.

Recuerda, por último, que presta atención al carácter de los términos empleados, concretamente a la intención que expresan de estigmatizar a su adversario, y al hecho de que su contenido puede suscitar la violencia y el odio, excediendo así lo tolerable en el debate político, incluso respecto a una personalidad que ocupa en la palestra una postura extremista”.

³⁷⁹ *Ibídem*, Apartado 55: “El Tribunal recuerda, a este respecto, que para evaluar la justificación de una declaración impugnada, procede distinguir entre declaraciones factuales y juicios de valor. Si bien la materialidad de los hechos puede probarse, los segundos no se prestan a una demostración de su exactitud; la exigencia de que se establezca la veracidad de los juicios de valor es irrealizable y atenta contra la propia libertad de opinión, elemento fundamental del derecho que garantiza el artículo. La calificación de una declaración como hecho o como juicio de valor depende en primer lugar del margen de apreciación de las autoridades internas, concretamente de los tribunales internos. Por otra parte, incluso cuando una declaración equivale a un juicio de valor, debe tener una base factual suficiente, sin lo cual sería excesiva (...)”

Por norma general, esta distinción no tiene razón de ser en lo que se refiere a los escritos que figuran en una novela. Sin embargo, halla toda su pertinencia desde el momento en que, como en el presente caso, la obra en litigio no es pura ficción, sino que en ella hay personajes o hechos reales”.

Merece ser destacado que esta resolución también tuvo su voto disidente³⁸⁰ firmado por varios jueces, los cuales, cuestionan esa concepción tan estrecha de la

³⁸⁰ *Ibidem*, Opinión parcialmente disidente común de los Sres. ROZAKIS, BRATZA, TILKENS y SIKUTA: “No compartimos la decisión de la mayoría que concluye con la no violación del artículo 10 del CEDH (...)

“II. En lo que respecta a los dos primeros demandantes, concedemos gran peso al carácter de la obra en cuestión y, como veremos, estimamos que el Tribunal no lo ha tenido suficientemente en cuenta. Es innegable –y por otra parte no se discute– que el libro que contiene los dos pasajes finalmente admitidos como difamatorios no es un reportaje sino una novela, escrita por un autor reconocido como tal. No se trata de ninguna manera de proteger la creación artística y literaria de cualquier reproche, pero pensamos simplemente que este elemento ha de tenerse en cuenta.

A este respecto, no estamos dispuestos a ceder ante la postura de las autoridades judiciales internas según la cual, no hay que hacer distinción en función de la forma de expresión utilizada a menos que dicho elemento sea esencial. Así, la resolución del Tribunal correccional de París de 11 octubre 1999 anula o neutraliza esta dimensión: «aunque se trata de una novela y las palabras juzgadas solo son pronunciadas por personajes ficticios (...)», el texto debe apreciarse «cualquiera que sea su género literario». La Sentencia del Tribunal de apelación de 13 septiembre 2000 subraya igualmente que no quiere reparar en el hecho de que se trata de una novela y, en consecuencia, de una trama de ficción «(...). Por ello, todo escrito sea de carácter político, filosófico, novelesco o incluso poético, está sometido a las normas definidas en la materia, tanto respecto al orden público como a la protección de las personas». Además, al buscar el pensamiento del autor en las palabras pronunciadas por unos personajes de ficción en una situación ficticia, el Tribunal de apelación encierra la literatura en unas normas rígidas incompatibles con la libertad de creación y de expresión artística.

2. Nos parece que una postura tan radical se aparta singularmente de nuestra jurisprudencia que subraya el lugar de la creación artística en el debate político.

Ya en la Sentencia Müller y otros contra Suiza (...), el Tribunal recuerda que el artículo 10 incluye la libertad de la expresión artística –concretamente la libertad de recibir y comunicar ideas– que implica la oportunidad de tomar parte en el intercambio de informaciones e ideas culturales, políticas y sociales (apartado 27) y precisa también que el Estado tiene aquí una obligación especial de no atentar a la libertad de expresión de los autores (apartado 33).

En lo que respecta a la creación literaria –que es el caso que nos ocupa– el Tribunal aplicó en la Sentencia Karataş contra Turquía (...) el artículo 10 del CEDH en el ámbito de la poesía: «La obra en litigio contiene unos poemas que, a través de un estilo a menudo patético y numerosas metáforas, hacen un llamamiento al sacrificio para el "Kurdistán" y unos pasajes muy agresivos respecto al poder turco. En un primer sentido, estos textos puede parecer que incitan a los lectores al odio, el levantamiento y el uso de la violencia. No obstante, para juzgarlo cabe tener en cuenta que se trata de poemas, tales textos constituyen una forma de expresión artística dirigida a una minoría de lectores sensibles a ella» (apartado 49). Además, en el contexto del artículo 10, el Tribunal añade que «aquellos que crean, interpretan, difunden o exponen una obra de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones indispensable en una sociedad democrática. De ahí la obligación para el Estado de no usurpar indebidamente su libertad de expresión» (*idem*). Por último, «en lo que respecta al tono de los poemas en el presente caso –que el Tribunal no está llamado a aprobar– cabe recordar que, además de la sustancia de las ideas e informaciones expresadas, el artículo 10 protege también su modo de expresión» (*idem*).

En la Sentencia Alinak contra Turquía, núm. 40287/1998, de 29 marzo 2005 (...) se trataba de una novela sobre la tortura de unos aldeanos inspirada en hechos reales. El Tribunal se expresó como sigue: «La obra contiene unos pasajes que describen crudamente las sevicias y atrocidades infligidas a unos aldeanos. Está claro que estos pasajes pueden suscitar un sentimiento de hostilidad hacia la injusticia a la que son sometidos los aldeanos en el relato. Tomados al pie de la letra, se podría interpretar que algunos incitan a los lectores al odio, la revuelta y el recurso a la violencia. Para decidir si pueden efectivamente producir este efecto cabe, no obstante, tener en cuenta que el medio utilizado por el

demandante es la novela, forma de expresión artística dirigida a un público relativamente limitado, comparado, por ejemplo, con los medios de comunicación de masas» (...) Tras recordar en los artículos 42 y 43 de su Sentencia el conjunto de principios generales que venimos de evocar, el Tribunal recordó que el libro incriminado era «un relato de ficción, aunque se presentase como relato basado en hechos reales». Y de añadir que: «Si bien algunos pasajes del libro son en efecto muy hostiles en el tono, el Tribunal considera que el carácter artístico de la obra y su impacto limitado lo reducen más a una expresión de profundo desarraigo frente a unos acontecimientos trágicos, que a un llamamiento a la violencia» (apartado 45). En el presente caso, el Gobierno no ha precisado el número de ejemplares de la novela de Mathieu Lindon vendidos y distribuidos.

Aunque no se refiere directamente a una novela o una ficción, la Sentencia Klein contra Eslovaquia núm. 72208/2001 de 31 octubre 2006 (...) es, no obstante, significativa. En efecto, el Tribunal tiene expresamente en cuenta la explicación del demandante según la cual, el artículo que había publicado en una revista semanal dirigida sobre todo a lectores intelectuales, era de hecho una broma que creyó iba a ser entendida y apreciada por cualquiera. El semanario tenía, por otra parte, una tirada limitada de aproximadamente 8.000 copias (apartado 48).

Por último, en la Sentencia Vereinigung Bildender Künstler contra Austria núm. 68354/2001, de 25 enero 2007 (...) , sobre la prohibición de una exposición de fotografía considerada ultrajante, el Tribunal se basa en los mismos principios que rigen su jurisprudencia en materia de creación artística y señala que «los artistas y aquellos que promueven su obra no escapan a toda posibilidad de restricción, en el sentido del apartado 2 del artículo 10» (...) La misma Sentencia contiene, sin embargo, la siguiente apreciación: «El Tribunal estima que el retrato en litigio se considera una caricatura de las personas afectadas que se sirve de elementos satíricos. Señala que la sátira es una forma de expresión artística y de comentario social y que, por sus propias características de exageración y distorsión de la realidad, trata naturalmente de provocar y suscitar la agitación. También toda lesión del derecho de un artista a recurrir a este modo de expresión debe examinarse con especial atención».

4. (...) el hecho de que se trate de una novela, es decir, de una obra artística, es susceptible de justificar un nivel más elevado de protección (...)

De otro lado, la calidad de la persona perjudicada es igualmente una variable que entra en juego en la determinación de los límites admisibles a los derechos y las libertades garantizados. A este respecto, las personas públicas y los políticos, debido a las funciones que desempeñan, se exponen por vocación a la crítica y deben, en consecuencia, mostrar una tolerancia mayor respecto a los discursos polémicos incluso los insultos dirigidos contra ellos (...)

En lo que respecta a Jean-Marie Le Pen, se puede, razonablemente, sostener que debe aceptar un grado de tolerancia aún más elevado, en la medida precisamente de que se trata de un político conocido por la virulencia de su discurso y su extremismo.

5. (...) Una novela basada en hechos reales sigue siendo en gran parte una novela al igual que un documental-ficción es, en esencia, una ficción. (...)

El reproche que dirige el Tribunal de apelación a los demandantes de no haber procedido a unas «mínimas verificaciones» nos parece contrario a los hechos y a la realidad. Está claro, en nuestra opinión, que fácilmente puede hallarse una base factual en las diferentes condenas de que ha sido objeto el señor Le Pen a lo largo de su carrera política, concretamente por «trivialización de crímenes contra la humanidad y consentimiento de lo horrible» (Tribunal de apelación de Versailles, 18 marzo 1991; TGI de Nanterre, 26 diciembre 1997); por «apología de crímenes de guerra» (Tribunal de Casación, 14 enero 1971); por «antisemitismo e instigación al odio o a la violencia racial» (Tribunal de Aubervilliers, 11 marzo 1986); por «instigación al odio o a la violencia racial» (Tribunal de apelación de París, 29 marzo 1989; Tribunal de apelación de Lyon, 23 marzo 1991); por «injurias contra personas públicas e insultos» (Tribunal de apelación de París, 3 junio 1993; Tribunal de Estrasburgo, 6 enero 1997); por «violencias físicas» (TGI de París, 16 enero 1969; Tribunal de Casación, 2 abril 1998). Asimismo, Jean-Marie Le Pen ha perdido varios juicios concretamente contra la acusación de instigación al racismo, el nazismo y el antisemitismo (Tribunal de apelación de Amiens, 28 octubre 1985; Tribunal de apelación de Lyon, 27 marzo 1986; resolución del Tribunal correccional del TGI de Toulon de 20 junio 1990 y Sentencia del Tribunal de apelación de Aix-en-Provence de 25 febrero 1991), así como contra la acusación de práctica

libertad de creación artística adoptada por la mayoría, entendiendo que la misma se aparta de lo que había sido su más reciente jurisprudencia al respecto. Para estos jueces, resulta incomprensible la decisión de la mayoría, pues, a una novela, a diferencia de lo que ocurre con un reportaje, no le es exigible el criterio de la veracidad (pues, por su propia definición es ficción, aun cuando aparezcan sucesos o personajes reales). Además, en el presente caso, LE PEN tenía antecedentes penales suficientes como para considerar cumplido el principio de veracidad.

En todo caso, aplicando dicho criterio, la historia de la literatura quedaría reducida a la nada. Supone tanto como desconocer la vasta obra literaria de la Humanidad, en la que multitud de obras noveladas han tomado como referencia, en innumerables ocasiones, sucesos o personajes reales, sobre los que se ha construido la trama imaginaria. Exigir que una novela tenga un soporte factual supone, en sí mismo, un oxímoron.

4.- EL LENGUAJE SIMBÓLICO

Se entiende por lenguaje simbólico, por exclusión, aquel que no es verbal ni escrito. Múltiples formas de expresión conformarían ese lenguaje simbólico, que tiene especial trascendencia en la manifestación, de la ideología y la crítica político-institucional. Podrían entrar dentro de esta categoría la indumentaria simbólica, las

de tortura (Tribunal de apelación de París, 22 junio 1984). Además, se puede razonablemente sostener que los discursos y tomas de postura de Jean-Marie Le Pen, incitando e instigando al odio y la violencia y condenados como tales, pueden haber alentado, incluso inspirado, actos violentos de los militantes.

6. (...) Además, y fundamentalmente, pensamos que es excesivo e inexacto pretender que la novela en cuestión constituye un llamamiento a la violencia o el odio. Se trata de una crítica a un político que hace él mismo declaraciones de esta naturaleza, lo que atestiguan las condenas de que ha sido objeto. En el presente caso, las palabras «jefe de una banda de asesinos» (página 10) y «vampiro que se alimenta del resquemor de sus electores y a veces de su sangre» (página 136) no pueden entenderse literalmente; quieren transmitir el mensaje de que este político, a través de sus discursos, alienta a sus partidarios a llevar a cabo actos de extrema violencia, en particular contra las minorías, como se demostró en el caso Bouaram. En este sentido, estas expresiones también son juicios de valor con una base factual probada”.

marchas (o manifestaciones), las sentadas, los piquetes pacíficos o, incluso, la quema de una bandera.³⁸¹

A diferencia del lenguaje puramente escrito o verbal, el lenguaje simbólico tiene una gran trascendencia, pues, el uso de los símbolos puede amplificar el mensaje que se quiere transmitir. La visualización de la imagen adquiere el mayor grado de potencia transmisora para cualquier mensaje, y más, en una sociedad en que las noticias son fundamentalmente vistas en televisión (u otros medios audiovisuales, como Internet). Como muy sabiamente indica SARTORI, el ser humano ha pasado de ser un “*homo sapiens*” a un “*homo videns*”.³⁸²

Este concepto, el de lenguaje simbólico, responde a una construcción jurisprudencial estadounidense³⁸³ que ha sido acogida por parte del TEDH, y, como veremos, también empieza a tener resonancia en algunas de las Sentencias de nuestros tribunales internos. No obstante, como reconoce el propio Magistrado del TEDH, LECH GARLICKI,³⁸⁴ el uso del término “*symbolic speech*” (lenguaje simbólico) no ha tenido un gran predicamento por parte de la jurisprudencia del TEDH, quizá por temor a que se le pudiese acusar de una excesiva americanización del lenguaje. No obstante, ello no nos ha de llevar a engaño, pues lo bien cierto es que lo que dicho término supone sí que ha tenido acogida por su jurisprudencia.

Así, el TEDH ha considerado que eran actos que constituyen expresión de opiniones, en el sentido del artículo 10 CEDH, los siguientes:

³⁸¹ LAZCANO BROTONS, “Artículo 10. Libertad de expresión”, cit., pág. 458: “Las posturas que se expresan a través de conductas, protestas, sentadas o gestos en general, pueden ser también objeto de protección por el CEDH, sin perjuicio de estar igualmente sometidas a los mismos parámetros de limitación que el resto de conductas expresivas”.

³⁸² SARTORI, GIOVANNI, *Homo videns: La sociedad teledirigida*, cit.

³⁸³ Ello será objeto de un análisis más pormenorizado en el estudio concreto de la jurisprudencia interna al respecto.

³⁸⁴ GARLICKI, LECH, “Symbolic speech”, en *Freedom of expression. Essays in honour of Nicolas Bratza* (VVAA), Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, The Netherlands, 2012, pág. 339.

Obstruir el paso físicamente a los cazadores que iban a llevar a cabo una cacería de perdiz blanca, o manifestarse contra la prolongación de una autopista.³⁸⁵

Manifestarse en contra de la caza de zorros impidiendo el desarrollo de una cacería.³⁸⁶

³⁸⁵ STEDH, de 23 septiembre de 1998, por la que se resuelve el caso *Steel* y otros contra Reino Unido. TEDH 1998\94. Apartado 92: “El Tribunal recuerda que la primera y segunda demandantes fueron arrestadas cuando se manifestaban, respectivamente, contra la caza de la perdiz blanca y contra la prolongación de una autopista (apartados 7 y 15-16 supra). Ciertamente, al hacerlo, impidieron físicamente las actividades que reprobaban, pero el Tribunal considera sin embargo que se trataba de la expresión de opiniones en el sentido del artículo 10 (...) Las medidas tomadas contra las interesadas se analizaban por lo tanto como injerencias en su derecho a la libertad de expresión”.

No obstante, el TEDH consideró legítimas las detenciones de estas personas, por cuanto el Estado actuó dentro de los límites del artículo 10.2 CEDH, al tratar de garantizar, con su intervención, el orden público. Veamos los hechos probados en los que se basó el TEDH para mantener esta aseveración: Apartado 7: “El 22 de agosto de 1992, con aproximadamente otras sesenta personas participó en una manifestación contra una cacería de la perdiz blanca de Escocia en la landa de Wheedale (Yorkshire). Durante la mañana, los manifestantes intentaron obstruir el paso de los cazadores y desviar su atención. A mediodía, la partida de caza se interrumpió para el almuerzo y no recomenzó antes de la llegada de la policía, hacia las 13,45 horas. Un policía provisto de un altavoz se dirigió a los manifestantes, ordenándoles que cambiaran de comportamiento. Los manifestantes se negaron a obedecer y la policía procedió a un total de trece arrestos”.

Apartado 8: “La señora Steel fue arrestada por un policía hacia las 14 horas por «alteración del orden público» (*breach of the peace*) (...) En opinión de la policía, obstruía deliberadamente el paso de un participante en la cacería, colocándose ante él en cuanto levantaba su fusil para apuntar, impidiéndole así disparar”.

Apartado 15: “El 15 de septiembre de 1993, participó en una manifestación contra la construcción de una prolongación de la autopista M11, en Wanstead (Londres). En el transcurso de esta jornada, de veinte a veinticinco manifestantes penetraron en varias ocasiones en una obra, se subieron a árboles que debían ser abatidos así como sobre instalaciones fijas. Cada vez, fueron rechazados por los guardias de la obra, a los que no ofrecieron ninguna resistencia; no hubo ninguna violencia y las máquinas no fueron dañadas”.

Apartado 16: “La señora Lush fue arrestada hacia las 16, 15 horas, cuando se encontraba ante una pala excavadora «JCB», bajo el «cangilón» del vehículo, por comportamiento «que alteraba el orden público». Fue llevada a la comisaría de Ilford, en la que fue acusada a las 17,30 horas. El acta de acusación decía:

“Arrestada como persona cuya conducta, el 15 de septiembre de 1993 en Cambridge Park, Wanstead, fue capaz de alterar el orden público, para ser presentada ante un Juez de Paz o un magistrado que se pronunciará conforme a la Ley”.

Fue retenida hasta las 9, 40 horas del día siguiente (esto es, durante unas diecisiete horas), ya que se consideró que volvería a atentar contra el orden público si era puesta en libertad”.

³⁸⁶ STEDH de 25 noviembre de 1999, por la que se resuelve el caso *Hashman* y *Harrup* contra Reino Unido. TEDH 1999\60. Apartado 28: “El Tribunal recuerda que las diligencias fueron instruidas contra los interesados porque se manifestaron en contra de la caza de zorros impidiendo el desarrollo de una cacería. Haciendo esto, perturbaron ciertamente las actividades que reprobaban, sin embargo, el Tribunal estima que se trataba, en este caso, de la expresión de opiniones en el sentido del artículo 10

La quema de banderas y de fotografías de representantes políticos. El “*burning flag*” es uno de los temas a los que se enfrentó el Tribunal Supremo de EEUU, pronunciándose a favor de entender que queda amparado bajo la Primera Enmienda, como una auténtica expresión del lenguaje simbólico, en tanto que crítica político-institucional. Este sentir fue el mismo que demostró el TEDH, cuando tuvo que resolver este tema.

Así, en la Sentencia de 2 de febrero de 2010, por la que el TEDH resolvió el caso Partido Demócrata Cristiano Popular contra Moldavia,³⁸⁷ consideró amparados,

(...) Las medidas dictadas contra los demandantes se consideran, por tanto, una injerencia en su derecho a la libertad de expresión”.

En este caso, a diferencia del anterior, el TEDH aprecia que las medidas adoptadas no estaban previstas por ley. Así, debemos citar los siguientes apartados: Apartado 40: “*Tratándose más concretamente de los hechos enjuiciados, el Tribunal no admite que los demandantes hubieran tenido que saber, con total claridad, lo que estaba prohibido hacer durante la duración del requerimiento. Aun cuando en el asunto Steel y otros, los Tribunales internos consideraron que los demandantes habían alterado el orden público y el Tribunal juzgó que el requerimiento se refería a un comportamiento análogo (ibídem), en el presente caso, los interesados no alteraron el orden público. Teniendo en cuenta la falta de precisión evocada más arriba, no podría decirse que supieran con claridad qué comportamiento estaban requeridos a no adoptar”.*

Apartado 41: “*Por tanto, el Tribunal concluyó que el requerimiento hecho a los demandantes de respetar el orden público y abstenerse de adoptar una conducta contraria a las buenas costumbres no estaba «previsto por la ley» tal como lo exige el artículo 10.2 del Convenio”.*

³⁸⁷ STEDH (Sección 4ª) de fecha 2 febrero de 2010, por la que se resuelve el caso Partido Demócrata Cristiano del Pueblo contra Moldavia. TEDH 2010\16.

Apartado 5: “*El Partido Cristiano Demócrata del Pueblo («el CDPP») es un partido político en la República de Moldavia que tiene representación en el Parlamento y que se encontraba en la oposición en el momento de los hechos”.*

Apartado 6: “*El 3 de diciembre de 2003 el partido demandante solicitó al Consejo Municipal de Chişinău la autorización para celebrar una manifestación de protesta en la Plaza de la Gran Asamblea Nacional, frente al edificio del gobierno, el día 25 de enero de 2004. De acuerdo con la solicitud, los organizadores pretendían expresar sus puntos de vista sobre el funcionamiento de las instituciones democráticas en Moldavia, el respeto por los derechos humanos y el conflicto Moldo-Ruso en Transnistria”.*

Apartado 7: “*El 20 de enero de 2004 el Consejo Municipal de Chişinău, rechazó la solicitud del partido demandante basándose en que «tenía pruebas convincentes del hecho de que durante la reunión, se producirían llamamientos a una guerra de agresión, odio étnico y violencia pública»”.*

Apartado 8: “*El Partido demandante rebatió la negativa ante el tribunal y afirmó inter alia , que las razones aducidas por el Consejo Municipal carecían por completo de base”.*

Apartado 9: “*El 23 de enero de 2004 el Tribunal de Apelación de Chişinău, rechazó la apelación del partido demandante. El tribunal consideró que la negativa del Consejo Municipal a permitir la manifestación del CDPP estaba justificada porque los folletos distribuidos por este contenían eslóganes como «Abajo con el régimen totalitario de Voronin» y «Fuera con el régimen de ocupación de Putin». De acuerdo con el Tribunal de Apelación, estos eslóganes constituían un llamamiento al derrocamiento del régimen constitucional y a un odio hacia los rusos. En este contexto, el tribunal recordó que durante una*

bajo la libertad ideológica (art. 11 CEDH), como manifestación externa de la misma, la quema de una bandera, así como la foto de un representante político. Así pues, indica literalmente el TEDH:

*“los eslóganes del partido demandante, incluso cuando fueran acompañados por la quema de banderas y fotografías, era una forma de expresar una opinión con respecto a un asunto de máximo interés público, en concreto la presencia de las tropas rusas en el territorio de Moldavia. El Tribunal recuerda en este contexto que la libertad de expresión no se refiere tan solo a «información» o «ideas» que sean favorablemente recibidas o contempladas como inofensivas o indiferentes, sino a aquellas que ofenden, chocan y molestan”.*³⁸⁸

manifestación previa organizada por el partido demandante para protestar por la presencia del ejército ruso en Transdniestria, los manifestantes quemaron una imagen del Presidente de la Federación Rusa y una bandera rusa”.

Apartado 10: *“El partido demandante apeló contra dicha decisión afirmando, inter alia, que los eslóganes impugnados no podían interpretarse de forma razonable como un llamamiento a un violento derrocamiento del Gobierno o como un llamamiento al odio étnico y que la negativa a autorizar la manifestación constituía una vulneración de los derechos que le garantizaban los artículos 10 y 11 del CEDH”.*

Apartado 11: *“El 21 de abril de 2004 el Tribunal Superior de Justicia rechazó la apelación del partido demandante, y confirmó la Sentencia del Tribunal de Apelación”.*

³⁸⁸ *Ibídem, Apartado 27: “El Tribunal señala que el Consejo Municipal de Chişinău y los tribunales domésticos consideraron que los eslóganes «Abajo con el régimen totalitario de Voronin» y «abajo con el régimen de ocupación de Putin» constituían llamamientos a un derrocamiento violento del régimen constitucional y al odio contra el pueblo ruso así como una instigación a una guerra de agresión contra Rusia. El Tribunal señala que dichos eslóganes deben entenderse como expresión de insatisfacción y de protesta y no le convence que pudieran ser razonablemente considerados como un llamamiento a la violencia aun cuando fueran acompañados por banderas en llamas o imágenes de los líderes rusos. El Tribunal recuerda que incluso formas de protesta, como la obstrucción física activa de la caza fueron consideradas como expresión de una opinión (...) En el presente asunto también el Tribunal considera que los eslóganes del partido demandante, incluso cuando fueran acompañados por la quema de banderas y fotografías, era una forma de expresar una opinión con respecto a un asunto de máximo interés público, en concreto la presencia de las tropas rusas en el territorio de Moldavia. El Tribunal recuerda en este contexto que la libertad de expresión no se refiere tan solo a «información» o «ideas» que sean favorablemente recibidas o contempladas como inofensivas o indiferentes, sino a aquellas que ofenden, chocan y molestan (...) Por tanto, al Tribunal no le convence que las razones arriba mencionadas en las que se basaron las autoridades domésticas para denegar la autorización al partido demandante para manifestarse, puedan ser consideradas relevantes y suficientes desde el punto de vista del artículo 1 del CEDH”.*

Apartado 28: *“En sus decisiones, las autoridades domésticas también se basaron en el riesgo de enfrentamientos entre los manifestantes y los partidarios del partido del gobierno. El Tribunal considera que incluso aun existiendo un riesgo teórico de enfrentamientos violentos entre manifestantes y partidarios del Partido Comunista, era misión de la policía colocarse entre ambos grupos para asegurar el orden público (...) Por tanto, esta razón tampoco puede ser considerada relevante y suficiente para rechazar la autorización, de acuerdo con el espíritu del artículo 11 del Convenio”.*

Para el Magistrado LECH GARLICKI,³⁸⁹ a pesar de que este asunto se resuelve en virtud del artículo 11 CEDH, es decir, de la libertad ideológica, es obvio que, en tanto que no haya violencia, la quema de banderas debería considerarse protegida también por el artículo 10 CEDH, es decir, por la libertad de expresión. Lo fundamental, para que se pueda considerar como amparado por las libertades de expresión e ideológica es que la quema de las banderas o de las fotografías no vaya acompañada de claros actos de violencia o de una manifestación del discurso del odio.

El TEDH también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las indumentarias simbólicas, entendiendo que el llevar las mismas estaría amparado, en principio, por el artículo 10 CEDH.

El *leading case* del cual han bebido todos los que se han resuelto con posterioridad, es el caso *Vajnai* contra Hungría, que resolvió el TEDH en fecha 8 de julio de 2008.³⁹⁰ El caso se resume en que el demandante, vicepresidente del Partido de los Trabajadores, actuaba como portavoz en una manifestación legal en Budapest llevando en la chaqueta una estrella roja de cinco puntas como símbolo del movimiento internacional de los trabajadores. Por ello, fue procesado al considerarse que lucía un símbolo totalitario en público.³⁹¹

³⁸⁹ GARLICKI, LECH, ob. cit., pág. 340: “*The entire case was decided under Article 11. It may, nevertheless, be regarded as a clear suggestion that, as long as no violence is involved, flag burning should be regarded as protected by Article 10 of the Convention*”.

Traducción: Todo el caso se decidió en virtud del artículo 11. Sin embargo, puede considerarse como una sugerencia que, mientras no haya violencia, la quema de la bandera deba considerarse protegida por el artículo 10 de la Convención.

³⁹⁰ STEDH (Sección 2ª) de 8 julio 2008, por la que se resuelve el caso *Vajnai* contra Hungría. JUR 2008\231889.

³⁹¹ *Ibidem*, Apartado 6: “*On 21 February 2003 the applicant, at the material time Vice-President of the Workers' Party (Munkáspárt) – a registered left-wing political party – was speaker at a lawful demonstration in central Budapest. The demonstration took place at the former location of a statue of Karl Marx, which had been removed by the authorities. On his jacket, the applicant wore a five-pointed red star (hereafter referred to as “the red star”), five centimetres in diameter, as a symbol of the international workers' movement. In application of section 269/B (1) of the Criminal Code, a police patrol which was present called on the applicant to remove the star, which he did*”.

Apartado 7: “*Subsequently, criminal proceedings were instituted against the applicant for having worn a totalitarian symbol in public*”.

Tras agotar los recursos internos, el Sr. VAJNAI acudió al TEDH, el cual entendió que, efectivamente, Hungría había conculcado su derecho a la libertad de expresión, y ello en virtud de que la estrella roja de cinco puntas es un símbolo con múltiples significados. El TEDH es conocedor de que bajo el régimen comunista se cometieron auténticas barbaridades en la Europa del Este (Hungría incluida). Ello no obstante, la estrella es, en cualquier caso, el símbolo del movimiento internacional de los trabajadores que lucha por una sociedad más justa.³⁹²

El verdadero significado solo se puede averiguar teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. En este caso, la estrella roja la portaba un líder de un partido registrado, sin ambiciones totalitarias, en una manifestación pacífica y legal. Por tanto, es obvio que la premisa de la que parte Hungría es errática. No nos encontramos, de suyo, ante un símbolo totalitario.³⁹³

Traducción: Apartado 6: El 21 de febrero de 2003, el demandante, en el momento de los hechos, Vicepresidente del Partido de los Trabajadores (Munkáspárt) - un partido político de izquierdas registrado - fue el orador en una manifestación legal que tuvo lugar en el centro de Budapest. La manifestación se desarrolló en la antigua ubicación de la estatua de Karl Marx, que había sido retirada por las autoridades. En su chaqueta, el demandante llevaba una estrella roja de cinco puntas (en adelante, "la estrella roja"), de cinco centímetros de diámetro, como símbolo del movimiento obrero internacional. En aplicación del artículo 269 / B (1) del Código Penal, una patrulla de la policía que estaba presente le pidió al demandante que se quitara la estrella, lo cual así hizo.

Apartado 6: Posteriormente, se iniciaron procesos penales en contra del demandante por haber llevado un símbolo totalitario en público.

³⁹² *Ibidem*, Apartado 52: "The Court is mindful of the fact that the well-known mass violations of human rights committed under Communism discredited the symbolic value of the red star. However, in the Court's view, it cannot be understood as representing exclusively Communist totalitarian rule, as the Government have implicitly conceded (...) It is clear that this star also still symbolises the international workers' movement, struggling for a fairer society, as well certain lawful political parties active in different Member States".

Traducción: Apartado 52: El Tribunal es consciente del hecho de que las conocidas violaciones masivas de los derechos humanos cometidas bajo el comunismo desacreditaron el valor simbólico de la estrella roja. Sin embargo, en opinión del Tribunal, no se puede entender únicamente como la representación de un régimen comunista totalitario, como el propio Gobierno ha reconocido implícitamente (...) Está claro que esta estrella también simboliza todavía el movimiento obrero internacional, luchando por una sociedad más justa, así como a ciertos partidos políticos legales activos en diferentes Estados miembros.

³⁹³ *Ibidem*, Apartado 53: "Moreover, the Court notes that the Government have not shown that wearing the red star exclusively means an identification with totalitarian ideas, especially when seen in the light of the fact that the applicant did so at a lawfully organised, peaceful demonstration in his capacity as vice-president of a registered, left-wing, political party, with no known intention of participating in Hungarian political life in defiance of the rule of law. In this connection the Court emphasises that it is only by a careful examination of the context in which the offending words appear that one can draw a

Queremos destacar, pues no es una cuestión menor, que a este ciudadano le volvió a ocurrir exactamente lo mismo un año después de que se dictara la anterior Sentencia, es decir, en 2009, cuando se encontraba en una manifestación pacífica, siendo que la policía húngara volvió a actuar del mismo modo que en el caso anterior. Tras agotar los recursos internos, volvió a solicitar el amparo ante el TEDH, el cual, en Sentencia de fecha 23 de septiembre de 2014, volvió a fallar considerando que Hungría había violado la libertad de expresión del demandante, remitiéndose a lo ya dicho en la anterior Sentencia.³⁹⁴

En cualquier caso, y con independencia de que se considerase como justificada o no la medida restrictiva del Estado, lo verdaderamente importante en este apartado es que el hecho de llevar indumentarias simbólicas supone un ejercicio de la libertad de expresión o, dicho de otro modo, que supone una forma más de lenguaje simbólico.

Por último, también se ha considerado como una forma de expresión, de crítica política, colgar ropa sucia en una cuerda atada a la valla del Parlamento. Los artistas,

meaningful distinction between language which is shocking and offensive – which is protected by Article 10 – and that which forfeits its right to tolerance in a democratic society”.

Traducción: Apartado 53: Por otra parte, el Tribunal observa que el Gobierno no ha demostrado que el uso de la estrella roja signifique exclusivamente una identificación con las ideas totalitarias, especialmente cuando se ve a la luz de los hechos que el demandante estaba en una manifestación pacífica, organizada legalmente, en su calidad de vicepresidente de un partido de izquierdas registrado, sin intención conocida de participar en la vida política húngara desafiando al Estado de Derecho. A este respecto, el Tribunal hace hincapié en que solo con un examen cuidadoso del contexto en el que las palabras ofensivas se dan, uno puede trazar una distinción significativa entre el lenguaje que es chocante y ofensivo - que está protegido por el artículo 10 - y el que pierde su derecho a ser tolerado en una sociedad democrática.

³⁹⁴ STEDH (Sección 2ª) de fecha 23 septiembre 2014, por la que se resuelve el caso *Vajnai* contra Hungría. TEDH 2014\59. Apartado 7: “*El 18 de mayo de 2009, el demandante, un político de izquierdas, participó en una manifestación pacífica y portaba una estrella roja de cinco ramas en su chaqueta. Una patrulla de policía presente en el lugar de los hechos interpelló al demandante para que retirara la estrella roja, la cual le fue entonces confiscada. La queja del demandante al respecto ante el Director de la Policía Nacional fracasó*”.

Apartado 15: “*El Tribunal recuerda que ya ha declarado admisible anteriormente la queja relativa a la acción penal iniciada contra el demandante por lucir una estrella roja en su ropa, considerando que esto suponía una violación del artículo 10 (...) La disposición de la legislación nacional impugnada era entonces la misma que en el presente asunto y las circunstancias de la injerencia son prácticamente idénticas. Por lo tanto, el Tribunal no constata motivo alguno de apartarse en el presente caso, de su conclusión anterior.*

Por consiguiente, se ha producido una violación del artículo 10 del Convenio”.

indicaron que querían “*colgar la ropa sucia de la nación*”.³⁹⁵ Por estos hechos fueron sancionados. Tras agotar las vías internas, se vieron abocados a acudir al TEDH, que reconoció que se había conculcado su derecho a la libertad de expresión, habida cuenta que la *performance* suponía una forma de expresión política.³⁹⁶ Este, no obstante, sería un supuesto que estaría en el límite, o sería directamente concomitante, con los supuestos de libertad de creación artística.

5.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PROFESIONAL

Conforme indica BUSTOS GISBERT, “*bajo este título genérico incluimos aquellos supuestos en los que se reconoce el derecho a comunicar las opiniones profesionales a las que el TEDH ha conferido un amplio reconocimiento y una tutela cualificada*”.³⁹⁷

³⁹⁵ STEDH (Sección 2ª) de fecha 12 junio de 2012, por la que se resuelve el caso *Tatár y Fáber* contra Hungría. JUR 2012\196322. Apartado 6: “*On 27 February 2007 the applicants exposed, in the course of an event which they considered a “political performance” – necessitated by what they perceived as a general political crisis in the country following the tumultuous events of late 2006 –, several items of dirty clothing on a rope attached to the fence around Parliament in Budapest. They stated that the symbolic meaning of this expression was “to hang out the nation’s dirty laundry”. The applicants spent exactly 13 minutes on the scene, during which time they answered some questions from journalists who appeared on the scene. Afterwards, the applicants left on their own motion*”.

Traducción: Apartado 6: El 27 de febrero de 2007, los demandantes, en el transcurso de un evento que consideraban una “actuación política” - necesario por lo que percibían como una crisis política general en el país, a raíz de los tumultuosos acontecimientos de finales de 2006 - colgaron varias prendas de vestir sucias en una cuerda atada a la valla que rodeaba el Parlamento en Budapest. Afirmaron que el significado simbólico de esta expresión fue “para tender los trapos sucios de la nación”. Los demandantes pasaron exactamente 13 minutos en el escenario, durante los cuales contestaron algunas preguntas de los periodistas que acudieron a ver la escena. Posteriormente, los demandantes dejaron su actuación *motu proprio*.

³⁹⁶ *Ibíd*em, Apartado 36: “*The Court observes that the applicants were fined for having publicly displayed for a short while, at a location adjacent to Parliament, several items of clothing representing the “dirty laundry of the nation”. For the Court, this action – which the applicants described as a “performance” – amounts to a form of political expression*”.

Traducción: Apartado 36: El Tribunal observa que los demandantes fueron multados por haber llevado a cabo, públicamente, una exhibición, por un corto tiempo, en un lugar adyacente al Parlamento, de varias prendas de vestir que representaban la “ropa sucia de la nación”. Para la Corte, esta acción - que los demandantes describieron como una “performance” - equivale a una forma de expresión política.

³⁹⁷ BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, cit., pág. 490.

Siguiendo a este autor,³⁹⁸ para el TEDH supondrían, manifestaciones concretas de esa libertad de expresión profesional, las siguientes: la colaboración en obras de naturaleza universitaria o investigadora o en congresos científicos³⁹⁹, las opiniones científicas expresadas en el marco de conferencias universitarias o de artículos periodísticos,⁴⁰⁰ las opiniones críticas vertidas respecto al tratamiento médico efectuado por los superiores⁴⁰¹ y los consejos médicos.⁴⁰²

³⁹⁸ *Ibidem*, pág. 490.

³⁹⁹ STEDH de 8 julio de 1999, por la que se resuelve el caso *Baskaya y Okçuoglu* contra Turquía. TEDH 1999\29. Apartado 65: “Naturalmente, el Tribunal es consciente de la preocupación de las autoridades por las palabras o actos que agraven la situación reinante en materia de seguridad en esta zona donde, desde 1985, graves disturbios causan estragos entre las fuerzas de seguridad y los miembros del PKK y provocan numerosas pérdidas humanas y la proclamación del estado de urgencia en la mayor parte de la región (...). Sin embargo, el Tribunal considera que, en este caso, las autoridades nacionales no han tenido suficientemente en cuenta la libertad de expresión en el campo universitario (...) ni el derecho del público a ser informado desde otro punto de vista de la situación en el sudeste de Turquía, por muy desagradable que les resultara a ellos. En opinión del Tribunal, los motivos señalados para condenar a los demandantes, aunque pertinentes, no pueden ser considerados suficientes para justificar las inferencias en sus derechos a la libertad de expresión”.

⁴⁰⁰ STEDH de 28 octubre 1999, por la que se resuelve el caso *Wille* contra Liechtenstein. TEDH 1999\49. Apartado 6: “En el año 1992, se entabló una controversia entre su Alteza Serenísima el Príncipe Hans-Adam II de Liechtenstein («el Príncipe») y el Gobierno de Liechtenstein relativa a las competencias políticas en relación con el plebiscito sobre la cuestión de la adhesión de Liechtenstein al Área Económica Europea. En la época de los hechos, el demandante formaba parte del Gobierno de Liechtenstein. Tras un debate que enfrentó al Príncipe y a miembros del Gobierno durante una reunión el 28 de octubre de 1992, el asunto se solucionó con una declaración común del Príncipe, el Parlamento (Landtag) y el Gobierno”.

Apartado 7: “Tras las elecciones y la constitución del nuevo Parlamento en mayo de 1993, el Príncipe y el Gobierno, del que el demandante ya no formaba parte, discutieron distintos puntos de derecho constitucional. En diciembre de 1993, el demandante que, no se había presentado a las elecciones de mayo, fue nombrado presidente del Tribunal administrativo de Liechtenstein, por un período determinado”.

Apartado 8: “El 16 de febrero de 1995, en el marco de una serie de conferencias sobre cuestiones de competencia constitucional y de derechos fundamentales, el demandante pronunció una conferencia pública en un instituto de investigación, el Instituto Liechtenstein, sobre el tema «Naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional de Liechtenstein». En ella expresó la opinión de que el Tribunal Constitucional tenía competencia para resolver sobre «la interpretación de la Constitución en caso de desacuerdo entre el Príncipe (el Gobierno) y el Parlamento”.

Apartado 9: “El 17 de febrero de 1995 apareció en el periódico *Liechtensteiner Volksblatt*, un artículo sobre dicha conferencia; citaba especialmente el punto de vista del interesado sobre las competencias del Tribunal Constitucional”.

Apartado 10: “El 27 de febrero de 1995, el Príncipe envió una carta al demandante relativa a la conferencia, de acuerdo con el resumen que está publicado en el artículo del *Liechtensteiner Volksblatt*”.

Apartado 11: “Redactada en papel de cartas blasonado, la misiva decía lo siguiente:

«Palacio de Vaduz, 27 de febrero de 1995

Señor Herbert Wille

Presidente del Tribunal administrativo

«dirección particular del demandante»

Señor,

Me ha sorprendido leer en la edición del *Liechtensteiner Volksblatt* de 17 de febrero la reseña de su conferencia sobre el tema «Naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional de Liechtenstein». Presumo que sus declaraciones referentes al ámbito de la competencia del Tribunal fueron reproducidas correctamente, en particular la observación según la cual se puede apelar al Tribunal Constitucional como tribunal que interpreta el derecho, en caso de desacuerdo entre el Príncipe y el pueblo.

Se acordará usted seguramente del debate que me enfrentó al Gobierno antes del 28 de octubre de 1992 y en el que usted participó en su condición de Vicejefe del Gobierno. En el transcurso de este intercambio de opiniones en el palacio de Vaduz, yo atraje la atención del Gobierno sobre el hecho de que este no respetaba la Constitución, de la que leí en voz alta los artículos pertinentes. Usted respondió (en resumen) que no estaba en absoluto de acuerdo con estas partes de la Constitución y que, por consiguiente, no se consideraba vinculado por dicho Texto. Como ninguno de sus colegas le contradijo, me vi obligado a concluir que, para el conjunto del Gobierno, los dos órganos que detentan el poder supremo, a saber, el pueblo y el Príncipe debían respetar la Constitución y las leyes ordinarias, pero que los miembros del Gobierno, que no obstante juraron obediencia a la Constitución, estaban eximidos de ello.

Considerando increíblemente arrogantes sus declaraciones de entonces y la actitud del Gobierno, le comuniqué en términos inequívocos, que había perdido mi confianza en él. Tras el compromiso felizmente alcanzado poco más tarde entre el Gobierno y el Parlamento, de un lado, y yo mismo, por otro, declaré que devolvía mi confianza al Gobierno, en espera de que sus miembros se hubieran dado cuenta de que habían adoptado una postura inexcusable respecto a nuestra Constitución y de que a partir de ahora reconocieran estar vinculados a ella. Del mismo modo que hubiera nombrado al señor Brunhart como cabeza del Gobierno si su partido hubiera ganado las elecciones, os he nombrado presidente del Tribunal administrativo a propuesta del Parlamento.

Desgraciadamente, tras la publicación de la reseña del *Liechtensteiner Volksblatt*, he tenido que rendirme a la evidencia: usted todavía no se considera vinculado por la Constitución y defiende opiniones que, manifiestamente, vulneran tanto el espíritu como la letra de dicho Texto. Todo aquel que lea los correspondientes artículos podrá constatar que el Tribunal Constitucional no está capacitado para intervenir como tribunal que interpreta el derecho en caso de desacuerdo entre el Príncipe y el pueblo (el Parlamento). En mi opinión, su actitud, señor Wille, le incapacita para desempeñar un cargo público. No tengo la intención de entablar con usted un largo debate público o privado, pero debo advertirle que rehusaré volver a nombrarle para un cargo público si es usted propuesto de nuevo por el Parlamento o cualquier otro órgano. Solamente espero que como presidente del Tribunal administrativo respete usted la Constitución y las leyes ordinarias en sus Sentencias hasta el término de su mandato”.

Apartado 50: “En cuanto al contenido de la carta enjuiciada, el Tribunal considera que hubo injerencia de una autoridad del Estado en el ejercicio del demandante de su libertad de expresión. La medida enjuiciada se llevó a cabo en medio del mandato del demandante en la presidencia del Tribunal administrativo; no estaba vinculada a ningún procedimiento concreto de selección que implicara la apreciación de cualificaciones personales. De su redacción se desprende que el Príncipe estableció su futura conducta respecto al demandante en el marco de uno de sus poderes soberanos: el de nombrar funcionarios. Por otro lado, la carta en cuestión, aunque enviada al domicilio del demandante, mencionaba expresamente su condición de presidente del Tribunal administrativo. La medida enjuiciada emanaba pues de un órgano que tenía competencia para obrar como lo hizo y cuyos actos comprometían a Liechtenstein como Estado respecto al Convenio. Se atentó contra el derecho del demandante a ejercer su libertad de expresión libremente puesto que el Príncipe, al criticar el contenido del discurso del interesado, dio a conocer su intención de sancionarle porque había expresado libremente su opinión. El anuncio del Príncipe de su decisión de no volver a nombrar al demandante para ninguna función pública expresaba una reprimenda por la forma en la que el interesado había anteriormente usado su derecho a la libertad de expresión; la reprimenda tuvo, por otro lado, un efecto inhibitorio en el ejercicio de dicho derecho, ya que disuadió al demandante de formular en el futuro declaraciones de ese tipo”.

Apartado 51: “De ello resulta que hubo injerencia en el ejercicio del demandante de su derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10.1”.

Apartado 65: “En cuanto a la conferencia pronunciada por el demandante el 16 de febrero de 1995, el Tribunal señala que esta se inscribía dentro de una serie de conferencias universitarias sobre cuestiones de competencia constitucional y de derechos fundamentales, organizadas en los locales de un instituto de investigación de Liechtenstein”.

Apartado 67: “El Tribunal admite que la conferencia dada por el demandante tenía forzosamente implicaciones políticas, desde el momento en que trataba sobre ciertos puntos de derecho constitucional, y más particularmente sobre el hecho de si uno de los soberanos del Estado estaba sometido a la competencia de un Tribunal Constitucional. Considera que, por su propia naturaleza, las cuestiones de derecho constitucional tienen implicaciones semejantes. Sin embargo considera, que este hecho por sí solo no podía legítimamente impedir que el demandante formulara comentarios sobre el tema”.

Apartado 68: “Con respecto a la reacción de este último, el Tribunal señala que esta consistió en anunciar su intención de rehusar volver a nombrar al demandante para un cargo público si este era propuesto de nuevo por el Parlamento o cualquier otro órgano. El Príncipe consideraba que la declaración del demandante vulneraba claramente la Constitución”.

Apartado 70: “A la luz de los hechos de la causa, el Tribunal considera que aunque los motivos expresados por el Gobierno para justificar el atentado al derecho del demandante a la libertad de expresión son pertinentes, no bastan para demostrar que la injerencia enjuiciada era «necesaria, en una sociedad democrática». Incluso aunque se admita un cierto margen de apreciación, la reacción del Príncipe no fue proporcional al fin perseguido. Por lo tanto, el Tribunal concluye que hubo violación del artículo 10 del Convenio”.

⁴⁰¹ STEDH (Sección 4ª) de 18 octubre de 2011, por la que se resuelve el caso *Sosinowska* contra Polonia. TEDH 2011\87. En este caso, el TEDH entra a dilucidar si la sanción que recibe una médico, por sus críticas de carácter científico, a su superior, sería compatible con la libertad de expresión de aquella.

Apartado 82: “Una interpretación tan estricta de la legislación nacional por parte de los tribunales disciplinarios como para prohibir cualquier expresión crítica en la profesión médica no está en consonancia con el derecho a la libertad de expresión (...). El Tribunal ya ha declarado (...) que esta aproximación a la cuestión de expresar una opinión crítica de un colega, incluso en el contexto de la profesión médica, corre el riesgo de desalentar a los médicos de proporcionar a sus pacientes una opinión objetiva de su estado de salud y del tratamiento recibido, que a su vez podría poner en peligro el objetivo final de la profesión médica –como es la de proteger la salud y la vida de los pacientes–”.

Apartado 83: “El Tribunal observa que las autoridades nacionales no examinaron si la demandante actuaba en defensa de un interés socialmente justificado. El Tribunal considera que la opinión de la demandante era una valoración crítica, desde el punto de vista médico, del tratamiento recibido por los pacientes de otro médico. Por lo tanto, se trataba de asuntos de interés público”.

Apartado 87: “En conclusión, el Tribunal considera que la injerencia alegada no era proporcionadas al objetivo legítimo perseguido y, por lo tanto, no era «necesaria en una sociedad democrática». Consecuentemente, se desprende una violación del artículo 10 del Convenio”.

⁴⁰² Sentencia de 29 octubre de 1992, por la que se resuelve el caso *Open Door y Dublin Well Woman* contra Irlanda. TEDH 1992\69. Apartado 73: “Lo que choca en primer lugar al Tribunal es el carácter absoluto de la resolución del Tribunal Supremo: prohíbe de manera «definitiva» comunicar a mujeres embarazadas informaciones sobre las posibilidades de aborto provocado en el extranjero, sin tener en cuenta la edad y el estado de salud de las interesadas, ni sus razones para solicitar consejos sobre interrupción de embarazo”.

Apartado 74: “A este respecto, la injerencia se revela demasiado amplia y desproporcionada. Otros factores vienen a confirmarlo”.

Apartado 75: “En primer lugar, hay que indicar que las sociedades demandantes dispensaban a las mujeres embarazadas asesoría en el marco de la cual las consejeras no preconizaban ni incitaban al aborto, sino que se limitaban a explicar las soluciones que se les ofrecían (...). El curso reservado a las informaciones así suministradas era competencia de la mujer implicada. No se puede dudar de que después de tal consulta, algunas mujeres habrán preferido no interrumpir su embarazo. El vínculo entre

Resulta llamativo comprobar cómo existe una diferencia tan abismal entre el amplio régimen de protección de la libertad de expresión profesional frente a la restringida libertad de expresión artística. En este sentido, entendemos la extensa protección de la libertad de expresión profesional, pero no así, que la libertad de creación artística merezca una apreciación tan cicatera, y menos, cuando sus límites son tan ambiguos como lo es la moral, la religión o incluso el honor.

6.- LA PUBLICIDAD COMERCIAL

Respecto de este punto, nos limitaremos a reseñar que, para el TEDH, la publicidad comercial encontraría cobertura jurídica bajo el derecho a la libertad de expresión del art. 10.1 CEDH, si bien igualmente estaría condicionada por los límites del 10.2 CEDH.⁴⁰³

Un problema que se ha encontrado el TEDH, es aquel en el que el artículo periodístico tiene las características de un anuncio comercial. Formalmente no lo es,

el suministro de las informaciones y la destrucción de una vida por nacer no es por lo tanto tan claro como pretende el Gobierno. Las autoridades nacionales habían tolerado estas consultas incluso después de la votación de la Octava Enmienda, en 1983, hasta la Sentencia del Tribunal Supremo en este caso. A fin de cuentas, las demandantes no difundían al público en general las informaciones comunicadas por ellas con respecto a las posibilidades de abortar en el extranjero”.

Apartado 76: *“El Gobierno no discute verdaderamente que se puedan conseguir estas informaciones en Irlanda por otras fuentes, por ejemplo en revistas, guías de teléfono (...) o mediante personas con contactos en Gran Bretaña. Por lo tanto, las informaciones que el mandamiento buscaba prohibir figuraban ya en otros lugares, aunque según modalidades no controladas por un personal cualificado y que por lo tanto no protegía tanto la salud de la mujer. La resolución judicial parece haberse revelado muy poco eficaz para la protección del derecho a la vida de los niños por nacer: no impidió a muchas irlandesas seguir yendo a abortar a Gran Bretaña”.*

Apartado 77: *“Además, los elementos recogidos –el Gobierno no lo discute– hacen pensar que el mandamiento creó un riesgo para la salud de esas mujeres: a partir de entonces, a falta de consejos apropiados, intentaban obtener una interrupción del embarazo en una fase más avanzada, y no recurrían a los cuidados postoperatorios habituales (...) Por otro lado, el mandamiento pudo suponer consecuencias más nefastas para las mujeres que no tenían medios suficientes o el nivel de educación requerido, para acceder a otros medios de información (...). Se trata sin duda de factores a tener en cuenta para apreciar la proporcionalidad de la restricción”.*

En el mismo sentido, se había mostrado años antes, en la STEDH (Sección 4ª) de 16 diciembre 2008, por la que se resuelve el caso *Frankowicz* contra Polonia. JUR 2008\385163.

⁴⁰³ STEDH de 24 febrero de 1994, por la que se resuelve el caso *Casado Coca* contra España. TEDH 1994\1. Apartado 35: *“El artículo 10 no es aplicable solamente a ciertos tipos de informaciones, ideas o formas de expresión (...), especialmente a las de naturaleza política; engloba también (...), informaciones de carácter comercial”.*

pero, por su contenido, podría pasar por uno. No se trata de los publlirreportajes, que sí que son claramente espacios publicitarios contratados al efecto, sino de artículos que, por su contenido acrítico, carente de objetividad, pueden, en el fondo, servir de excusa publicitaria para quien allí aparece referido, aun cuando no fuese ese el objetivo. En estos supuestos límite, el TEDH, ha optado por considerarlos también amparados bajo la libertad de expresión.⁴⁰⁴

Por último, deseamos destacar que, en el caso concreto de los profesionales de la Abogacía, el TEDH ha entendido que son compatibles con el artículo 10 CEDH, aquellas restricciones que llevan a cabo los Estados, en relación a la publicidad comercial de los mismos, por entender que esta cuestión estaría amparada bajo el margen de apreciación nacional.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ STEDH (Sección 3ª) de 17 octubre de 2002, por la que se resuelve el caso *Stambuk* contra Alemania. JUR 2003\47812. Apartado 47: “*El artículo impugnado presentaba en conjunto una explicación equilibrada de la técnica de operación específica que necesariamente incluía indicaciones sobre el riesgo que suponía y el porcentaje de éxito. Los tribunales alemanes no encontraron que las declaraciones del demandante a este respecto, tal y como las reproducía el artículo, fueran incorrectas o engañaran al lector sobre la necesidad o la conveniencia de dicha intervención. La afirmación del porcentaje de éxito se refería claramente a la propia experiencia del demandante en el pasado, que es un elemento importante en la presentación de una nueva técnica de operación. Además, esta información se complementaba con la indicación, en el título, de que los riesgos de la operación eran bajos*”.

Apartado 48: “*Además, en opinión del Tribunal, la ilustración de un artículo en la prensa generalista con una fotografía, mostrando al demandante en su contexto profesional, no puede ser contemplada como una información prohibida y no objetiva o una publicidad engañosa. Efectivamente, la fotografía estaba muy relacionada con el contenido del artículo y no se puede reducir a mera publicidad*”.

Apartado 49: “*En opinión del Tribunal, no es posible aislar el pasaje del artículo relativo al porcentaje de éxito del demandante en el pasado al aplicar dicha técnica de operación y la fotografía que acompañaba al artículo como un todo, para alegar la necesidad de tomar medidas disciplinarias por incumplimiento de los deberes profesionales. El artículo puede haber tenido el efecto de dar publicidad al demandante y a su práctica, pero, teniendo en cuenta el contenido principal del artículo, este efecto demostró ser de naturaleza secundaria*”.

Apartado 50: “*En las circunstancias de este caso, la interpretación estricta de los tribunales disciplinarios alemanes sobre la prohibición de publicidad de la profesión médica y el requisito de objetividad de la información para prohibir declaraciones e ilustraciones relacionadas con ellas debido a su posible efecto colateral de dar publicidad al médico afectado, no está de acuerdo con la libertad de expresión. Siendo así las cosas, no es necesario examinar la alegación del Gobierno de que el demandante, como principio, debería haberse reservado el derecho de verificar el artículo antes de su publicación*”.

⁴⁰⁵ STEDH de 24 febrero de 1994, por la que se resuelve el caso *Casado Coca* contra España. TEDH 1994\1. Apartado 54: “*La regulación de la profesión de abogado, especialmente en el ámbito de la publicidad, varía de un país a otro en función de las tradiciones culturales*”.

7.- LA LIBRE CREACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Como indica BUSTOS GISBERT:

*“en este caso no se trata de un derecho a transmitir un determinado contenido, sino a la creación de los propios medios. El TEDH ha reconocido que el art. 10 no solo tutela el contenido de la información, sino también a los medios de transmisión o recepción, porque cualquier restricción impuesta en estos interfiere necesariamente en el derecho a recibir y transmitir información”.*⁴⁰⁶

La jurisprudencia del TEDH ha sido unánime al considerar en todos los casos, que la libre creación de medios de comunicación forma parte del derecho a la libertad de expresión recogido en el artículo 10 CEDH.⁴⁰⁷

Como más adelante analizaremos profundamente, uno de los problemas nucleares de esta cuestión es la relación entre el derecho a la creación de medios de comunicación y la obligación que tienen los titulares de dichos medios de que la información que se emita desde los mismos sea respetuosa con la libertad, la veracidad y la pluralidad. Ello es más evidente si cabe, si tenemos en cuenta que los verdaderos

Apartado 55: *“Este amplio abanico de normas y las diferencias de ritmo en los Estados miembros del Consejo de Europa muestran la complejidad del problema. Gracias a su contacto directo y constante con sus miembros, las autoridades colegiales o los jueces y tribunales del país se encuentran mejor situados que el juez internacional para precisar donde se sitúa, en un momento dado, el justo equilibrio a establecer entre los diversos intereses en juego: los imperativos de una buena administración de justicia, la dignidad de la profesión, el derecho de toda persona a recibir una información sobre la asistencia jurídica y la posibilidad para un abogado de hacer publicidad de su despacho”.*

Crítico con esta Sentencia se muestra JIMENA QUESADA, para el cual el fallo del TEDH no se compadece con la tendencia legislativa europea hacia la liberalización y flexibilidad de la publicidad.

JIMENA QUESADA, LUIS, “La libertad de expresión y los abogados a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Acerca de la Sentencia Casado Cosa contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de febrero de 1994)”, Revista General de Derecho, nº 600, Valencia, 1994, pág. 9484: *“En cualquier caso, en el asunto Casado Coca contra España parece que no se ha evaluado de forma coherente la compatibilidad entre el margen de apreciación estatal y el control europeo; en efecto, tras poner de manifiesto que la diversidad de normativas nacionales relativas a abogados se está viendo superada por una tendencia hacia una liberalización y flexibilidad de la publicidad a nivel europeo: en una vacilante motivación jurídica en los distintos párrafos de la Sentencia en que parece que va a decantarse por el principio favor libertatis, acaba justificando la injerencia de las autoridades españolas concluyendo que no hay violación del artículo 10 CEDH”.*

⁴⁰⁶BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, cit., pág. 493.

⁴⁰⁷ Citamos como leading case la STEDH de 24 noviembre de 1993, por la que resuelve el caso *Informationsverein Lentia* y otros contra Austria. TEDH 1993\56.

titulares de los medios son auténticos entramados corporativos y financieros, interesados fundamentalmente en que la información que llegue a la ciudadanía sea aquella que ellos entienden que menos les pueda perjudicar en sus intereses, pasando, a segundo plano la promoción de la libertad de sus periodistas, la veracidad de la información publicada y la pluralidad de las fuentes y de las opiniones vertidas.

8.- LA LIBERTAD DE ANTENA

FREIXES SANJUAN define la libertad de antena como “*el derecho a conectar con cualquier soporte técnico preexistente, a los efectos de poder recibir los contenidos emitidos por ese medio*”.⁴⁰⁸ Ello incluye el “*derecho a captar las emisiones cuyo origen se sitúa en un estado distinto al del receptor*”.⁴⁰⁹

No nos extenderemos demasiado al respecto, pues no queremos extralimitarnos del objeto de la investigación, limitándonos a señalar que este derecho ha sido reconocido por el TEDH como una manifestación más de la libertad de expresión, si bien es cierto que se admiten ciertos requisitos de carácter administrativo para el emisor, cual es la concesión de licencias, habida cuenta que el espacio radioeléctrico es limitado, y el Estado es el encargado de regular el mismo.⁴¹⁰ Dichos requisitos carecen de sentido para el receptor, pues, como de nuevo sabiamente indica el Magistrado Sr. DE MEYER, en su voto particular de conformidad a la STEDH que resuelve el caso *Autronic AG contra Suiza, Caso Groppera Radio AG y otros contra Suiza*, “*La libertad de ver y de mirar, de oír y de escuchar no está sujeta, como tal, a la autoridad de los Estados*”.⁴¹¹

⁴⁰⁸ FREIXES SANJUAN, TERESA, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de comunicación”, Revista de Derecho Comunitario Europeo nº 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 20.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pág. 21.

⁴¹⁰ STEDH de 28 marzo de 1990, por la que se resuelve el caso *Groppera Radio AG y otros contra Suiza*. TEDH 1990\9.

⁴¹¹ Voto particular de conformidad del Sr. De Meyer a la Sentencia de 22 mayo de 1990, por la que resuelve el caso *Autronic AG contra Suiza*. TEDH 1990\12

9- MANIFESTACIONES PASIVAS DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Como ya hemos manifestado, el derecho a la libertad de expresión (en sentido amplio) tiene una doble naturaleza, por un lado ser garantía institucional del sistema democrático, y, por otro, ser un derecho de carácter individual íntimamente ligado con la dignidad, la conciencia y el libre desarrollo de la personalidad. Solo mediante la recepción de información libre, plural y veraz, las personas podemos conformar nuestra conciencia y podemos desarrollar nuestra personalidad en libertad.

Para el TEDH, el derecho a informar y emitir juicios de valor libremente y el derecho a recibir dicha información y opiniones, sin cortapisas, son las dos caras de una misma moneda⁴¹². Una no se entendería sin la otra.

Ello se manifiesta, en primer lugar, en una obligación negativa, como es que el Estado no puede prohibir recibir distintas informaciones u opiniones.⁴¹³ Y, en segundo lugar, en una obligación positiva, cual es una actuación activa por parte del Estado, que debe garantizar que esa información plural, veraz y de interés público, sea convenientemente difundida, de manera real y efectiva, entre los ciudadanos.⁴¹⁴ El

⁴¹² STEDH 1986\8. Sentencia de 8 julio 1986, por la que se resuelve el caso *Lingens* contra Austria. Apartado 41: “*Estos principios son especialmente importantes para la prensa. (...) le incumbe, sin embargo, publicar informaciones e ideas sobre las cuestiones que se discuten en el terreno político y en otros sectores de interés público. Si su misión es difundirlas, el público tiene el derecho de recibirlas*”. STEDH de 21 enero de 1999, por la que se resuelve el caso *Fressoz y Roire* contra Francia. TEDH 1999\3. Apartado 51: “*A la función de la prensa que consiste en difundir informaciones e ideas sobre cuestiones de interés público, se añade el derecho del público a recibirlas*”.

⁴¹³ STEDH de 26 marzo de 1987, por la que se resuelve el caso *Leander* contra Suecia. TEDH 1987\4. Apartado 74: “*En cuanto a la libertad de recibir informaciones, prohíbe esencialmente a un Gobierno impedir a alguien recibir informaciones que otras personas aspiran o pueden consentir en suministrarle*”.

STEDH de 7 julio de 1989, por la que se resuelve el caso *Gaskin* contra Reino Unido. TEDH 1989\16. Apartado 52: “*El Tribunal entiende (...) que “la libertad de recibir informaciones... prohíbe fundamentalmente a un Gobierno impedir a cualquier persona que reciba las que otras estén dispuestas a facilitarle o consienten en que así se haga”*”

⁴¹⁴ STEDH de 19 febrero de 1998, por la que se resuelve el caso *Guerra* y otros contra Italia. TEDH 1998\2. Apartado 52: “*Al igual que las demandantes, la Comisión estima que la información al público representa en lo sucesivo uno de los instrumentos esenciales de protección del bienestar y de la salud de la población en las situaciones de peligro para el medio ambiente. En consecuencia, las palabras «este*

TEDH, aunque de manera testimonial, ha llegado a ampliar el objeto de este derecho, no solo a la información veraz y de interés público, sino también a las expresiones culturales y de entretenimiento que puedan servir como promoción de las lenguas y culturas propias.⁴¹⁵

No obstante, este aspecto pasivo ha sido el que menos jurisprudencia ha producido, habida cuenta que la inmensa mayoría de supuestos que llegan al TEDH se fundamentan en la violación del derecho a la libertad de expresión el emisor.

10.- LA TITULARIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL DERECHO A RECIBIR UNA INFORMACIÓN VERAZ, LIBRE Y PLURAL

derecho comprende (...) la libertad de recibir (...) informaciones», contenidas en el apartado 1 del artículo 10 del Convenio, deberían interpretarse como la atribución de un verdadero derecho a recibir informaciones, especialmente por parte de las administraciones competentes, en el caso de personas que pertenezcan a las poblaciones que hayan sido o puedan ser afectadas por una actividad industrial, o de otra naturaleza, peligrosa para el medio ambiente.

El artículo 10 impondría a los Estados no solamente el hacer accesible al público las informaciones en materia de medio ambiente, exigencia a la cual el derecho italiano parece poder ya responder, principalmente en virtud del artículo 14.3 de la Ley núm. 349, sino también obligaciones positivas de obtención, elaboración y difusión de esas informaciones, que por su naturaleza, no podrían llevarse de otra forma a conocimiento del público”.

⁴¹⁵ STEDH de 16 diciembre de 2008, por la que se resuelve el caso *Khurshid Mustafa y Tarzibachi* contra Suecia. JUR 2008\385145. Apartado 44: *“In the instant case, the Court observes that the applicant wished to receive television programmes in Arabic and Farsi from their native country or region. That information included, for instance, political and social news that could be of particular interest to the applicants as immigrants from Iraq. Moreover, while such news might be the most important information protected by Article 10, the freedom to receive information does not extend only to reports of events of public concern, but covers in principle also cultural expressions as well as pure entertainment. The importance of the latter types of information should not be underestimated, especially for an immigrant family with three children, who may wish to maintain in contact with the culture and language of their country of origin. The right at issue was therefore of particular importance to the applicants”.*

Traducción: En el presente caso, el Tribunal señala que el demandante deseaba recibir programas de televisión en árabe y farsi de su país o región de origen. Esa información incluye, por ejemplo, noticias políticas y sociales que podrían ser de particular interés para los demandantes, como inmigrantes procedentes de Iraq que son. Además, si bien este tipo de noticias puede ser la información más importante protegida por el artículo 10, la libertad de recibir información no se extiende solo a los reportajes sobre eventos de interés público, sino que abarca, en principio, también las expresiones culturales, así como el puro entretenimiento. La importancia de los últimos tipos de información no debe ser subestimada, especialmente para una familia de inmigrantes y con tres hijos, que deseen mantener contacto con la cultura y el idioma de su país de origen. El derecho en cuestión era, por tanto, de especial importancia para los demandantes.

El Estado tiene un papel activo en la tarea de garantizar la libre difusión de información veraz y plural, a la que tiene derecho la ciudadanía. Ello ha supuesto situaciones de conflicto, en los que el TEDH ha tenido que casar el derecho a la creación de medios de comunicación privados con el deber del Estado de garantizar el derecho a recibir información libre, veraz y plural.

El TEDH, en la Sentencia de fecha 24 de noviembre de 1993, por la que se resuelve el caso *Informationsverein Lentia* y otros contra Austria,⁴¹⁶ mostrándose en contra de los monopolios televisivos públicos, como única posibilidad de garantizar esa información libre, plural y veraz. Estos tres adjetivos, que han sido reconocidos constantemente por la Corte como inescindibles del derecho a la información, comportan que el Estado no solo tenga el derecho, sino el deber de garantizar que la información que se emita por parte de los medios venga caracterizada por esas tres cualidades. Para el Gobierno austríaco, el Estado debe garantizar la objetividad y la imparcialidad de la información, el respeto al pluralismo, el equilibrio de los programas y la independencia de las personas y de los órganos responsables de las emisiones. Como consecuencia de ello, los representantes del Gobierno austríaco mantenían que únicamente un régimen basado en el monopolio, permitiría a las autoridades velar por el cumplimiento de dichos requisitos. Sin embargo, para el TEDH, estos fines se pueden conseguir igual, sin necesidad de acudir a un régimen monopolístico. Así pues, mediante el sistema de licencias, se pueden establecer aquellos requisitos para poder emitir. De ese modo, se estaría garantizando la necesidad de que la información sea veraz, plural, y libre, sin necesidad de acudir a una medida tan restrictiva como lo es la imposibilidad de la libre creación de medios de comunicación.

La mayor amenaza actual que se cierne sobre la garantía de la información, como derecho fundamental, a la que se enfrentan las sociedades democráticas, es la influencia de los poderes económicos y políticos en los medios. Esta cuestión fue

⁴¹⁶ STEDH de 24 noviembre de 1993, por la que resuelve el caso *Informationsverein Lentia* y otros contra Austria. TEDH 1993\56.

tratada en la STEDH de 10 mayo de 2012, por la que se resuelve el caso *Frasila y Ciocirlan* contra Rumania,⁴¹⁷ en la cual, se indica literalmente que:

“el Estado es el último garante del pluralismo, especialmente en lo referente a los medios audiovisuales, cuyos programas se difunden a menudo a gran escala (...) Este papel se hace más necesario cuando la independencia de la prensa sufre presiones externas de los políticos y los titulares del poder económico (...) Sin embargo, de acuerdo con los informes elaborados por varias organizaciones nacionales e internacionales, la situación de la prensa en Rumania durante el período 2002-2004 no parece haber sido satisfactoria (...) Estos informes destacan, entre otras cosas, que la prensa local se encontraba directa o indirectamente bajo el control de los responsables políticos o económicos de la región (...) En estas circunstancias, las medidas que debía adoptar el Estado, dado su papel como garante del pluralismo y la independencia de la prensa, son de importancia real”.⁴¹⁸

Para el TEDH, el pluralismo informativo supone la base misma del sistema democrático, pues sin la misma, no podríamos hablar de una opinión pública libre. El Estado debe salvaguardar, en todo caso, tanto el acceso al mercado audiovisual de los diferentes operadores interesados como la libertad editorial de cada uno de los medios frente a las injerencias de los poderes políticos y económicos. En este sentido, es paradigmática la STEDH de 7 de junio de 2012, por la que se resuelve el caso *Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano* contra Italia,⁴¹⁹ que indica literalmente que:

“El Tribunal considera oportuno recordar el conjunto de principios generales derivados de su jurisprudencia en materia de pluralismo de los medios audiovisuales. Como ha subrayado a menudo, no existe democracia sin pluralismo. La democracia se alimenta de la libertad de expresión. Es esencial permitir la propuesta y discusión de proyectos políticos diversos, incluso aquellos que ponen en tela de juicio el modo de organización actual de un Estado, siempre que no atenten contra la democracia en sí misma”.⁴²⁰

“A este respecto, el Tribunal observa que en una sociedad democrática, no basta para garantizar un auténtico pluralismo en el sector audiovisual, prever la existencia de varias cadenas o la posibilidad teórica para los operadores potenciales de tener acceso al mercado del sector audiovisual. Es preciso permitir un acceso efectivo al mercado, a fin de garantizar, en el contenido de los programas considerados en su conjunto, una diversidad que refleje, lo máximo posible, la

⁴¹⁷ STEDH (Sección 3ª) de 10 mayo de 2012, por la que se resuelve el caso *Frasila y Ciocirlan* contra Rumania. TEDH 2012\44.

⁴¹⁸ *Ibidem*, apartado 64.

⁴¹⁹ STEDH (Gran Sala) de 7 junio de 2012, por la que se resuelve el caso *Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano* contra Italia. JUR 2012\191829.

⁴²⁰ *Ibidem*, Apartado 129.

*variedad de corrientes de opinión que existen en la sociedad a la que se dirigen estos programas”.*⁴²¹

*“La libertad de expresión, consagrada en el apartado 1 del artículo 10, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso (...) La libertad de prensa y de otros medios de difusión de la información facilita a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes. Corresponde a la prensa la función de transmitir la información e ideas sobre las cuestiones debatidas en el escenario político, así como las que conciernen otros sectores de interés público. A su función, que consiste en difundir, se añade el derecho del público de recibir”.*⁴²²

*“Los medios audiovisuales, como la radio y televisión, tienen un papel muy importante que desempeñar a este respecto. En razón de su poder de transmitir mensajes mediante sonido e imagen, tienen efectos más inmediatos y poderosos que la prensa escrita (...) La función de la televisión y radio, fuentes conocidas de entretenimiento en la intimidad del telespectador o del oyente, refuerza aún más su impacto”.*⁴²³

*“Una situación en que, una fracción económica o política de la sociedad puede obtener una posición dominante con respecto a los medios audiovisuales y ejercer una presión sobre los difusores para, finalmente, restringir su libertad editorial, viola el papel fundamental de la libertad de expresión en una sociedad democrática, garantizada por el artículo 10 del Convenio (...)”*⁴²⁴

*“El Tribunal subraya que, en un sector tan sensible como el de los medios audiovisuales, al deber negativo de no injerencia se añade, para la Estado, la obligación positiva de establecer un marco legislativo y administrativo apropiado para garantizar un pluralismo efectivo (...). Esto más conveniente cuando, como en el presente caso, el sistema audiovisual nacional se caracteriza por una situación de duopolio”.*⁴²⁵

Como vemos, la libertad de expresión supone una obligación de carácter positivo para el Estado, consistente en garantizar que la información que le llegue a la ciudadanía sea veraz, plural y libre, lo cual, supone una injerencia totalmente justificada respecto a la titularidad de los medios, sea pública o privada. Al fin y al cabo, quienes ocupan una posición de poder (sea este político o económico) pueden tener la tentación de querer tergiversar la información transmitida a través de los medios públicos o privados, para sus propios intereses, manipulando, de este modo a la opinión pública.

No podemos obviar que los medios de comunicación (tanto públicos como privados) son los encargados de gestionar un bien jurídico de carácter fundamental, cual

⁴²¹ *Ibíd*em, Apartado 130.

⁴²² *Ibíd*em, Apartado 131.

⁴²³ *Ibíd*em, Apartado 132.

⁴²⁴ *Ibíd*em, Apartado 133.

⁴²⁵ *Ibíd*em, Apartado 134.

es la información. En consecuencia, en tanto que son los depositarios privilegiados de un derecho humano, el de la libertad de información que está en la base misma del sistema democrático, el Estado deberá garantizar que dicha información se adecúa a esos tres requisitos: veracidad, pluralidad y libertad.

11.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL REVISIONISMO HISTÓRICO: ANÁLISIS ESPECIAL DEL NEGACIONISMO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Una de las cuestiones que ha sido analizada pormenorizadamente por el TEDH es el del revisionismo histórico⁴²⁶, como límite de la libertad de expresión. El supuesto que más se ha repetido, es el de aquellas personas que negaban, cuestionaban o minimizaban el holocausto, y eran condenadas por ello en sus respectivos países, acudiendo, posteriormente al TEDH, por presunta vulneración del artículo 10 CEDH. Sin embargo, en todas ellas, el TEDH⁴²⁷ ha manifestado que el negacionismo no tiene cabida en el artículo 10 CEDH, puesto que el holocausto es un hecho histórico incontrovertible, siendo su negación una afrenta para las víctimas y familiares de estas, así como para los grupos sociales que padecieron el mismo.

⁴²⁶ BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA, “La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, Revista de Derecho Político, UNED, enero-agosto 2008, Madrid, pág. 19 y 20: “*Cuando hablamos de negacionismo o revisionismo histórico nos estamos refiriendo al discurso que consiste en cuestionar o negar la realidad del genocidio cometido por los nazis durante la II Guerra Mundial, con el propósito declarado de borrar de la memoria colectiva la huella de esa infamia. Y comprende la negación pura y simple o la puesta en duda o en tela de juicio tanto de la realidad del genocidio como de su amplitud o de las modalidades de ejecución. Así, el discurso negacionista niega la política de exterminio nazi contra los judíos. No solo la voluntad de exterminio del III Reich, sino la liquidación sistemática, masiva e industrial de la comunidad judía (la solución final no fue otra cosa que la expulsión de los judíos hacia el Este). Niega la existencia de cámaras de gas (serían en realidad lugares de desinfección de la ropa de los deportados) y el exterminio de enfermos mentales, gitanos y miembros de otras razas consideradas inferiores. En todo caso, la cifra de víctimas judías es mucho menor de lo que se dice. El genocidio es una invención de la propaganda aliada*”.

⁴²⁷ Artículo 17 CEDH. Prohibición del abuso de derecho: “*Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo*”.

Al analizar la jurisprudencia al respecto, el TEDH⁴²⁸ parte de una doble idea: La libertad de expresión no ampara la falsedad, las mentiras, y menos, cuando el resultado

⁴²⁸ Decisión de la Comisión de 16 de julio de 1982 por la que se resuelve el caso X. contra la República Federal Alemana, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>: “*The Commission also finds it was neither arbitrary nor unreasonable to consider the pamphlets displayed by the applicant as a defamatory attack against the jewish community and against individual member of this community. By describing the historical fact of the assassination of MILLions of jews, a fact wich was even admitted by the applicant himself, as a lie and a Zionistic swindle, the pamphlets in question not only gave a distorted picture of the relevant historical facts also contained an attack on the reputation of all those who were described as liers o swindlers, or at least as persons profiting from or interested in such lies or swindles. (...) The fact that collective protection against defamation is limited to certain specific groups including jews is based on objective considerations*”

Traducción: La Comisión también considera que no era ni arbitrario ni irrazonable considerar los folletos expuestos por el demandante como un ataque difamatorio contra la comunidad judía en general y contra un miembro individual de la misma. Al describir el hecho histórico del asesinato de millones de judíos, el cual fue incluso admitido por el propio demandante, como una mentira y una estafa sionista, los panfletos en cuestión no solo dieron una imagen distorsionada de hechos históricos relevantes, sino que también contenían una ataque a la reputación de todos aquellos que fueron descritos como mentirosos o ladrones, o al menos como personas que se benefician de, o interesados en, este tipo de mentiras o engaños (...) El hecho de que la protección colectiva contra la difamación se limite a ciertos grupos específicos como los judíos, se basa en consideraciones objetivas.

Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 1995 por la que se resuelve el caso *Otto E.F.A. REMER* contra la República Federal Alemana, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>: “*The Regional Court found that the applicant was the editor of an irregularly issued publication "Remer Depeschen", and himself author of some of the reports and comments. He identified himself with the political and factual statements published in the "Depeschen" (...)*

Thus, the "Depeschen" of June, August and December 1991 as well as of February and April 1992 had contained articles suggesting that the gas chambers in the concentration camps during the Nazi regime had never existed. Further publications contained information about the applicant's efforts to inform the population about the truth regarding in particular the concentration camp in Auschwitz and to fight against the lies about the gassing of four million Jews in Auschwitz. Other articles condemned the German policy regarding Israel, or complained about the preferential treatment of asylum seekers, "gipsies" and drug traffickers as compared to German nationals, and about the destruction of Germany as a result of the immigration of foreigners (...)

As regards the circumstances of the present case, the Commission notes the detailed findings of the Regional Court as to the contents of the applicant's publications in which he had attempted to incite to hatred against Jews (...)

The Commission finds that the applicant's publications ran counter one of the basic ideas of the Convention, as expressed in its preamble, namely justice and peace, and further reflect racial and religious discrimination.

The public interests in the prevention of crime and disorder in the German population due to incitement to hatred against Jews, and the requirements of protecting their reputation and rights, outweigh, in a democratic society, the applicant's freedom to impart publications denying the existence of the gassing of Jews in the concentration camps under the Nazi regime, and the allegations of extortion”

Traducción: El Tribunal Regional consideró que el demandante era tanto editor de una publicación realizada irregularmente, "Remer Depeschen", como autor de algunos de los informes y comentarios en ella aparecida. Él se identificó con las afirmaciones de hechos y políticas publicadas en "Depeschen" (...) Así, el "Depeschen" de junio, agosto y diciembre de 1991, así como el de febrero y abril de 1992, contenían artículos que sugerían que las cámaras de gas en los campos de concentración, durante el régimen nazi, nunca existieron. Otras publicaciones contenían información sobre los esfuerzos del

demandante para informar a la población acerca de la verdad, en relación, en particular, con el campo de concentración de Auschwitz y de luchar contra las mentiras sobre el gaseamiento de cuatro millones de judíos en Auschwitz. Otros artículos condenaron la política alemana con respecto a Israel, o se quejaron del trato preferencial a los solicitantes de asilo, "gitanos" y traficantes de drogas, en comparación con los nacionales alemanes, y la destrucción de Alemania como consecuencia de la inmigración de extranjeros (...)

En cuanto a las circunstancias del presente caso, la Comisión toma nota de las conclusiones detalladas del Tribunal Regional, relativas al contenido de las publicaciones del demandante en las que había tratado de incitar al odio contra los judíos (...)

La Comisión considera que las publicaciones del demandante iban en contra de una de las ideas básicas de la Convención, tal y como se expresa en su preámbulo, a saber, la justicia y la paz, además de reflejar discriminación racial y religiosa.

Los intereses públicos en la prevención de la delincuencia y el desorden en la población alemana, debido a la incitación al odio contra los judíos, y las exigencias de la protección de su reputación y derechos son mayores, en una sociedad democrática, que la libertad del demandante para difundir publicaciones que niegan el gaseamiento de judíos en los campos de concentración bajo el régimen nazi, y las acusaciones de extorsión.

Decisión de la Comisión de 2 de septiembre de 1994, por la que se resuelve el caso *Walter Ochensberger* contra la Austria, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>: *"The Court of Assizes found that in 1989 and 1990 the applicant had engaged in National Socialist activities by having edited, published and distributed articles and contributions in the periodical "Sieg-AJ-Press-Dienst" specified in the judgment. These articles and contributions, as apparent from their lay-out, presentation, pictures and contents, had incited people to racial hatred, antisemitism and xenophobia, glorified the Germanic race in a biased manner and denied the sovereignty of Austria. They also presented in a biased and propagandist manner the actions and aims of the Third Reich dominated by Adolf Hitler, in particular by justifying the installation of concentration camps in the territory of the Third Reich and in the territories occupied in the course of the Second World War, by minimising the killings therein and by putting the blame for those killings on the allied powers (...)*

The Commission also refers to Article 17 of the Convention which reads as follows: "Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group of person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention".

(...) In particular, the Commission has found that the freedom of expression enshrined in Article 10 (Art. 10) of the Convention may not be invoked in a sense contrary to Article 17.

As regards the circumstances of the present case, the Commission particularly notes the findings of the Court of Assizes that the applicant's publications incited the reader to racial hatred, antisemitism and xenophobia. Consequently, the Commission finds that the applicant is essentially seeking to use the freedom of information enshrined in Article 10 (Art. 10) of the Convention as a basis for activities which are contrary to the text and spirit of the Convention and which, if admitted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms set forth in the Convention".

Traducción: La Sala de lo Penal determinó que, en 1989 y 1990, el demandante había participado en actividades nacionalsocialistas, al haber editado, publicado y distribuido artículos y colaboraciones en la revista "Sieg-AJ-Press-Dienst", especificados en la resolución. Estos artículos y contribuciones, como es evidente por su composición, presentación, imágenes y contenidos, habían incitado a la gente al odio racial, al antisemitismo y a la xenofobia, glorificado la raza germánica de manera sesgada y negando la soberanía de Austria. También presentaron de manera sesgada y propagandista las acciones y objetivos del Tercer Reich dominado por Adolf Hitler, en particular al justificar la instalación de campos de concentración en el territorio del Tercer Reich y en los territorios ocupados durante el curso de la segunda guerra mundial, minimizando los asesinatos en los mismos y culpabilizando de esos asesinatos a las potencias aliadas (...)

Asimismo, la Comisión se refiere al artículo 17 de la Convención, que dice lo siguiente: "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado,

grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo” (...)

En particular, la Comisión ha concluido que la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 de la Convención no puede ser invocada en un sentido contrario al artículo 17.

En cuanto a las circunstancias del presente caso, la Comisión observa, en particular, las conclusiones de la Sala de lo Penal relativas a que las publicaciones del demandante incitaban al lector al odio racial, el antisemitismo y la xenofobia. En consecuencia, la Comisión considera que el demandante pretende fundamentalmente utilizar la libertad de información recogida en el artículo 10 de la Convención como base para actividades que son contrarias a la letra y el espíritu de la Convención y que, de ser admitidas, contribuirían a la destrucción de los derechos y libertades enunciados en la Convención.

Decisión de la Comisión de 9 de septiembre de 1998, por la que se resuelve el caso *Herwig Nachtmann* contra la Austria, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>: “By a judgment of 8 August 1995 the Graz Regional Criminal Court sitting with a jury (*Geschworenengericht beim Landesgericht für Strafsachen*) convicted the applicant of National Socialist activities (*Betätigung im nationalsozialistischen Sinne*) within the meaning of Section 3h of the National Socialism Prohibition Act (*Verbotsgesetz*), fined him 240,000 Austrian Schillings (AS) and sentenced him to ten months' imprisonment on probation. The court found that the applicant, as the head of the editorial staff of the periodical "Aula, Das freiheitliche Magazin", was responsible for the publication of an article in that periodical (...) In that article the National Socialist genocide and other National Socialist crimes, according to the court, had been grossly denied and minimised. The court analyzed in detail the statements suggesting that the number of the victims of the mass killings, in particular of Jews, by poisonous gas and cremation was highly exaggerated and technically impossible (...)

In particular the Commission has repeatedly found that freedom of expression as expressed in Article 10 of the Convention may not be invoked in a sense contrary to Article 17 (...)

As regards the circumstances of the present case the Commission notes that the publication in question according to the Graz Regional Criminal Court did grossly deny and minimise the mass murders and other crimes committed under the National Socialist regime. These findings which were confirmed by the Supreme Court do not disclose any arbitrariness. Moreover, the Commission has already stated earlier that National Socialism is a totalitarian doctrine incompatible with democracy and human rights and that its adherents undoubtedly pursue aims of the kind referred to in Article 17”.

Traducción: Mediante resolución de 8 de agosto de 1995, el Tribunal Penal Regional de Graz, con asistencia del jurado (*Geschworenengericht beim Landesgericht für Strafsachen*), condenó al demandante por llevar a cabo actividades nacionalsocialistas (*Betätigung im nationalsozialistischen Sinne*) en el sentido de la Sección 3 de la Ley de Prohibición del Nacional Socialismo (*Verbotsgesetz*), y condenándolo al pago de una multa de 240.000 chelines austriacos (AS) y a diez meses de prisión en libertad condicional. El tribunal consideró que el demandante, como jefe de redacción de la revista "Aula, Das Freiheitliche Magazin", fue el responsable de la publicación de un artículo en ese periódico (...) En ese artículo, según el tribunal, el genocidio y otros crímenes nacionalsocialistas, habían sido groseramente negados y minimizados. El tribunal analizó con detalle las declaraciones que sugieren que el número de las víctimas de los asesinatos en masa, en particular de los judíos, por el gas venenoso y la cremación era muy exagerado y técnicamente imposibles (...)

En particular, la Comisión ha señalado en repetidas ocasiones que la libertad de expresión tal como se expresa en el artículo 10 de la Convención no puede ser invocada en un sentido contrario al artículo 17 (...)

En cuanto a las circunstancias del presente caso, la Comisión toma nota de que la publicación en cuestión, de acuerdo con el Tribunal Penal Regional de Graz, groseramente negó y minimizó los asesinatos en masa y otros crímenes cometidos durante el régimen nacionalsocialista. Estas conclusiones, que fueron confirmadas por el Tribunal Supremo, no resultan arbitrarias. Por otra parte, la Comisión ya ha señalado anteriormente que el nacionalsocialismo es una doctrina totalitaria incompatible con la democracia y los derechos humanos, y que sus seguidores, sin duda, persiguen objetivos referidos en el artículo 17 (...)

de las mismas puede conllevar una justificación o minoración del holocausto, amén de una promoción del discurso del odio; y, además, este cuestionamiento supone, de suyo, una difamación para aquellos que sobrevivieron al holocausto, así como a sus familiares y al colectivo afectado en general. A dichas doctrinas revisionistas les resulta, por tanto, de aplicación, el art. 17 CEDH.

Como señala BILBAO UBILLOS:⁴²⁹

STEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, por la que se resuelve el caso *Garaudy* contra Francia, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>: *“The book which gave rise to the applicant's criminal convictions analyses in detail a number of historical events relating to the Second World War, such as the persecution of the Jews by the Nazi regime, the Holocaust and the Nuremberg Trials. Relying on numerous quotations and references, the applicant questions the reality, extent and seriousness of these historical events that are not the subject of debate between historians, but – on the contrary – are clearly established. It would appear, as the domestic courts have shown on the basis of a methodical analysis and detailed findings that, far from confining himself to political or ideological criticism of Zionism and the State of Israel's actions, or even undertaking an objective study of revisionist theories and merely calling for “a public and academic debate” on the historical event of the gas chambers, as he alleges, the applicant does actually subscribe to those theories and in fact systematically denies the crimes against humanity perpetrated by the Nazis against the Jewish community.*

There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, as the applicant does in his book, does not constitute historical research akin to a quest for the truth. The aim and the result of that approach are completely different, the real purpose being to rehabilitate the National-Socialist regime and, as a consequence, accuse the victims themselves of falsifying history. Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them. The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others. Their proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17 of the Convention.

The Court considers that the main content and general tenor of the applicant's book, and thus its aim, are markedly revisionist and therefore run counter to the fundamental values of the Convention, as expressed in its Preamble, namely justice and peace. It considers that the applicant attempts to deflect Article 10 of the Convention from its real purpose by using his right to freedom of expression for ends which are contrary to the text and spirit of the Convention. Such ends, if admitted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms guaranteed by the Convention.

Accordingly, the Court considers that, in accordance with Article 17 of the Convention, the applicant cannot rely on the provisions of Article 10 of the Convention regarding his conviction for denying crimes against humanity”.

Traducción: El libro que dio lugar a las condenas penales del demandante, analiza, en detalle, una serie de acontecimientos históricos relacionados con la Segunda Guerra Mundial, como la persecución de los judíos por el régimen nazi, el Holocausto y los juicios de Nuremberg. Basándose en numerosas citas y referencias, el demandante cuestiona la realidad, extensión y gravedad de estos hechos históricos, los cuales no son objeto de debate entre los historiadores, sino que - por el contrario - están claramente establecidos. Como los tribunales nacionales han demostrado sobre la base de un análisis metódico y conclusiones detalladas, parece que, lejos de limitarse a la crítica política o ideológica del sionismo y del Estado de las acciones de Israel, o incluso a la realización de un estudio objetivo de las teorías

“Esta actitud de prevención, de cautela, ante las nefastas consecuencias de la libre difusión de ideas con un alto grado de toxicidad, de peligro para la convivencia no es fruto de la casualidad, no se produce por generación espontánea. Los traumas del pasado, de un pasado relativamente reciente aún, explican la especial sensibilidad de la mayoría de las sociedades europeas en este terreno. Es mejor prevenir que curar: la tolerancia con los intolerantes es una actitud suicida. Y es legítima, por tanto, la imposición de límites atendiendo al contenido del mensaje”

Sin embargo, en la Sentencia que resolvió el caso *Lehideux y Isorni* contra Francia,⁴³⁰ el TEDH, se apartó de esta doctrina jurisprudencial. Los demandantes, uno Presidente de la Asociación para la defensa de la memoria del mariscal PÉTAIN, y el otro, Abogado, en su momento, del señor PÉTAIN, escribieron un artículo, publicado por *Le Monde*, titulado «Franceses, tenéis la memoria corta», seguido de la mención, «Philippe Pétain, 17 de junio de 1941», en el que se glorificaba la figura del militar colaboracionista. El artículo terminaba con una invitación a escribir a la Asociación para la defensa de la memoria del mariscal Pétain y a la Asociación nacional Pétain-Verdun.⁴³¹ El que los autores tomaran distancia del régimen nazi, calificándolo como

revisionistas simplemente abriendo "un debate público y académico" sobre el acontecimiento histórico de las cámaras de gas, como se alega, el demandante suscribe realmente esas teorías y, de hecho, niega sistemáticamente los crímenes contra la humanidad perpetrados por los nazis contra la comunidad judía.

⁴²⁹ BILBAO UBILLOS, “La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, cit., pág. 52.

⁴³⁰ STEDH de 23 septiembre de 1998, por la que se resuelve el Caso *Lehideux e Isorni* contra Francia. TEDH 1998\49.

⁴³¹ *Ib ídem*. Contenido del artículo litigioso.

Apartado 11: “FRANCESES, TENEIS LA MEMORIA CORTA
-SI HABEIS OLVIDADO ...

-Que en 1940 los poderes civiles y militares habían conducido a Francia al desastre. Los responsables le suplicaron que viniera en su socorro. Por la llamada del 17 de junio de 1940, él obtuvo el armisticio , impidió al enemigo acampar en las orillas del Mediterráneo. Lo que salvó a los Aliados . El poder le fue entonces entregado legalmente por las Asambleas parlamentarias, en las que el Frente Popular era mayoría. Los franceses, agradecidos, le consideraron, con razón, como su salvador. Hubo "cuarenta Millones de petainistas" (Henri Amouroux).

¿Cuántos no se acuerdan ya y cuántos han renegado de él?

-Que en medio de dificultades que ningún Jefe de Francia había conocido, de atrocidades, de persecuciones nazis, él les protegió contra la omnipotencia alemana y su barbarie, velando también por la salud de dos Millones de prisioneros de guerra.

-Que aseguró el pan de cada día, restableció la justicia social, defendió la escuela libre, salvaguardó una economía expuesta al pillaje.

-Que por su política excepcionalmente hábil, fue el mismo día a Montoire y a Londres, por medio de un representante personal, permitiendo a la Francia vencida mantener su posición entre las exigencias opuestas de los alemanes y de los aliados y, mediante acuerdos secretos con América, preparar y contribuir a la liberación de Francia, para la que había estado formando el ejército de África.

barbarie, y el que hubiesen transcurrido 40 años, con lo que el análisis histórico puede hacerse de manera más serena, fueron determinantes para que el TEDH entendiera que los demandantes merecían la protección del artículo 10 CEDH.⁴³² No obstante, no

-Que conservó para Francia la casi totalidad de lo que se osaba llamar todavía su imperio.

-Que Hitler y Ribbentrop le reprocharon su resistencia, le amenazaron, y que, el 20 de agosto de 1944, las tropas alemanas le deportaron a Alemania.

FRANCESES, TENEIS LA MEMORIA CORTA

-SI HABEIS OLVIDADO...

-Que, mientras estaba cautivo del enemigo, Philippe Pétain fue perseguido por orden de Charles de Gaulle por haber traicionado a la patria, cuando había hecho todo por salvarla.

-SI HABEIS OLVIDADO...

-Que, escapándose de Alemania, volvió a Francia, sin importarle el peligro personal que pudiera correr, para responder a esta monstruosa acusación e intentar asegurar, mediante su presencia, la protección de los que le habían obedecido.

FRANCESES, TENEIS LA MEMORIA CORTA

-SI HABEIS OLVIDADO...

-Que la acusación utilizó las mayores complicidades, una falsificación, como en el caso Dreyfus, para obtener su condena; que a los noventa años, fue, a toda prisa, condenado a muerte (...)

⁴³² STEDH de 23 septiembre de 1998, por la que se resuelve el caso *Lehideux y Isorni* contra Francia. TEDH 1998\49. Apartado 52: “Tratándose, en primer lugar, del contenido de la publicación, el Tribunal señala su carácter unilateral. Al presentar a Philippe Pétain bajo un punto de vista totalmente favorable y al no mencionar ninguno de los hechos que se le reprocharon y le hicieron acreedor de la condena a muerte por el Alto Tribunal de Justicia, el texto podía considerarse polémico sin lugar a dudas. A este respecto, sin embargo, el Tribunal recuerda que, además del fondo de las ideas e informaciones expresadas, el artículo 10 protege también el modo de expresarlas (...)

El Tribunal señala que para condenar a los demandantes, el Tribunal de apelación de París tomó en consideración principalmente la ausencia de alejamiento y de crítica del texto con relación a determinadas actuaciones de Philippe Pétain y sobre todo, el silencio del texto sobre otros hechos, en particular la firma «el 3 de octubre de 1940 del acta llamada Ley sobre los ciudadanos extranjeros de raza judía que debían ser internados en los campos acondicionados en Francia a este efecto con vistas a facilitar el que fueran trasladados hacia los campos de concentración nazis a los que estaban destinados». Procede, por lo tanto, comprobar si estos reproches podían justificar la injerencia litigiosa”.

Apartado 53: “No cabe duda de que a semejanza de cualquier otra declaración dirigida contra los valores que sirven de base al Convenio (...) la justificación de una política pronazi no podría beneficiarse de la protección del artículo 10. Sin embargo, en este caso, los demandantes se separaron explícitamente de las «atrocidades» y de las «persecuciones nazis» así como de la «omnipotencia alemana y (de) su barbarie». No hicieron tanto el elogio de una política sino el de un hombre, y esto con una finalidad que el Tribunal de apelación reconoció, aunque no el motivo, por lo menos la pertinencia y la legitimidad: la revisión de la condena de Philippe Pétain”.

Apartado 54: “Por lo que se refiere al silencio que se les reprocha a los autores del texto, el Tribunal considera que no puede juzgar en abstracto. No se trata, en efecto, de un silencio sobre hechos cualquiera, sino del silencio sobre acontecimientos que forman parte directa del Holocausto. Los autores del texto hicieron ciertamente referencia a la «barbarie nazi», pero sin indicar que Philippe Pétain había contribuido conscientemente a ello, sobre todo por su responsabilidad en la persecución y la deportación hacia los campos de la muerte de decenas de miles de judíos de Francia. La gravedad de estos hechos, crímenes contra la humanidad, aumenta la gravedad de cualquier intento por ocultarlos. Por muy moralmente condenable que sea, el silencio mantenido por ellos en el texto requiere, sin embargo, ser examinado a la luz de un determinado número de otras circunstancias presentes en este caso”.

podemos obviar que el fallo de la Sentencia fue controvertido, dado que se aprobó por quince votos a favor y seis en contra.

El problema es mucho más complejo, sobre todo, cuando quienes llevan a cabo el proceso revisionista son los propios historiadores. Negar la posibilidad de que, en base a sus fuentes, puedan llegar a consideraciones distintas de la verdad oficializada, sería tanto como pretender acallar a aquellos que, tras un proceso de investigación, han llegado a la conclusión de que lo hasta entonces considerado cierto, no casa con la

Apartado 55: “Entre ellas, está el hecho de que, como recordó el Gobierno, «esta página de la historia de Francia sigue estando dolorosamente inscrita en la memoria colectiva , teniendo en cuenta las dificultades encontradas por el país para reconocer las responsabilidades, ya fueran de individuos aislados ya de instituciones enteras, en la política de colaboración llevada a cabo con la Alemania nazi». A este respecto, conviene señalar, sin embargo, que correspondía al Ministerio Fiscal , encargado de representar todas las sensibilidades que componen el interés general y de defender los derechos de terceros, alegar este punto de vista en el procedimiento interno . Ahora bien, este consideró, en primer lugar, que no procedía perseguir a los demandantes ante el Tribunal correccional (...), más tarde se abstuvo de apelar contra la absolución dictada por este Tribunal (...) y de recurrir en casación la Sentencia del Tribunal de apelación de París de 8 de julio de 1987 (...)

El Tribunal señala, además, que los acontecimientos relatados en la publicación litigiosa se habían producido cuarenta años atrás. Incluso aunque estas declaraciones así como las de los demandantes parecen reanimar la controversia y reavivar los sufrimientos de la población, la distancia del tiempo implica que no convendría, cuarenta años más tarde, aplicarles la misma severidad que diez o veinte años atrás. Esto colabora con los esfuerzos que todo país está llamado a hacer para debatir abierta y serenamente su propia historia. Procede recordar a este respecto que con la excepción del apartado 2 del artículo 10, la libertad de expresión comprende no solo las «informaciones» o «ideas» aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que molestan, chocan o inquietan: así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe «sociedad democrática»”.

Apartado 56: “Por otra parte, la publicación litigiosa se sitúa dentro del objeto social de las asociaciones que están en su origen: la Asociación para la defensa de la memoria del mariscal Pétain y la Asociación Pétain-Verdun. Estas asociaciones estaban legalmente constituidas y, ni antes ni después de 1984, habían sido objeto de diligencias penales en relación con la ejecución de su objeto social”.

Apartado 57: “El Tribunal señala, finalmente, la gravedad de una condena penal por apología de crímenes o delitos de colaboración, teniendo en cuenta la existencia de otros medios de intervención y de refutación, sobre todo por las vías de derecho civiles”.

Apartado 58: “En resumen, el Tribunal considera desproporcionada y, por lo tanto, no necesaria en una sociedad democrática, la condena penal impuesta a los demandantes. Por lo tanto, hubo violación del artículo 10.

Esta conclusión autoriza al Tribunal a considerar que no procede aplicar el artículo 17”.

realidad constatada y contrastada a través del método científico. Como sigue manifestando BILBAO UBILLOS:⁴³³

“En este tipo de litigios, no resulta fácil deslindar lo que es la expresión de una opinión de lo que es una afirmación fáctica. Si nos decantamos por la calificación de una determinada declaración como una información sobre hechos, se nos plantea un segundo problema, el de su veracidad o falsedad, una cuestión sujeta a menudo a controversia, sobre todo cuando se trata de hechos históricos complejos. Ya hemos aludido a las dificultades que encuentran los historiadores a la hora de verificar de forma fehaciente lo que ocurrió en el pasado, a la vista de las versiones parciales y selectivas que de un mismo acontecimiento pueden dar diferentes testigos e investigadores. ¿Cuándo podemos hablar de un hecho histórico establecido o incontestable? Hacer de la falsedad un criterio operativo que nos permite distinguir las expresiones protegidas de las que no lo están presupone que somos capaces de determinar con suficiente exactitud si una afirmación es o no objetivamente falsa. Una tarea que muchas veces resulta imposible o extremadamente difícil, porque un mismo enunciado puede tener distintos significados, unos falsos y otros en cambio válidos (como expresión metafórica, por ejemplo) y esos significados dependen no solo de la perspectiva que se adopte sino también de quién sea el receptor, porque la comunicación es un proceso interactivo. Distintas personas pueden atribuir a una misma declaración significados diferentes en momentos diferentes. (...) no parece que la cuestión pueda despacharse diciendo que como todo el mundo sabe que es falso, el acusado tiene que saberlo. Como deducción lógica es, como mínimo, bastante discutible. ¿Es falso todo lo que no coincide con lo que habitual u oficialmente se tiene por verdadero, con las creencias dominantes?”.

Múltiples son los ejemplos en los que determinados hechos históricos, aceptados como válidos, dejan de serlo tras el conocimiento de nuevos datos que ponen en cuestión lo conocido hasta entonces.

Como indica LAZCANO BROTONS,⁴³⁴ al analizar la historia, el TEDH parte de una doble rasero: los hechos históricos incontrovertibles (como es el caso del holocausto) y los hechos históricos no claramente establecidos. Los primeros no admiten discusión posible, como ya hemos visto. Respecto de los segundos, el TEDH entiende que la búsqueda de la verdad histórica forma parte de la libertad de

⁴³³ BILBAO UBILLOS, “La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, cit., pág. 51.

⁴³⁴ LAZCANO BROTONS, “Artículo 10. Libertad de expresión”, cit., pág. 149.

expresión.⁴³⁵ Ahora bien, en todo caso se deben respetar las reglas esenciales del método histórico, evitando insinuaciones graves, que pudieran lesionar el honor de terceros.⁴³⁶

Por último, no podemos obviar que, en concreto, quienes difunden el negacionismo, en realidad, lo que pretenden es justificar, de un modo directo o indirecto, el régimen más abyecto y criminal que ha sufrido Europa, y ello, de suyo, ni puede ni debe estar amparado por la libertad de expresión. Habida cuenta de la cruenta Historia de la Europa de los años treinta y principios de los cuarenta, los países que forman parte de la misma, y el propio TEDH, no deben dar la más mínima oportunidad para que, de nuevo, pueda germinar la semilla del horror.

V.- LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Como acertadamente señala CATALÀ I BAS,⁴³⁷ el examen de la jurisprudencia:

“nos muestra que determinados colectivos, tales como profesionales de la información, han disfrutado, sino de una situación privilegiada, sí al menos, de una especial consideración en el ejercicio de la libertad de expresión e información, mientras que otros colectivos, como, por ejemplo, los militares, han sufrido una aplicación más restrictiva en dicho ejercicio”.

Nosotros incluiríamos también, en el estatuto de privilegiados, a los representantes políticos.

Por tanto, conforme indica CATALÀ I BAS,⁴³⁸ el TEDH establecerá una modulación, según el colectivo al que pertenezca quien pretenda ejercer esa libertad de

⁴³⁵ STEDH (Sección 2ª) de 29 junio de 2004, por la que se resuelve el caso *Chauvy* y otros contra Francia. TEDH 2004/47. Apartado 69: “El Tribunal considera que la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión y encuentra que no le compete arbitrar la cuestión histórica de fondo, que pertenece al ámbito de un debate siempre en curso entre historiadores y en el seno mismo de la opinión sobre el desarrollo y la interpretación de los acontecimientos de los que se trata”.

⁴³⁶ *Ibidem*, Apartado 77: “El contenido de la obra en cuestión no respeta las reglas esenciales del método histórico y procede a insinuaciones particularmente graves”.

⁴³⁷ CATALÀ I BAS, ALEXANDRE H., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de derechos humanos*, Revista General de Derecho, Valencia, 2001, pág. 227.

⁴³⁸ *Ibidem*, pág. 227.

expresión. Nosotros empezaremos haciendo una referencia a los distintos titulares de este derecho, reservando, para el final, el análisis particularizado de los privilegiados.

1.- LAS PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS

Aun cuando, en principio, la titularidad del derecho a la libertad de expresión, en tanto que derecho humano que es, corresponde a los seres humanos, es decir, a las personas físicas, el TEDH ha llevado a cabo una interpretación extensiva, incluyendo también a las personas jurídicas.

Ello merece nuestra crítica desde el punto de vista académico, dado que los derechos humanos tienen su fundamento en la dignidad, y la misma es una cualidad que tan solo puede ser predicable de las personas físicas. Ahora bien, pragmáticamente tampoco podemos obviar que, dada cuenta que en la mayoría de las ocasiones el ejercicio de estas libertades (expresión e información) se ejerce por medio de empresas cuyo objeto social es la propia comunicación, en realidad, dichos derechos se manifiestan a través de las mismas. Por tanto, una interpretación extensiva de la titularidad de estos derechos no solo no contraría la finalidad del derecho a la libertad de expresión, sino que la refuerza, lo cual ya es, en sí mismo, positivo.

Así pues, la línea jurisprudencial es clara y taxativa, en el sentido de reconocer, sin fisuras, este derecho a las personas jurídicas⁴³⁹. Un claro ejemplo de lo que manifestábamos anteriormente, se da en todas las Sentencias en las que uno de los demandantes es la propia empresa editora del periódico, radio o televisión, o, ahora, página web⁴⁴⁰ en cuestión, que se ha visto obligada a acudir al TEDH en defensa de la

⁴³⁹ STEDH de 22 mayo 1990, por la que resuelve el caso *Autronic AG* contra Suiza. TEDH 1990\12. Apartado 47: “*En opinión del Tribunal, ni la condición legal de sociedad anónima, ni el carácter comercial de sus actividades, ni la propia naturaleza de la libertad de expresión pueden dejar a Autronic AG sin la protección del artículo 10, que es aplicable a "toda persona", física o jurídica*”.

STEDH de 28 septiembre de 1999, por la que se resuelve el caso *Öztürk* contra Turquía. TEDH 1999\40. Apartado 49: “*El Tribunal subraya, en primer lugar, que el artículo 10 garantiza la libertad de expresión a «toda persona»; no hace distinciones sobre la naturaleza del fin perseguido ni sobre el papel que las personas, físicas o morales, jugaron en el ejercicio de esta libertad*”.

libertad de expresión, pues respecto de alguno de los artículos editados, o comentarios efectuados, se ha considerado, por los tribunales internos, que sobrepasaban los límites de dicha libertad, afectando a otros bienes jurídicos, como el honor.

2.- LOS EXTRANJEROS

Los extranjeros disfrutaban del mismo grado de libertad de expresión que los nacionales. Ello se deduce de la lectura conjunta de los artículos 16 y 14 del CEDH.⁴⁴¹

Por lo demás, ello es lógico, habida cuenta que, en tanto que derecho humano que es, el mismo tiene carácter universal y no puede ser limitado ni restringido, sino es por las mismas causas que se haría con un nacional.

3.- LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Los partidos políticos, como principales actores en el juego político y de la gestión pública, son acreedores, así mismo, del derecho a la libertad de expresión. De hecho, los mismos no podrían desarrollar adecuadamente sus funciones sin el reconocimiento de este derecho. Para el TEDH, en el caso de los partidos políticos, el derecho de asociación, consagrado en el artículo 11 CEDH,⁴⁴² deberá ser interpretado

⁴⁴⁰ STEDH (Sección 1ª) de 10 octubre 2013, por la que se resuelve el caso *Delfi As* contra Estonia. TEDH 2013\85. En dicho caso, la mercantil, titular de una página web, acudió al TEDH, por considerar que se le había lesionado su derecho al honor, al imputarle a la misma la responsabilidad por los comentarios difamatorios que terceros habían publicado en diferentes *posts*. El TEDH, como posteriormente analizaremos, entendió que no había habido violación de su libertad de expresión, pues la empresa era responsable del contenido de su web, aunque dichos comentarios hubiesen sido introducidos por terceros.

⁴⁴¹ Artículo 14 CEDH. Prohibición de discriminación: “*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”.

Artículo 16 CEDH. Restricciones a la actividad política de los extranjeros: “*Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros*”.

⁴⁴² Artículo 11 CEDH. Libertad de reunión y de asociación: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar con otras sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.*

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la

conjuntamente con el artículo 10 CEDH, puesto que aquel carecería de sentido sin este.⁴⁴³ Si la libertad de asociación no fuese acompañada de la libertad de expresión, estaríamos ante un derecho vacío de contenido material, puesto que, uno de los objetivos fundamentales de la libertad de asociación (y más, en el caso de los partidos políticos) es poder manifestar determinadas ideas, como colectivo, a la sociedad en su conjunto.

4.- LOS SINDICATOS

Para el TEDH⁴⁴⁴, los sindicatos también tienen reconocida dicha libertad de expresión, como una manifestación más de la propia libertad sindical, recogida en el

moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado”.

⁴⁴³ STEDH de de 30 enero de 1998, que resuelve el caso *Partido Comunista Unificado de Turquía* contra Turquía. TEDH 1998\1. Apartado 42: “*El Tribunal recuerda que a pesar de su papel autónomo y la especificidad de su esfera de aplicación, el artículo 11 debe contemplarse también a la luz del artículo 10. La protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y de asociación consagradas por el artículo 11”*

Apartado 43: “*Lo es todavía más en el caso de los partidos políticos, considerando su papel esencial para el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia (...)*

El Tribunal lo ha subrayado a menudo: no existe democracia sin pluralismo. Por ello la libertad de expresión consagrada por el artículo 10 vale, a reserva del párrafo 2, no solamente para las «informaciones» o «ideas» acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para las que contrarían, chocan o inquietan (...) En tanto en cuanto sus actividades participan de un ejercicio colectivo de la libertad de expresión, los partidos políticos pueden invocar la protección de los artículos 10 y 11 del Convenio”.

STEDH de 25 mayo de 1998 por el que se resuelve el caso *Partido Socialista* y otros contra Turquía. TEDH 1998\23. Apartado 41: “*El Tribunal recuerda que, a pesar de su papel autónomo y la especificidad de su esfera de aplicación, el artículo 11 debe contemplarse también a la luz del artículo 10. La protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y de asociación consagrada por el artículo 11. Lo es más todavía en el caso de los partidos políticos, teniendo en cuenta su papel esencial para el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia.*

El Tribunal lo ha subrayado a menudo: no hay democracia sin pluralismo. Por ello la libertad de expresión consagrada por el artículo 10 no solo comprende, con la excepción del apartado 2, las «informaciones» o «ideas» aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que molestan, chocan o inquietan. En tanto en cuanto sus actividades participan de un ejercicio colectivo de la libertad de expresión, los partidos políticos pueden invocar la protección de los artículos 10 y 11 del Convenio”.

⁴⁴⁴ STEDH (Sección 3ª) de 8 diciembre 2009, por la que se resuelve el caso *Aguilera Jiménez* y otros contra España. TEDH 2009\139. Apartado 32: “*El Tribunal señala que las afirmaciones en litigio se situaban en un contexto particular: un proceso había sido emprendido por los demandantes, miembros de un sindicato, contra su patrón, ante el Juzgado de lo Social, en el marco del cual A. y B., habían*

artículo 11. De hecho, al igual que en el caso de los partidos políticos, un sindicato que se viese privado de la capacidad de expresarse libremente se vería imposibilitado para ejercer sus funciones de un modo apropiado.

En este sentido, es muy interesante la STEDH que resuelve el caso Palomo Sánchez contra España, porque, para realizar su interpretación sobre la libertad sindical y la libertad de expresión, hace referencia, en el apartado del Derecho y jurisprudencia aplicables, a toda una normativa internacional que excede el ámbito europeo, derivada de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), en la que se reconoce la vinculación directa e indubitada entre la libertad sindical y la libertad de expresión ⁴⁴⁵. También cita

testificado a favor de la sociedad P. y, por tanto, en su contra. El Tribunal considera al respecto que los miembros de un sindicato pueden, y deben, hacer valer ante el patrón sus reivindicaciones con el fin de mejorar la situación de los trabajadores en el seno de su empresa. Aunque sus ideas, afirmaciones y acciones pueden ser consideradas favorables, pueden también ser contrarias, chocar o inquietar. Un sindicato que no tuviera la posibilidad de expresar libremente sus ideas en este marco se vería vaciado de su contenido y su objetivo.”

STEDH (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2011, por la que se resuelve el caso *Palomo Sánchez* y otros contra España. TEDH 2011\68. Apartado 56: *“El Tribunal estima que los miembros de un sindicato deben poder expresar ante el empresario sus reivindicaciones para mejorar la situación de los trabajadores en la empresa. A este respecto, el Tribunal señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó en su Opinión Consultiva OC-5/85193, que la libertad de expresión es «condición sine qua non para que (...) los sindicatos (...) puedan desarrollarse» (apartado 26 supra; véase también apartado 24 y, especialmente, punto 155). Un sindicato que no tiene la posibilidad de expresar libremente sus ideas en tal ámbito se vería, en efecto, privado de un medio de acción esencial. Por tanto, para garantizar el carácter real y efectivo de los derechos sindicales, las autoridades internas deben velar por que las sanciones desproporcionadas no disuadan a los representantes sindicales de procurar expresar y defender los intereses de sus afiliados. La expresión sindical puede ser en forma de boletines informativos, folletos, publicaciones y otros documentos del sindicato, cuya distribución por los representantes de los trabajadores que actúan en nombre de un sindicato debe ser autorizada por la dirección, tal y como enuncia la Conferencia General de la OIT en su Recomendación núm. 143 de 23 de junio de 1971”.*

⁴⁴⁵ *Ibídem*, Apartado 21: *“El 23 de junio de 1971, la Conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo («la OIT») aprobó la Recomendación núm. 143 sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, cuyo punto núm. 15 dice lo siguiente:*

«1) Se debería autorizar a los representantes de los trabajadores que actúen en nombre de un sindicato a que coloquen avisos sindicales en los locales de la empresa en lugar o lugares fijados de acuerdo con la dirección y a los que los trabajadores tengan fácil acceso.

2) La dirección debería permitir a los representantes de los trabajadores que actúen en nombre de un sindicato a que distribuyan boletines, folletos, publicaciones y otros documentos del sindicato entre los trabajadores de la empresa.

3) Los avisos y documentos a que se hace referencia en este párrafo deberán estar relacionadas con las actividades sindicales normales, y su colocación y distribución no deberán perjudicar el normal funcionamiento de la empresa ni el buen aspecto de los locales.»”

Apartado 22: “En su 54ª sesión, en junio de 1970, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó la Resolución sobre los Derechos Sindicales y su Relación con las Libertades Civiles. Enumeró explícitamente los derechos que son esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, especialmente: a) el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y a la protección contra la detención y la prisión arbitrarias; b) la libertad de opinión y de expresión y, en particular, de sostener opiniones sin ser molestado y de investigar y recibir información y opiniones, y difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión; c) el derecho de reunión; d) el derecho a un proceso legal por tribunales independientes e imparciales; e) el derecho a la protección de la propiedad de las organizaciones sindicales”.

Apartado 23: “En 1994, la OIT publicó un informe titulado «Libertad sindical y negociación colectiva: Derechos sindicales y Libertades civiles y políticas». Los pasajes aplicables de dicho informe dicen lo siguiente:

« Parte I. Libertad sindical y protección del derecho de sindicación

Capítulo II. Derechos sindicales y libertades civiles y políticas

Introducción (...)

24. La Declaración de Filadelfia (...) reconoció oficialmente la relación existente entre las libertades públicas y los derechos sindicales. En ella se proclama, en el artículo I b), que las libertades de expresión y de asociación son esenciales para el desarrollo constante, refiriéndose en el artículo II a) a los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana. Desde entonces, dicha relación ha sido en repetidas ocasiones afirmada y explicitada, tanto por los órganos de control de la OIT, como en los convenios, recomendaciones y resoluciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo (...)

27. Las informaciones disponibles, en particular sobre la índole de las quejas sometidas al Comité de Libertad Sindical, muestran que en materia de libertades públicas las principales dificultades con que tropiezan las organizaciones sindicales y sus dirigentes guardan relación con los derechos fundamentales y particularmente el derecho a la seguridad de la persona, la libertad de reunión, la libertad de opinión y de expresión, así como el derecho a la protección de los locales y la propiedad de las organizaciones sindicales (...)

Libertad de opinión y de expresión.

38. Otro de los elementos esenciales de los derechos sindicales es el derecho a expresar opiniones por medio de la prensa o en otra forma. El ejercicio pleno de los derechos sindicales requiere la existencia de una corriente libre de informaciones, opiniones e ideas; los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas deben disfrutar de libertad de opinión y de expresión en sus reuniones, publicaciones y demás actividades. En los casos en que se necesite previamente una autorización para publicar el periódico de una organización, dicha concesión no debe depender del poder discrecional de las autoridades ni ser utilizado como medio de ejercicio de un control previo sobre los temas tratados en el periódico; además, las solicitudes de autorización se deberán tramitar y resolver en el más breve plazo. (...) La aplicación de las distintas medidas de control administrativo como, por ejemplo, el retiro de una autorización a un periódico sindical, el control de las imprentas, o el manejo de la cuota de papel para imprimir los periódicos, debería estar sujeto a control judicial independiente que interviniese lo más rápidamente posible.

39. Un aspecto importante de la libertad de expresión atañe a la libertad de palabra de los delegados de organizaciones de empleadores y de trabajadores que asisten a congresos, conferencias y reuniones, y en particular a la Conferencia Internacional del Trabajo. (...)

43. La Comisión considera que las garantías proclamadas en los convenios internacionales del trabajo, y en especial las relativas a la libertad sindical, solo podrán materializarse en la medida en que también se reconozcan y protejan efectivamente las libertades civiles y políticas consagradas por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los restantes instrumentos internacionales sobre la materia, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos principios intangibles de vocación universal, cuya importancia la Comisión desea poner particularmente de relieve en ocasión del 75º aniversario de la creación de la OIT y el 50º aniversario de la Declaración de Filadelfia, habrían de constituir el ideal común al que deberían aspirar todos los pueblos y naciones.»”

el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales «Protocolo de San Salvador», así como la Opinión consultiva al respecto, efectuada por la Corte Interamericana de Derechos

Apartado 24: “La quinta edición (revisada) de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo OIT, publicada en 2006, contiene un resumen con arreglo a los principios formulados por dicho Comité sobre el examen de las quejas individuales o colectivas referentes a supuestas violaciones de los derechos sindicales. Entre los principios generales relativos a la libertad de opinión y de expresión, figuran los siguientes:

«154. El ejercicio pleno de los derechos sindicales requiere la existencia de una corriente libre de informaciones, opiniones e ideas y, con este fin, tanto los trabajadores y los empleadores como sus organizaciones deberían disfrutar de libertad de opinión y de expresión en sus reuniones, publicaciones y otras actividades sindicales. No obstante, en la expresión de sus opiniones, las organizaciones sindicales no deberían sobrepasar los límites admisibles de la polémica y deberían abstenerse de excesos de lenguaje (...)

155. El derecho de expresar opiniones por medio de la prensa o en otra forma es uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales (...)

156. El derecho a expresar opiniones sin autorización previa por medio de la prensa sindical es uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales. (Véase Recopilación de 1996, párrafo 154.)

157. La libertad de expresión de que deberían gozar las organizaciones sindicales y sus dirigentes también debería garantizarse cuando estos desean formular críticas acerca de la política económica y social del gobierno (...)

163. La prohibición de la colocación de carteles en los que se expresen los puntos de vista de una central sindical es una restricción inaceptable del ejercicio de las actividades sindicales (...)

166. La publicación y la difusión de noticias e informaciones de interés sindical constituyen una actividad sindical lícita, y la aplicación de medidas de control de las publicaciones y de los medios de información puede significar una injerencia grave de las autoridades administrativas en esa actividad. En tales casos, el ejercicio de los poderes administrativos debería estar sujeto a control judicial que interviniese lo más rápidamente posible (...)

168. Aunque el establecimiento de una censura general es ante todo una cuestión que atañe al ejercicio de los derechos civiles y no de los derechos sindicales, la imposición de la censura durante un conflicto profesional puede tener un efecto directo sobre la evolución del conflicto y perjudicar a las partes al impedir la difusión de los hechos exactos

169. Al editar publicaciones, las organizaciones sindicales deben tener en cuenta, en interés del desarrollo del movimiento sindical, los principios enunciados por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 35ª reunión, 1952, sobre la protección de la libertad y la independencia del movimiento sindical y la salvaguardia de su misión fundamental de buscar el progreso económico y social de los trabajadores.

170. En caso de que un periódico sindical, por alusiones y acusaciones contra el gobierno, parecería haber sobrepasado los límites de lo admisible en materia de polémicas, el Comité señaló que convenía recomendar a los redactores de publicaciones sindicales que se abstengan de excesos en los términos empleados. El papel primordial de tales publicaciones debería ser tratar en sus columnas los problemas que afecten principalmente a la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados, y, más generalmente, del mundo del trabajo. El Comité ha reconocido, sin embargo, que la frontera que separa lo político de lo puramente sindical es difícil de delimitar con claridad. Ha señalado que las dos nociones se entrelazan y que resulta inevitable, y a veces normal, que las publicaciones sindicales tomen posición sobre problemas que tengan aspectos políticos, así como sobre problemas puramente económicos y sociales”.

Humanos⁴⁴⁶, en el mismo sentido. Esta Sentencia realiza un interesante ejercicio de integración jurídica de las distintas fuentes para dar una respuesta al conflicto. Llegados a este punto, no queda duda de que, para el TEDH, la libertad sindical solo se podrá ejercer eficazmente si se respeta la libertad de expresión.⁴⁴⁷

5.- LOS TRABAJADORES

⁴⁴⁶ *Ibídem*, Apartado 25: “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales «Protocolo de San Salvador». Adoptado y abierto a la firma el 17 de noviembre de 1988, entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. El artículo 8 de dicho Protocolo, titulado «Derechos Sindicales», dice lo siguiente:

«1. Los Estados partes garantizarán:

a) El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

b) El derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados anteriormente solo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la Ley, siempre que estos sean los propios de una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la Ley.

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.»”

Apartado 26: “En su Opinión Consultiva OC-5/85193, la Corte Interamericana de Derechos Humanos subrayó el carácter fundamental de la libertad de expresión para la existencia de una sociedad democrática, poniendo el acento, entre otros, en el hecho de que la libertad de expresión es condición sine qua non para el desarrollo de los sindicatos. Se expresó en los términos siguientes (...):

«La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre»”.

⁴⁴⁷ *Ibídem*, Opinión disidente común de los Jueces TULKENS, DAVID THÓR BJÖRGVINSSON, JOČIENĚ, POPOVIĆ y VUČINIĆ: “5. El derecho a la libertad sindical no puede dissociarse del derecho a la libertad de expresión y de información. Y, a su vez, la libertad de expresión sindical se considera unánimemente un aspecto esencial e indispensable del derecho sindical, condición necesaria para la realización de los objetivos de las asociaciones y los sindicatos, como se desprende claramente de los documentos de la Organización Internacional del Trabajo y de la doctrina de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos mencionados en la Sentencia de la Gran Sala como textos aplicables (...). Reproduciendo las palabras del señor O’Boyle «se puede considerar que la libertad de expresión es el oxígeno del que los derechos relacionados con la libertad de asociación extraen su fuerza vital» Pensamos (...) que «en la medida en que los sindicatos desempeñan un papel importante, en tanto en cuanto expresan y defienden ideas de interés público en materia social y profesional, su libertad de emitir opiniones merece un elevado grado de protección»”.

También se ha pronunciado el TEDH sobre la libertad de expresión de los trabajadores, reconociéndoles dicho derecho en el ámbito de las relaciones laborales.⁴⁴⁸ Quizá el caso más paradigmático sea el de aquella situación de conflicto laboral en la que la libertad de expresión del trabajador debe encontrar mayor protección, si cabe, precisamente por la existencia de aquel⁴⁴⁹. No obstante, dicha libertad de expresión no justificaría expresiones gratuitamente soeces, insultantes o injuriosas⁴⁵⁰.

6.- LOS FUNCIONARIOS

Con carácter general, los funcionarios también tienen reconocido el derecho a la libertad de expresión. Así se deduce de la lectura del artículo 10, al no establecer distinción alguna⁴⁵¹. No obstante, sí que es cierto que los funcionarios no son unos

⁴⁴⁸ STEDH (Sección 3ª) de 8 diciembre 2009, por la que se resuelve el caso *Aguilera Jiménez y otros* contra España. TEDH 2009\139. Apartado 25: *“El Tribunal recuerda que el artículo 10 se impone no solo en las relaciones entre empresario y trabajador cuando estas obedecen al derecho público sino que pueden aplicarse también cuando estas relaciones dependen del derecho privado. Además, en ciertos casos, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión contra atentados que provengan de personas privadas”*

⁴⁴⁹ STEDH de 29 febrero de 2000, por la que se resuelve el caso *Fuentes Bobo* contra España. TEDH 2000\90. Apartado 48: *“El Tribunal observa, sin embargo, que las declaraciones litigiosas se inscribían en el contexto particular de un conflicto de trabajo que oponía al demandante y a su empresario”*

⁴⁵⁰ STEDH (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2011, por la que se resuelve el caso *Palomo Sánchez y otros* contra España. TEDH 2011\68. Apartado 76: *“El Tribunal recuerda que para prosperar, las relaciones laborales deben basarse en la confianza entre las personas. Tal y como destacó el Juzgado de lo Social, si bien en un contrato de trabajo debe regir la buena fe entre las partes, esto no implica un deber de lealtad absoluta hacia el empresario ni la obligación de reserva que lleva consigo la sujeción del trabajador a los intereses del empresario, de modo que manifestaciones del derecho a la libertad de expresión que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de la relación laboral (...). Además, el atentado a la honorabilidad de las personas a través de expresiones soeces, insultantes o injuriosas en el ámbito profesional reviste, por sus efectos perturbadores, una especial gravedad susceptible de justificar la imposición de sanciones severas”*.

⁴⁵¹ STEDH de 28 agosto de 1986, por la que resuelve el caso *Glaserapp* contra Alemania. TEDH 1986\10. Apartado 49: *“Si lo que se ha expuesto muestra que los Estados Contratantes no han querido comprometerse a reconocer en el Convenio o en sus Protocolos un derecho al ingreso en la función pública, no se deduce de ello que, en otros aspectos, los funcionarios queden fuera del ámbito de aplicación del Convenio (...). En sus artículos 1 y 14, el Convenio establece que “toda persona dependiente de (la) jurisdicción” de los Estados Contratantes debe disfrutar “sin distinción alguna”, de los derechos y libertades enumerados en el título I (...) El artículo 11.2 in fine, que permite a los Estados imponer restricciones especiales al ejercicio de las libertades de reunión y de asociación de los “miembros de las Fuerzas Armadas, de la policía o de la Administración del Estado”, confirma, por otra parte, que, por regla general, las garantías del Convenio se extienden a los funcionarios (...)”*

Apartado 50: *“Por tanto, la condición de funcionario interino que obtuvo la señora Glaserapp por su nombramiento de profesora de Instituto de Segunda Enseñanza no le privó de la protección del artículo*

trabajadores más, sino que forman parte de la estructura orgánica del Estado⁴⁵². Los límites de los que nos habla el artículo 10.2 CEDH, en este caso, deberán ser interpretados de manera extensiva, especialmente los deberes de sigilo y confidencialidad⁴⁵³, pues, de lo contrario, se podrían poner en riesgo intereses colectivos, como la seguridad nacional o el orden público⁴⁵⁴.

En materia de protección del derecho a la libertad de expresión de los funcionarios, el TEDH ha venido manteniendo una actitud ciertamente vacilante. Así pues, si bien es cierto que el TEDH confirma que los funcionarios son acreedores de la libertad de expresión, con las limitaciones que les son propias (fundamentalmente el

10. Ciertamente, hay que tener en cuenta esta disposición, pero para determinar si fue infringida hay que averiguar, ante todo, si la medida litigiosa fue una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión - como, por ejemplo, una "formalidad, condición, restricción o sanción"- o si hay que incluirla en el ámbito del derecho al ingreso en la función pública, que el Convenio no garantiza".

STEDH de 28 agosto de 1986, por la que resuelve el caso *Kosiek* contra Alemania. TEDH 1986\9. Sus apartados 35 y 36 reproducen lo dicho en la Sentencia anterior, en sus apartados 49 y 50.

⁴⁵² Entendido el Estado en sentido amplio, tanto la Administración Central del Estado, como las comunidades autónomas (o similares en el ámbito de cada país) y las entidades locales. También cabría incluir, en este punto, a los trabajadores de las aquellas entidades, cuya titularidad última, es el Estado, con independencia de que su naturaleza jurídica (Ej. Empresas públicas).

⁴⁵³ STEDH de 26 de septiembre de 1995, por la que se resuelve el caso *Vogt* contra Alemania. TEDH 1995\28. Apartado 53: *"Estos principios se aplican igualmente a los miembros de la función pública: aunque sea legítimo que el Estado someta a estos últimos, debido a su estatuto, a una obligación de reserva, se trata no obstante de individuos que, a este respecto, gozan de la protección del artículo 10 del Convenio. Corresponde pues al Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, el indagar si se ha mantenido un equilibrio justo entre el derecho fundamental del individuo a la libertad de expresión y el interés legítimo de un Estado democrático en velar para que su función pública obre con los fines enunciados en el artículo 10.2. Al ejercer este control, el Tribunal debe tener en cuenta el hecho de que, cuando la libertad de expresión de los funcionarios está en juego, los «deberes y responsabilidades» citados en el artículo 10.2 tiene una importancia particular que justifica que las autoridades nacionales dispongan de un cierto margen de apreciación para juzgar si la injerencia denunciada es proporcional al fin mencionado anteriormente".*

STEDH (Sección 1ª) de fecha 14 de marzo de 2002, por la que resuelve el Caso *De Diego Nafría* contra España. TEDH 2002\15. Apartado 37: *"Para dictaminar sobre esta cuestión, el Tribunal deberá tener en cuenta en particular los términos utilizados en la carta, el contexto en el que esta fue redactada, y el asunto en su conjunto, incluido el hecho, señalado por el demandante, de que este utilizara el medio escrito «de forma reflexiva y siendo plenamente consciente del alcance de su contenido» (...). El Tribunal no perderá de vista el hecho de que, aunque es innegable que los miembros de la función pública gozan de la protección del artículo 10 del Convenio, parece legítimo que el Estado someta a estos últimos, debido a sus estatutos, a una obligación de confidencialidad. En concreto, el Tribunal debe tener en cuenta el hecho de que, cuando está en juego la libertad de expresión de los funcionarios, los «deberes y responsabilidades» citados en el artículo 10.2 tienen una importancia particular"*

⁴⁵⁴ Esto es especialmente relevante, cuando hablamos de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, así como de los militares.

deber de sigilo y confidencialidad), también lo es que, en ocasiones, las interpretaciones en contra de dicha libertad de expresión han sido ciertamente amplias.

Así pues, en las Sentencias que resuelven los casos *Glasenapp* contra Alemania y *Kosiek* contra Alemania, el TEDH da por buena la limitación a su libertad de expresión fundamentada en la militancia política de los funcionarios. En ambos casos, se les impide el acceso, como funcionarios de carrera, única y exclusivamente por haber expresado su simpatía, en el primer caso, por el KPD (partido comunista alemán) y en el segundo caso, por su militancia en el NPD (partido nacional democrático alemán, de carácter neonazi). Los tribunales internos entendieron que, con dicho bagaje político, los demandantes podían poner en riesgo, como así había ocurrido en el pasado, el régimen liberal y democrático del país. El TEDH validó dicha interpretación, acogiendo a una cuestión puramente formal. Consideró que la cuestión se reducía a las condiciones de acceso a la función pública, y que las mismas eran competencia exclusiva del Estado⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ STEDH de 28 agosto de 1986, por la que resuelve el Caso *Glasenapp* contra Alemania. TEDH 1986\10. Apartado 48: “*La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, reconocen respectivamente a "toda persona (el) derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a la función pública de su país" (art. 21.2) y a "todo ciudadano (...) el derecho y la posibilidad (...) de acceder, en condiciones generales de igualdad, a la función pública de su país" (art. 25). Por el contrario, un derecho así no figura ni en el Convenio Europeo ni en ninguno de sus Protocolos adicionales. Más aún: los Estados firmantes, como advierte el Gobierno, con razón, no lo incluyeron intencionadamente, y los trabajos preparatorios del Protocolo núm. 4 y del Protocolo núm. 7 lo ponen de manifiesto inequívocamente. Este último, en especial en sus primeras versiones, comprendía una cláusula parecida a los artículos 21.2 de la Declaración y 25 del Pacto, suprimida posteriormente. No se trata, pues, de una omisión casual de los instrumentos europeos; según los propios términos del Preámbulo del Convenio, se pretende asegurar la garantía colectiva de "algunos" de los derechos expresados en la Declaración Universal*”.

Apartado 51: “*La anulación del nombramiento de la señora Glasenapp se debió a su negativa a separarse de la política del KPD (...) La intervención de la autoridad competente del Land fue provocada de esta manera por dos actuaciones de la interesada: la expresión de determinada opinión en su carta y la negativa a expresar otra durante la entrevista celebrada*”.

Apartado 52: “*Según el artículo 6.1, núm. 2, de la Ley de Funcionarios del Land (...), para que la demandante se convirtiera en profesora de Instituto de Segunda Enseñanza, con la condición de funcionario interino, se requería su compromiso de defender constantemente el régimen liberal y democrático a tenor de la Constitución (...) Esta es una de las condiciones que debe reunir quienquiera que solicite un puesto como funcionario –interino o titular– en la República Federal de Alemania. La exigencia afecta al ingreso en la función pública, materia que intencionadamente se dejó fuera del Convenio, y, en sí, no se puede considerar opuesta a este. Al principio, la autoridad competente entendió que se había cumplido la exigencia, puesto que resolvió, el 23 de septiembre de 1974, nombrar a la demandante profesora de Instituto (...) No obstante, consideró después la carta y la negativa antes citadas*”.

Sin embargo, y a pesar de estas dos Sentencias, el TEDH se volvió a pronunciar sobre esta cuestión, en esta ocasión en sentido opuesto, en el caso *Vogt* contra Alemania. En este supuesto, la demandante, ya funcionaria de carrera desde hacía siete años, profesora de idiomas, fue despedida, por entender que la misma había faltado al deber de lealtad al régimen liberal y democrático de la República alemana, al haber ocultado que la misma era miembro del DKP (Partido comunista alemán), habiendo participado, además, en la organización del partido, ocupando cargos de dirección. Ese

como indicios de que, en realidad, la interesada no cumplía, cuando fue nombrada, una de las exigencias legales para conseguir el puesto solicitado. La autoridad, corrigiendo el error de su primera apreciación, que atribuía a engaño por parte de la demandante, anuló, en consecuencia, el nombramiento con efectos retroactivos (...) y los tribunales que conocieron del caso siguieron, en definitiva, el mismo criterio (...) No corresponde al Tribunal Europeo controlar la rectitud de sus conclusiones”.

Apartado 53: *“Se deduce de cuanto se ha dicho que el ingreso en la función pública es el centro del problema que se ha sometido al Tribunal. La autoridad competente del Land, al rechazar a la señora Glasenapp, solo tuvo en cuenta sus opiniones y su actitud para apreciar si reunía una de las condiciones personales necesarias para desempeñar su función.*

Por consiguiente, no existió injerencia en el ejercicio del derecho protegido por el apartado 1 del artículo 10”.

STEDH de 28 agosto de 1986, por la que resuelve el caso *Kosiek* contra Alemania. TEDH 1986\9.

Apartado 38: *“En el momento en que la autoridad competente propuso al Ministerio el nombramiento definitivo, el señor Kosiek había completado aproximadamente un año del período de prueba que tenía que cumplir para aspirar a un puesto permanente (...). El Ministerio consideró, sin embargo, que no había cumplido dicho período por no reunir la condición -exigida por los artículos 6 y 8 de la Ley de funcionarios de Land- (...) de apoyar en todo momento al régimen liberal y democrático según la Ley Fundamental. Esta condición es una de las cualificaciones personales que se exigen al que pretenda conseguir una plaza de funcionario público -interino o en propiedad- en la República Federal de Alemania. La exigencia se refiere al ingreso en la función pública, materia que, intencionadamente, se dejó fuera del Convenio, y no se puede considerar incompatible en sí con este. Al principio, el Ministro consideró cumplido el requisito, puesto que nombró al demandante profesor auxiliar con la condición legal de funcionario interino (apartado 15, supra). Sin embargo, el Ministro, después de volver a examinar las actividades políticas y las publicaciones del señor Kosiek, llegó a la conclusión de que, como "importante dirigente del NPD, cuyos objetivos, contrarios a la Constitución, aprobaba" (apartado 17, supra), no cumplía una de las exigencias establecidas por la ley para ocupar el puesto de que se trataba, y, en consecuencia, denegó el nombramiento definitivo y acordó su cese como funcionario interino (artículo 38, núms. 2, 6 y 8, de la Ley de Funcionarios del Land; apartados 17-18, supra). Los tribunales internos, ante los que reclamó, salvo el administrativo de Stuttgart (apartado 21, supra), se mantuvieron en la misma línea (apartados 23, 24 y 26, supra). No corresponde a este Tribunal revisar si sus fallos fueron conformes a Derecho”.*

Apartado 39: *“Resulta de todo lo dicho que el problema sometido al Tribunal se centra en el ingreso en la función pública. El Ministerio competente del Land, al denegárselo al señor Kosiek -por tardía que fuera la resolución- solo tuvo en cuenta sus opiniones y actividades para determinar si había dado pruebas de sus aptitudes durante el período de interinidad y si reunía una de las cualidades personales necesarias para ocupar la plaza en cuestión.*

Planteada así la cuestión, no hubo injerencia en el ejercicio del derecho protegido por el apartado 1 del artículo 10”.

deber de lealtad suponía que cualquier funcionario, sea cual fuese su cometido, debía renunciar a la pertenencia a aquellas organizaciones que las autoridades considerasen hostiles al régimen.

En el presente caso, a diferencia de los anteriores, el TEDH consideró que los tribunales internos no habían amparado, ni el derecho a la libertad de expresión, ni el derecho a la libertad de asociación de la demandante. Fundamentalmente, el TEDH tuvo en cuenta que en la enseñanza de idiomas es difícil imaginar que pudiera haber adoctrinamiento alguno de los alumnos en la ideología que profesaba la demandante; que tanto el resto de profesores, como los órganos de dirección, como los padres de los alumnos, valoraban positivamente el trabajo de la demandante; que no había llevado a cabo, fuera de la escuela, actuaciones que pusieran en riesgo el régimen democrático liberal de la República alemana; y, por último, y es fundamental, en ningún momento el TC alemán había prohibido el DKP, por lo que la militancia de la demandante estaba amparada bajo el CEDH.⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ STEDH de 26 septiembre de 1995, que resuelve el Caso Vogt contra Alemania. TEDH 1995\28. Apartado 60: *“A este respecto, señala de entrada que existen muchas razones para considerar la destitución de un profesor de secundaria en concepto de sanción disciplinaria por deslealtad, una medida muy rigurosa. En primer lugar, debido al efecto que esta medida tiene en la reputación de la persona afectada y, también, porque un profesor de secundaria destituido de esta forma pierde su medio de subsistencia, al menos en principio, ya que el tribunal disciplinario puede autorizarle a conservar parte de su salario. Por último, puede ser casi imposible para un profesor de secundaria en un caso así encontrar otro empleo de profesor, ya que los puestos de este tipo fuera de la función pública son escasos en Alemania. En consecuencia, el interesado se verá casi seguro privado de la facultad de ejercer la única profesión para la que tiene vocación, para la que ha sido formado y en la que ha adquirido capacidad y experiencia.*

Un segundo aspecto a señalar: la señora Vogt enseñaba el alemán y el francés en un instituto de secundaria, puesto que, en sí mismo, no implicaba ningún riesgo para la seguridad.

El riesgo residía en la posibilidad de que, contrariamente a los deberes y responsabilidades particulares que corresponden a los profesores, aprovechara su situación para adoctrinar o ejercer alguna influencia indebida en sus alumnos durante los cursos. Ahora bien, no se le ha hecho ninguna crítica sobre esa cuestión. Al contrario, su trabajo en el liceo fue considerado totalmente satisfactorio por sus superiores y era muy apreciada tanto por sus alumnos y sus padres como por sus colegas (...); los tribunales disciplinarios reconocieron que siempre había desempeñado sus funciones de una manera irreprochable (...)

Por otro lado, las autoridades no le suspendieron de sus funciones hasta más de cuatro años después del inicio del procedimiento disciplinario (...) demostrando así que no consideraban muy imperiosa la necesidad de sustraer a los alumnos a la influencia de la interesada.

En todo caso, hay una cuestión fundamental para el buen funcionamiento de la Administración, cual es el deber de neutralidad ideológica del Estado (y los funcionarios y demás personal que para él trabajan). En virtud de la misma, no puede ni debe emitir juicios de valor. No obstante, la Administración tiene un deber de información institucional hacia la ciudadanía, pues así lo exige el criterio de transparencia predicable de la gestión pública. Por tanto, el Estado tiene el deber de garantizar la información institucional a los ciudadanos.

En relación con este deber de neutralidad de la Administración Pública, el TEDH ha aceptado como válida, la restricción de la libertad de expresión de los funcionarios. Así pues, en el caso *Ahmed* y otros contra el Reino Unido⁴⁵⁷, tuvo oportunidad de manifestarse a favor de las tesis del país demandado, el cual preveía como incompatibles el ejercicio de la función pública y la participación política, y ello sobre la base de que quien está trabajando para la Administración Pública debe ser

Al ser el profesor símbolo de autoridad para sus alumnos, los deberes y responsabilidades particulares que le corresponden son válidos también en cierta medida para sus actividades fuera del colegio. Ahora bien, ningún elemento permite declarar que la propia señora Vogt lo hiciera fuera de su trabajo en el liceo, hubiera realmente pronunciado palabras anticonstitucionales o adoptado una actitud anticonstitucional. Las únicas críticas que se atrajo afectaban a su compromiso activo en el seno del DKP, a las funciones que en él había desempeñado y a su candidatura a las elecciones al Parlamento del estado federal. La señora Vogt siempre afirmó su convicción personal de que dichas actividades se conciliaban con la defensa de los principios del régimen constitucional alemán. Los tribunales disciplinarios reconocieron que su convicción era franca y sincera, siempre teniendo en cuenta que ello no tenía ningún valor legal (...) e incluso que la encuesta que duró varios años aparentemente no pudo revelar un caso en el que la señora Vogt hubiera en efecto formulado declaraciones específicas que desmintieran su enérgica afirmación según la cual ella defendía los valores del orden constitucional alemán.

Una última consideración a tener en cuenta: el Tribunal Constitucional federal no había prohibido el DKP y en consecuencia las actividades de la interesada en el seno de este eran totalmente legales”.

⁴⁵⁷ STEDH de 2 septiembre 1998 por la que se resuelve el caso *Ahmed* y otros contra Reino Unido. TEDH 1998/92. Apartado 62: “*Tal es el caso, sin duda, en cuanto a la reglamentación de las actividades políticas de los funcionarios locales cuando dichas actividades parecen representar un riesgo para el funcionamiento eficaz de la democracia local, especialmente allí donde, como en el Estado demandado, el sistema está históricamente basado en el papel asumido por un cuerpo permanente de asesores, administradores y árbitros políticamente neutros que están por encima de la lucha política y leales cada uno al ayuntamiento que les emplea*”.

Apartado 63: “*En cuanto a la cuestión de saber si al adoptar el reglamento enjuiciado el legislador persiguió su fin reduciendo al mínimo el ataque a los derechos garantizados a los demandantes por el artículo 10, el Tribunal señala que las medidas en cuestión constituían una respuesta a la necesidad de mantener la imparcialidad*”.

necesariamente un agente políticamente neutro. No puede ni debe dar lugar a la más mínima sospecha sobre su imparcialidad en la gestión de los intereses públicos. En este sentido, merecen destacarse las palabras del Magistrado DE MEYER, que emite un voto particular concordante:

“El pueblo tiene derecho a contar con la objetividad, imparcialidad y neutralidad política de sus servidores, condiciones esenciales de su confianza. También tiene derecho a no exponerse a que puedan, durante las elecciones o en otras circunstancias, obtener ventajas partidarias o privadas de su situación administrativa.

Los miembros del personal de la administración pública no deben por tanto ser admitidos a presentarse como candidatos para formar parte de una asamblea elegida por el pueblo, ni ser autorizados a participar, de ninguna forma en la actividad de los partidos. Se produce una incompatibilidad que impone la sensatez”.

En este supuesto, a diferencia de los casos *Glaserapp* y *Kosiek*, la restricción de la libertad de expresión no se fundamenta en el apoyo de los funcionarios a partidos que pusieran en peligro el régimen liberal democrático, sino en que la libertad de expresión (manifestada a través de la participación política) puede suponer una quiebra del principio de neutralidad ideológica que debe presidir la gestión en la Administración Pública.

Merece destacarse que, en todos estos supuestos, no ha habido unanimidad entre los miembros del TEDH, siendo dos posiciones las que se enfrentaban: Aquellos que consideraban que el derecho individual del funcionario a la libertad de expresión no podía prevalecer al deber de neutralidad de la Administración (incluso cuando dichas inquietudes políticas no han influido en el trabajo que desempeñaban) o frente al derecho del Estado a defender la democracia contra quienes la pudiesen poner en riesgo; y viceversa. Ello se prueba por la existencia de múltiples votos discrepantes en los diferentes fallos citados.⁴⁵⁸

⁴⁵⁸ Voto discrepante del Magistrado Sr. SPIELMANN a la STEDH de 28 agosto de 1986, por la que resuelve el caso *Glaserapp* contra Alemania. TEDH 1986\10. Opinión disidente del Magistrado Sr. SPIELMANN, a la STEDH de 28 agosto 1986, por la que se resuelve el caso *Kosiek* contra Alemania. TEDH 1986\9.

Por último, aun cuando es cierto que el Estado puede imponer un deber de sigilo y reserva a los funcionarios, no lo es menos que no se les puede exigir que encubran actividades irregulares. Así pues, en este sentido, el TEDH ha amparado la libertad de expresión de quien decide denunciar públicamente las corruptelas administrativas. No obstante, ello conllevaría varias obligaciones (a fin de evitar daños innecesarios en el prestigio de la institución): haber intentado agotar las vías internas de la Administración, antes de hacerlo público; que haya interés general en aquello que se difunde; que la información divulgada sea auténtica; y que no haya intereses espurios en el emisor.⁴⁵⁹

Opinión disidente común de los Magistrados Sres. BERNHARDT, GÖLCÜKLÜ, MATSCHER, LOIZOU, MIFSUD BONNICI, GOTCHEV, JUNGWIERT y KURIS, y opinión disidente individual del Magistrado Sr. JAMBREK a la STEDH de 26 septiembre 1995 por la que se resuelve el caso Vogt contra Alemania. TEDH 1995\28.

Opinión disidente común de los Magistrados Sres. SPIELMANN, PEKKANEN Y VAN DIJK a la STEDH de 2 septiembre 1998, por la que se resuelve el caso Ahmed y otros contra Reino Unido. TEDH 1998\92.

⁴⁵⁹ STEDH (Gran Sala) de 12 febrero de 2008, por la que se resuelve el caso *Guja* contra Moldavia. TEDH 2008\10. Apartado 73: *“Teniendo en cuenta la obligación de discreción antedicha, es importante que la persona en cuestión proceda a la divulgación, en primer lugar, ante su superior u otra autoridad o instancia competente. La divulgación al público no debe considerarse más que como último recurso, en caso de imposibilidad manifiesta de actuar de otro modo (...) Por tanto, para juzgar el carácter proporcionado o no de la restricción impuesta a la libertad de expresión del demandante en este caso concreto, el Tribunal debe examinar si el interesado disponía de otros medios efectivos para poner remedio a la situación que consideraba criticable”*.

Apartado 74: *“Para apreciar la proporcionalidad de un ataque contra la libertad de expresión de un funcionario, el Tribunal debe igualmente tener en cuenta ciertos factores. En primer lugar, hay que dar una importancia particular al interés general que suponía la información divulgada. El Tribunal recuerda que el artículo 10.2 del Convenio no deja lugar para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito de las cuestiones de interés general (...) En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Gobierno deben estar bajo el atento control no solo de los poderes legislativo y judicial, sino también de los medios de comunicación y de la opinión pública. El interés de la opinión pública por cierta información es, en ocasiones, tan grande que puede con la obligación de confidencialidad impuesta por la Ley.”*

Apartado 75: *“El segundo factor a tener en cuenta es la autenticidad de la información divulgada. Es lícito para las autoridades competentes del Estado adoptar medidas destinadas a reaccionar de forma adecuada y no excesiva ante imputaciones difamatorias carentes de fundamento o formuladas de mala fe (...) Además, el ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades, y cualquier persona que decide divulgar las informaciones debe verificar con cuidado, en la medida en la que las circunstancias lo permitan, que son exactas y dignas de crédito.”*

Apartado 76: *“Asimismo, el Tribunal debe sopesar el daño que la divulgación en litigio podría causar a la autoridad pública y el interés que el público tendría en obtener esta información (...) En relación con esto, puede tener en cuenta el objeto de la divulgación y la naturaleza de la autoridad administrativa concernida”*.

7.- LAS FUERZAS Y LOS CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

Si bien es cierto que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado tienen reconocido el derecho a la libertad de expresión, también lo es que, dada cuenta su especial situación dentro del Estado, la misma se puede encontrar restringida, no ya solo para velar por la seguridad y el orden interno, y el deber de confidencialidad (como se recoge en el art. 10.2 CEDH), sino también para garantizar la neutralidad política en su actuación,⁴⁶⁰ a la que hacíamos referencia en el apartado anterior.

8.- LOS MILITARES

La libertad de expresión siempre ha estado sometida a profundas restricciones respecto a los militares. Las justificaciones son evidentes, y todas ellas tienen una relación directa o indirecta con la seguridad nacional (incluido el deber de obediencia, propio de una estructura jerarquizada como es el Ejército).⁴⁶¹

Apartado 77: *“La motivación del trabajador que procede a divulgar es otro factor determinante para concluir si la acción debe beneficiarse o no de protección. Por ejemplo, un acto motivado por alguna queja o aversión personal o incluso por la perspectiva de algún beneficio personal, como una ganancia económica, no justifica un nivel de protección alto (...) Por tanto, es importante establecer si la persona en cuestión, al divulgar la información, ha actuado de buena fe y con la convicción de que la información era auténtica, si la divulgación servía al interés general y si el autor disponía o no de medios más discretos para denunciar las actuaciones en cuestión”.*

⁴⁶⁰ STEDH de 20 mayo de 1999, que resuelve el Caso *Rekvenyi* contra Hungría. TEDH 1999\23. Apartado 46: *“Teniendo en cuenta el papel de la policía en la sociedad, el Tribunal reconoció que tener una policía políticamente neutral constituye un fin legítimo para toda sociedad democrática (...). Vista la particular historia de algunos Estados contratantes, sus autoridades nacionales pueden, para asegurar la consolidación y el mantenimiento de la democracia, considerar necesario disponer a este fin de garantías constitucionales que limiten la libertad de los policías de ejercer actividades políticas y, en particular, de dedicarse al debate político”.*

⁴⁶¹ STEDH de 8 junio de 1976, por la que resuelve el caso *Engel* y otros contra Holanda. TEDH 1976\3. Apartado 100: *“Es claro que la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 es aplicable a los militares como a todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados contratantes. Sin embargo, el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar, en particular mediante escritos. El artículo 147 del Código Penal Militar (...) se basa en esta experiencia legítima; no se opone por sí mismo al artículo 10 del Convenio.*

Este Tribunal indudablemente es competente para verificar, desde la perspectiva del Convenio, la forma en que el derecho interno de Holanda ha sido aplicado en el presente caso, pero no debe a este” respecto olvidar tampoco las características peculiares de la vida militar (...), los específicos “deberes” y

Ahora bien, es muy interesante la Sentencia que resuelve el caso *Grigoriades* contra Grecia,⁴⁶² pues matiza mucho estas restricciones a la libertad de expresión, tradicionalmente aceptadas de un modo acrítico. Así pues, el TEDH ha aceptado no solo que la libertad de expresión no se deba quedar a las puertas de los cuarteles, sino que, además, los Estados no puedan impedir la libertad de opinión, incluso cuando esta se dirige contra el Ejército como institución. No obstante, debemos destacar, para no sacar conclusiones precipitadas, que las críticas fueron escritas en una carta, que llegó a su correspondiente destinatario, su superior jerárquico, sin que fueran divulgadas a través de ningún medio de comunicación.⁴⁶³

"responsabilidades" de los miembros de las Fuerzas Armadas, ni el margen de apreciación que el artículo 10.2 como el artículo 8.2, deja a los Estados firmantes"

STEDH de 19 de diciembre de 1994, por la que se resuelve el caso *Vereinigung demokratischer soldaten österreichs* y *Gubi* contra Austria. TEDH 1994\50. Apartado 36: "El Tribunal recuerda que la libertad de expresión vale también para las «informaciones» o «ideas» que se enfrenten, ofendan o inquieten al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no es una «sociedad democrática» (...)

Lo mismo sucede cuando los beneficiarios de ella son militares, ya que el artículo 10 vale tanto para ellos como para las demás personas dependientes de la jurisdicción de los Estados contratantes. Sin embargo, el funcionamiento eficaz de un ejército apenas se concibe sin normas jurídicas destinadas a impedir que se socave la disciplina militar, en concreto por medio de escritos (...)"

⁴⁶² STEDH de 25 noviembre de 1997, por la que se resuelve el Caso *Grigoriades* contra Grecia. TEDH 1997\95. Apartado 45: "L'article 10 ne s'arrête pas aux portes des casernes. Il vaut pour les militaires comme pour l'ensemble des autres personnes relevant de la juridiction des Etats contractants. Néanmoins, comme la Cour l'a dit par le passé, l'Etat doit pouvoir imposer des restrictions à la liberté d'expression là où existe une menace réelle pour la discipline militaire, le fonctionnement efficace d'une armée ne se concevant guère sans des règles juridiques destinées à empêcher de saper cette discipline (...) Les autorités nationales ne peuvent toutefois pas s'appuyer sur de telles règles pour faire obstacle à l'expression d'opinions, quand bien même elles seraient dirigées contre l'armée en tant qu'institution".

Apartado 47: "Certes, la lettre contenait certaines remarques virulentes et outrancières au sujet des forces armées grecques. La Cour note toutefois que ces commentaires ont été faits dans le contexte d'un discours général et assez long critiquant la vie militaire et l'armée en tant qu'institution".

Traducción: Apartado 45: El artículo 10 no se detiene en las puertas de los cuarteles. Es válido para los militares, como para todas las demás personas que se encuentren bajo la jurisdicción de los Estados contratantes. Sin embargo, como ha dicho la Corte en el pasado, el Estado debe ser capaz de imponer restricciones a la libertad de expresión, donde haya una amenaza real para la disciplina militar, el funcionamiento eficiente de un ejército es apenas imaginable sin las normas jurídicas destinadas a evitar el socavamiento de la disciplina (...) Las autoridades nacionales, sin embargo, no pueden basarse en de tales normas para impedir la expresión de opiniones, incluso si estas están dirigidas contra el ejército como institución.

Apartado 47: Ciertamente, la carta contenía algunas observaciones indignantes y virulentas sobre las fuerzas armadas griegas. Sin embargo, la Corte observa que estos comentarios se hicieron en el contexto de un discurso general y prolongado de crítica a la vida militar y el ejército como institución.

9.- LA JUDICATURA

Para el TEDH⁴⁶⁴, los miembros de la Judicatura tienen también, en razón de su cargo, limitada su libertad de expresión. La imparcialidad que se les supone conlleva un deber de reserva que les impide a los Magistrados reaccionar frente a determinadas críticas. Por tanto, la participación de un magistrado en el debate público, supone poner en riesgo dicha presunción de imparcialidad, lo cual es incompatible con el interés superior de la justicia.

Distinto tratamiento merece para el TEDH, cuando dicha libertad de expresión la ejerce el magistrado en el ámbito del debate universitario⁴⁶⁵. Así pues, en estos casos, los magistrados se expresan como juristas, sobre cuestiones puramente técnicas y, por ello, deben estar amparados por su libertad de expresión.

10.- LA ABOGACÍA

A pesar de que los letrados no tienen carácter de funcionarios públicos, por su función, el TEDH los sitúa en una posición especial en la Administración de Justicia,

⁴⁶³ Ibídem, Apartado 13: *“Le 10 mai 1989, il adressa une lettre au commandant de son unité par l'intermédiaire d'un chauffeur de taxi”*.

Traducción: Apartado 13: El 10 de mayo 1989, dirigió una carta al comandante de su unidad a través de un conductor de taxi.

⁴⁶⁴ STEDH de 26 abril 1995, por la que se resuelve el caso *Prager y Oberschlick* contra Austria. TEDH 1995\12. Apartado 34: *“El deber de reserva prohíbe a los magistrados en cuestión reaccionar”*.

STEDH de 16 septiembre de 1999, por la que resuelve el caso *Buscemi* contra Italia. TEDH 1999\35. Apartado 67: *“El Tribunal señala ante todo que se exige a las autoridades judiciales llamadas a juzgar la mayor discreción, con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales. Esta discreción debe llevarles a no utilizar la prensa, incluso cuando sea para responder a provocaciones. Lo imponen la exigencia superior de la justicia y la naturaleza de la función judicial”*.

⁴⁶⁵ STEDH de 28 octubre de 1999, por la que se resuelve el caso *Wille* contra Liechtenstein. TEDH 1999\49. Apartado 64: *“Tenemos derecho a esperar de los funcionarios judiciales que utilicen su libertad de expresión con moderación cada vez que la autoridad y la imparcialidad del poder judicial puedan ser cuestionados”*

Apartado 65: *“En cuanto a la conferencia pronunciada por el demandante el 16 de febrero de 1995, el Tribunal señala que esta se inscribía dentro de una serie de conferencias universitarias sobre cuestiones de competencia constitucional y de derechos fundamentales, organizadas en los locales de un instituto de investigación de Liechtenstein (...) La ponencia del demandante llevaba consigo la declaración sobre la competencia atribuida al Tribunal Constitucional por el artículo 112 de la Constitución de Liechtenstein”*.

como auxiliares de aquella, actuando como intermediarios entre los justiciables y los tribunales.⁴⁶⁶

Ello conlleva, para el TEDH, que la actuación de los abogados deba guiarse siempre por esa responsabilidad pública, que conllevaría que, en su modo de actuar, contribuyan siempre al buen funcionamiento de la justicia, evitando expresiones que puedan poner en entredicho la autoridad o imparcialidad del Poder Judicial⁴⁶⁷.

No obstante, en las últimas Sentencias, el TEDH⁴⁶⁸ ha llevado a cabo una interpretación expansiva del derecho a la libertad de expresión de los abogados, y

⁴⁶⁶ STEDH de 24 febrero de 1994, por la que se resuelve el caso *Casado Coca* contra España. TEDH 1994\1. Apartado 54: “*En opinión del Tribunal no se les puede comparar con un abogado que ejerce a título liberal. Su estatuto específico lo coloca en una situación central en la administración de justicia, como intermediario entre el justiciable y los tribunales, lo que explica a la vez las normas de conducta impuestas en general a los miembros de la abogacía y los poderes de vigilancia y control atribuidos a las Juntas de Gobierno de los diferentes colegios*”.

⁴⁶⁷ STEDH de 20 de mayo de 1998, por la que se resuelve el caso *Schöpfer* contra Suiza. TEDH 1998\22. Apartado 29: “*El Tribunal recuerda que el estatus específico de los Abogados les coloca en una situación central en la Administración de Justicia, como intermediarios entre los justiciables y los Tribunales, lo que explica las normas de conducta impuestas a los miembros de la Abogacía (...)*

Además, el Tribunal ya ha juzgado que la acción de los Tribunales, que son garantes de la Justicia y cuya misión es fundamental en un Estado de Derecho, necesita la confianza del público (...) Visto el papel clave de los Abogados en este campo, se puede esperar de ellos que contribuyan al buen funcionamiento de la Justicia y de esta manera a la confianza del público en la misma”.

Apartado 33: “*Es cierto que, por encima del contenido de las ideas e informaciones expresadas, el artículo 10 también protege la manera de expresarlas (...)* Ni que decir tiene que la libertad de expresión también vale para los Abogados, que desde luego tienen el derecho a pronunciarse públicamente sobre el funcionamiento de la Justicia, pero cuya crítica no debería franquear ciertos límites. A este respecto, conviene tener en cuenta el equilibrio de los diferentes intereses en juego entre los que figuran el derecho a estar informado sobre las cuestiones que conciernen al funcionamiento del poder judicial, los imperativos de una buena Administración de Justicia y la dignidad de la profesión de Abogado.”

⁴⁶⁸ STEDH (Sección 4ª) de 21 marzo de 2002, por la que se resuelve el caso *Nikula* contra Finlandia. JUR 2002\78022. Apartado 54: “*It is true that, following the private prosecution initiated by prosecutor T., the applicant was convicted merely of negligent defamation. It is likewise relevant that the Supreme Court waived her sentence, considering the offence to have been minor in nature. Even if the fine imposed on her was therefore lifted, her obligation to pay damages and costs remained. Even so, the threat of an ex post facto review of counsel's criticism of another party to criminal proceedings – (...) is difficult to reconcile with defence counsel's duty to defend their clients' interests zealously. It follows that it should be primarily for counsel themselves, subject to supervision by the bench, to assess the relevance and usefulness of a defence argument without being influenced by the potential «chilling effect» of even a relatively light criminal sanction or an obligation to pay compensation for harm suffered or costs incurred*”.

Traducción: Apartado 54: Es cierto que, tras la acusación iniciada por el fiscal T., el demandante fue simplemente declarado culpable de difamación negligente. Del mismo modo, es relevante que la Corte Suprema suspendió su condena, considerando que la ofensa había sido de naturaleza menor. Aunque la

reconoce que su papel, en defensa de los intereses de su cliente, no puede encontrarse amenazado por una posterior posible sanción por difamación, pues ello podría tener un efecto perverso disuasorio en el celo del ejercicio profesional.

11.- ESTATUS PRIVILEGIADO: LOS PROFESIONALES DE LA INFORMACIÓN Y LOS POLÍTICOS

A) Los profesionales de la información

multa impuesta fue suspendida, su obligación de pagar daños y costas se mantuvo. Aun así, la amenaza de una revisión ex post facto de la crítica llevada a cabo por un abogado en un procedimiento penal, es difícil de conciliar con el deber del abogado de la defensa con celo de los intereses de sus clientes. De ello se desprende que los abogados deben principalmente, por sí mismos, y sujetos a la supervisión del tribunal, evaluar la pertinencia y utilidad de cualquier argumento sin estar influenciado por el potencial "efecto disuasorio" de una sanción penal relativamente ligera o la obligación de pagar una compensación por el daño sufrido o los costes incurridos.

STEDH (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2005, por la que se resuelve el caso *Kyprianou* contra Chipre. JUR 2006\237. Apartado 175: *"It is evident that lawyers, while defending their clients in court, particularly in the context of adversarial criminal trials, can find themselves in the delicate situation where they have to decide whether or not they should object to or complain about the conduct of the court, keeping in mind their client's best interests. The imposition of a custodial sentence, would inevitably, by its very nature, have a "chilling effect", not only on the particular lawyer concerned but on the profession of lawyers as a whole (...) They might for instance feel constrained in their choice of pleadings, procedural motions and the like during proceedings before the courts, possibly to the potential detriment of their client's case. For the public to have confidence in the administration of justice they must have confidence in the ability of the legal profession to provide effective representation. The imposition of a prison sentence on defence counsel can in certain circumstances have implications not only for the lawyer's rights under Article 10 but also the fair trial rights of the client under Article 6 of the Convention (...). It follows that any "chilling effect" is an important factor to be considered in striking the appropriate balance between courts and lawyers in the context of an effective administration of justice"*.

Traducción:

Apartado 175: Es evidente que los abogados, mientras están defendiendo a sus clientes ante los tribunales, particularmente en procesos penales, pueden encontrarse en una situación delicada en la que tienen que decidir si deben o no objetar o quejarse de la conducta del tribunal, teniendo en cuenta los mejores intereses de su cliente. La imposición de una pena privativa de libertad, inevitablemente, por su propia naturaleza, tiene un "efecto disuasorio", no solo en el abogado en concreto de que se trate, sino en la profesión en su conjunto (...) Podrían, por ejemplo, sentirse constreñidos en su elección de alegatos, argumentos procesales y similares durante los procedimientos ante los tribunales, posiblemente en detrimento potencial del caso de su cliente. Para que el público tenga confianza en la Administración de Justicia deben tener confianza en la capacidad de la profesión legal de proporcionar una representación efectiva. La imposición de una pena de prisión al abogado defensor puede, en determinadas circunstancias, tener implicaciones no solo para los derechos de los abogados cubiertos por el artículo 10, sino también para el derecho a un juicio justo del cliente, en virtud del artículo 6 de la Convención (...). De ello se desprende que cualquier "efecto disuasorio" es un factor importante a considerar, para encontrar el equilibrio adecuado entre los tribunales y los abogados en el contexto de una administración efectiva de la justicia.

Precisamente por su labor, los periodistas tienen reconocidos un estatus privilegiado en la protección jurídica de sus libertades de información y expresión, a la par que se les exige un proceder respetuoso con su deontología profesional.

a) La prensa libre: El “guardián público” de la actuación del Poder

Como acertadamente indica LAZCANO BROTONS⁴⁶⁹, “*el derecho de los periodistas a informar se derivaría del derecho de los ciudadanos a ser informados*”. Ello es la causa fundamental por la que, como sigue indicando este autor, “*la libertad de prensa se beneficiaría de un estatus jurídico reforzado, en relación a la libertad de expresión general del artículo 10 CEDH*”.

Como ya hemos comprobado, el derecho a la libertad de expresión, amén de tener naturaleza de derecho individual, tiene una vertiente de garantía institucional del propio sistema democrático. Solo a través de una prensa libre, que represente el pluralismo informativo, se puede garantizar la pervivencia de la democracia. Por ello, dicha prensa libre tiene reservado un papel fundamental, el de guardián (o vigilante) público (“*public watchdog*”)⁴⁷⁰, de la actuación del Poder.

El TEDH ha mantenido una doctrina constante y uniforme, en este sentido, desde las primeras Sentencias dictadas al efecto⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ LAZCANO BROTONS, ÍÑIGO, “*Artículo 10. Libertad de expresión*”, cit., pág. 484.

⁴⁷⁰ STEDH de 26 noviembre de 1991, por la que se resuelve el caso *Sunday Times* contra Reino Unido (II). TEDH 1991\50. Apartado 50 b): “*No solamente tiene la prensa la tarea de impartir tal información e ideas: el público tiene también el derecho a recibirlos. De otra manera, la prensa sería incapaz de jugar su importante papel de “perro guardián público”.*”

Traemos a colación una de las últimas Sentencias dictadas por el TEDH, que demuestra una línea jurisprudencial uniforme, en el sentido de considerar a la prensa como el “perro guardián” de la actuación del Poder.

STEDH (Sección 3ª) de 7 enero de 2014, por la que se resuelve caso *Ringer Axel Springer Slovakia, A.S.* contra Eslovaquia (Nº.2). Apartado 48: “*The freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and the safeguards to be afforded to the press are of particular importance. Whilst the press must not overstep the bounds set, inter alia, in the interest of “the protection of the reputation or rights of others”, it is nevertheless incumbent on it to impart information and ideas of public interest. Not only does the press have the task of imparting such information and ideas: the public*

Naturalmente, todo lo manifestado respecto de la prensa escrita, el TEDH lo entiende extensivo también a los medios audiovisuales⁴⁷². No podemos obviar que,

also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of "public watchdog".

Traducción: Apartado 48: La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y las salvaguardias que deben otorgarse a la prensa son de particular importancia. La prensa no debe sobrepasar el conjunto de los límites establecidos, entre otros, "la protección de la reputación o de los derechos de los demás", pero sí que debe difundir informaciones e ideas de interés público. No solo la prensa tiene la tarea de compartir dicha información e ideas: el público también tiene derecho a recibirlas. Si fuera de otro modo, la prensa sería incapaz de desempeñar su papel vital de "perro guardián público".

⁴⁷¹ STEDH de 26 abril de 1979, por la que se resuelve el caso *Sunday Times* contra Reino Unido. TEDH 1979\1. Apartado 65: *"La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática; con la excepción del párrafo 2 del artículo 10, es aplicable no solamente a las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a que aquellas que se oponen chocan o inquietan al, Estado o a algún sector de la población (...) Estos principios tienen una relevancia especial para la prensa"*.

STEDH de 8 julio 1986, por la que resuelve el caso *Lingens* contra Austria. TEDH 1986\8. Apartado 41: *"A este respecto, el Tribunal recuerda que la libertad de expresión, consagrada por el ap. 1 del artículo 10, es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual. Sin perjuicio del apartado 2, no se aplica solamente a las "informaciones" o "ideas" que se reciben favorablemente o se consideran inocuas o indiferentes, sino también a las que ofenden, hieren o molestan. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay "sociedad democrática" (...)*

Estos principios son especialmente importantes para la prensa. No debe esta pasar los límites establecidos singularmente para la "protección de la reputación ajena"; le incumbe, sin embargo, publicar informaciones e ideas sobre las cuestiones que se discuten en el terreno político y en otros sectores de interés público. Si su misión es difundirlas, el público tiene el derecho de recibirlas (...). El Tribunal no puede aceptar la opinión expresada a este respecto en la Sentencia del Tribunal de apelación de Viena, según la cual la prensa tiene la misión de divulgar las informaciones, pero su interpretación debe dejarse primordialmente al lector".

Apartado 42: *"Además, la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira al Convenio"*.

STEDH de 26 abril de 1995, por la que se resuelve el caso *Prager y Oberschlick* contra Austria. TEDH 1995\12. Apartado 34: *"El Tribunal recuerda que la prensa juega un papel eminente en un Estado de derecho. Si no debe franquear algunos límites fijados, principalmente para la protección de la reputación ajena, le incumbe sin embargo comunicar, dentro del respeto de sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre las cuestiones políticas, así como sobre otros temas de interés general"*.

STEDH (Sección 3ª) de 19 junio de 2012, por la que se resuelve el caso *Tanasoaica* contra Rumania. TEDH 2012\58. Apartado 33: *"La prensa desempeña un papel esencial en una sociedad democrática; aunque es verdad que no debe sobrepasar ciertos límites, especialmente en relación con la protección de la reputación y con los derechos de terceros, le corresponde, sin embargo, la función de comunicar, dentro del respeto de sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general"*.

⁴⁷² STEDH de 24 noviembre de 1993, por la que se resuelve el caso *Informationsverein Lentia* y otros contra Austria. TEDH 1993\56. Apartado 38: *"El Tribunal ha insistido frecuentemente en el papel fundamental de la libertad de expresión en una sociedad democrática, especialmente cuando, mediante la prensa escrita, dicha libertad sirve para comunicar informaciones e ideas de interés general a las que,*

como reconoce el propio TEDH, los medios audiovisuales tienen una efectividad mucho más inmediata y poderosa que la prensa escrita, amén de que pueden transmitir mensajes que el medio escrito es incapaz.⁴⁷³

b) El secreto profesional como garantía de su papel como “guardián público”

Uno de los privilegios reconocidos a la prensa, para poder garantizar ese rol de perro guardián público, que se encarga de comunicar a la ciudadanía noticias veraces y de interés público, es el secreto profesional.

La labor del periodista supone, en gran medida, un trabajo de investigación. Ello requerirá que pueda acceder a fuentes de información que deseen permanecer en el anonimato. Si se obligase a revelar las fuentes, ello tendría un efecto perverso, y es que podría disuadirlas en su labor de ayuda a la prensa a informar al público sobre aquellas cuestiones de interés general y que, sin su colaboración, sería imposible o muy difícil conocer. Podemos concluir, por tanto, que la beneficiaria última de dicho derecho es la propia ciudadanía, pues gracias al mismo, tendrá acceso a una información que, de otro modo, habría resultado imposible. En consecuencia, podríamos decir, sin riesgo a equivocarnos, que el derecho al secreto profesional tiene carácter instrumental, respecto al derecho a la recepción de información veraz. Son múltiples los ejemplos en los que las verdades oficiales dejan de serlo cuando se filtran documentos que, hasta el momento, permanecían ocultos. El ejemplo más claro lo tenemos en España, con las filtraciones de WIKILEAKS relativas al caso COUSO, gracias a las cuales pudimos

por lo demás, el público puede pretender tener acceso (...) Una empresa semejante no podría prosperar si no se basa en el pluralismo, cuyo garante último es el Estado. Esta precisión vale sobre todo para los medios audiovisuales, puesto que sus programas se difunden a menudo a una gran escala”.

⁴⁷³ STEDH de 23 septiembre de 1994, por la que se resuelve el caso *Jersild* contra Dinamarca. TEDH 1994\36. Apartado 31: “*Existe acuerdo para decir que los medios audiovisuales tienen efectos a veces mucho más inmediatos y poderosos que la prensa escrita (...) Por las imágenes, los medios audiovisuales pueden transmitir mensajes que el medio escrito no es capaz de transmitir”.*

saber que la puesta pública en escena del Gobierno, y su posicionamiento cercano a la familia del fallecido, fueron una auténtica impostura.⁴⁷⁴

⁴⁷⁴ Merece ser citado el Blog personal de la periodista OLGA RODRIGUEZ, por cuanto la misma, desde su rigor profesional, desgrana, a partir de la publicación de los cables diplomáticos de la Embajada norteamericana en Madrid, la implicación del Gobierno en el caso COUSO. Dicha periodista fue, precisamente, corresponsal de guerra de la Cadena Ser, durante la Segunda Guerra del Golfo, en la que asesinaron al cámara de Telecinco, JOSÉ COUSO, disponible en: <http://minotauro.periodismohumano.com/2010/12/01/wikileaks-y-el-caso-couso/>

“Con la última publicación de los papeles de Wikileaks se confirma lo que muchos ya imaginaban: que Estados Unidos presiona a los gobiernos y a los poderes judiciales en defensa de sus intereses. Washington sabe que si el caso Couso prosperara se abriría la caja de los truenos. Si los tres militares acusados fueran juzgados se crearía un precedente que podría sentar jurisprudencia y, de ese modo, otros soldados estadounidenses podrían ser juzgados por casos similares. Así que Estados Unidos tiene claro que estas cosas hay que detenerlas cuanto antes.

Hasta aquí, lo sospechado e imaginado hasta ahora.

LOS FISCALES

Lo que nadie podía pensar es que algunos miembros del ministerio fiscal español estuvieran más que dispuestos a privilegiar a una de las dos partes implicadas en el caso. Así ha sido, sin embargo.

En 2007 el fiscal general Cándido Conde-Pumpido se reunió con el embajador estadounidense para asegurarle que los fiscales “seguirían oponiéndose” a la orden de detención dictada contra los tres militares estadounidenses implicados en la causa. La orden de detención había sido dictada tres días antes por el juez Santiago Pedraz.

Cándido Conde-Pumpido se reunió con el embajador estadounidense, pero no lo hizo ni con la madre de José Couso, ni con la esposa de José Couso, ni con los hermanos de José Couso, ni con el abogado de José Couso para garantizarles la buena marcha de la causa, ni para nada. He aquí la primera diferencia de trato hacia una de las dos partes implicadas.

Medio año después, Conde-Pumpido dijo al embajador estadounidense que él deseaba el archivo del caso.

Los abogados de la familia Couso no descartan que el fiscal hubiera adelantado a Estados Unidos información no hecha pública aún.

De momento lo que es ya evidente es que la Fiscalía tuvo más interés en contentar a Estados Unidos. La soberanía nacional no tiene valor para el señor Conde-Pumpido y sus amigos.

EL GOBIERNO

El 30 de abril de 2007 el embajador estadounidense se vio con la vicepresidenta Fernández de la Vega, quien aseguró “estar muy implicada en el seguimiento del caso [Couso], al que prestan atención los más altos cargos del Gobierno español”, y señaló que “una de las opciones que se estaba sopesando era la de presentar un recurso”.

Ese recurso no tardó en llegar.

El 14 de mayo de 2007 el fiscal jefe de la Audiencia Nacional Javier Zaragoza anunció al consejero político estadounidense que se había opuesto al procesamiento de los tres militares estadounidenses acusados de la muerte de Couso y dictado dos semanas antes por el juez Pedraz.

Sin embargo, la noticia de tal recurso no aparece publicada hasta el 19 de mayo en varios periódicos, que coincidieron en señalar que tal apelación la había presentado el fiscal Alonso el día anterior.

Este juego de fechas deja por tanto abiertas algunas incógnitas que pueden cuestionar la actuación de la Fiscalía, ya que esta informó antes a Estados Unidos que a la familia Couso de la presentación de dicho recurso.

Por otro lado, es llamativa la cadena de funcionamiento: Estados Unidos habla con Fernández de la Vega, esta afirma que se está barajando presentar recurso, catorce días después la fiscalía presenta el recurso.

Para el TEDH, por fuente debemos entender cualquier persona que proporciona información a un periodista.⁴⁷⁵ Pero cabe añadir que el TEDH, haciéndose eco de lo dispuesto por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, ha hecho una interpretación extensiva de la protección de las fuentes. Así pues, además de poder negarse a revelar qué persona concreta es la que le ha facilitado la información, el periodista podrá negarse también a indicar cualquier otro dato por el cual se pudiera llegar a identificar a la fuente.⁴⁷⁶

Por cierto, dos semanas después de ese recurso llegaba a España, de visita oficial, la Secretaria de Estado estadounidense Condoleezza Rice.

“NOS HAN UTILIZADO”

En un documento confidencial de 2009 se indica que: “El adjunto al director general de Política de Defensa comunicó la semana anterior a la embajada que su ministerio apoya totalmente la posición oficial norteamericana”.

Es decir, desde el Ministerio de Defensa español se apoya totalmente la posición oficial estadounidense. Y sin embargo, el partido que gobierna siempre ha mostrado en público una postura diferente: ha defendido la investigación de la muerte de José Couso, una defensa que sin embargo abandona en privado ante Washington.

“Nos han utilizado”, me dijo ayer Maribel Permu, la madre de José Couso, al leer la información.

La familia Couso Permu no descarta emprender acciones legales contra algunos de los implicados en esta trama ante la que es lícito preguntarse si hay una separación real de los poderes político y judicial.

De momento, estudian con sus abogados toda la información publicada. Y esperan nuevos datos que puedan llegar. (Añadido esta mañana: esos datos ya han llegado. Indican cómo algunos ministros del gobierno español se han involucrado para que “no prosperen las órdenes de detención” de los militares implicados en el caso Couso. Se menciona a Fernández de la Vega, Moratinos, López Aguilar. Definitivamente, la separación del poder político y judicial, en entredicho).

(...)

De momento los papeles de Wikileaks sobre el caso Couso no destapan lo fundamental del mismo. Eso sí, desvelan el manejo de cinismos, hipocresías, dobles raseros y tratos de favor practicados en torno a él. Son la constatación de la pleitesía que se rinde al país más poderoso del mundo”.

⁴⁷⁵ STEDH (Sección 5ª) de 18 abril de 2013, por la que se resuelve el caso *Saint-Paul Luxembourg S.A.* contra Luxemburgo. TEDH 2013\45. Apartado 50: “(...) “la fuente” periodística designa a: “cualquier persona que proporciona información a un periodista”; por otra parte, el Tribunal entiende el término “identificación de una fuente de información” que comprende, en la medida en que puede llevar a la identificación de la fuente, tanto “las circunstancias concretas para obtener información por un periodista a través de la fuente” como “la parte no publicada de la información proporcionada por una fuente a un periodista” (...).”

⁴⁷⁶ *Ibidem*, Apartado 50: “(...) por otra parte, el Tribunal entiende el término “identificación de una fuente de información” que comprende, en la medida en que puede llevar a la identificación de la fuente, tanto “las circunstancias concretas para obtener información por un periodista a través de la fuente” como “la parte no publicada de la información proporcionada por una fuente a un periodista” (...).”

En este sentido, merece ser destacada la naturaleza jurídica del derecho al secreto profesional. Así pues, como reconoce MORETÓN TOQUERO,⁴⁷⁷ se trata de un derecho de los periodistas, no de una obligación. Esta no es una cuestión menor, habida cuenta que será el propio profesional de la información quien decidirá si debe o no revelar su fuente. Coincidimos con la autora citada en que, si el periodista decide atender los requerimientos del juez, dicha acción será jurídicamente inocua. Cuestión distinta es que existiera un compromiso previo de confidencialidad, en cuyo caso, dicho incumplimiento sí que podría dar lugar a una responsabilidad de origen contractual para con la fuente.

El Consejo de Europa ha mostrado preocupación por la protección de las fuentes de información de los periodistas. El 8 de marzo de 2000, el Comité de Ministros aprobó la Recomendación nº R (2000) 7, sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información,⁴⁷⁸ en la que claramente se instaba en su apéndice⁴⁷⁹ a que

⁴⁷⁷ MORETÓN TOQUERO, ARANCHA, *El secreto profesional de los periodistas. De deber ético a derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 249 y 250.

⁴⁷⁸ Recomendación R (2000) 7, del Comité de Ministros, sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información, de 8 de marzo de 2000, disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=342907&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>: “*The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,*

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage;

Recalling the commitment of the member states to the fundamental right to freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms;

Reaffirming that the right to freedom of expression and information constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and the development of every individual, as expressed in the Declaration on the Freedom of Expression and Information of 1982;

Reaffirming the need for democratic societies to secure adequate means of promoting the development of free, independent and pluralist media;

Recognising that the free and unhindered exercise of journalism is enshrined in the right to freedom of expression and is a fundamental prerequisite to the right of the public to be informed on matters of public concern;

Convinced that the protection of journalists' sources of information constitutes a basic condition for journalistic work and freedom as well as for the freedom of the media;

Recalling that many journalists have expressed in professional codes of conduct their obligation not to disclose their sources of information in case they received the information confidentially;

Recalling that the protection of journalists and their sources has been established in the legal systems of some member states;

Recalling also that the exercise by journalists of their right not to disclose their sources of information carries with it duties and responsibilities as expressed in Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms;

Aware of the Resolution of the European Parliament of 1994 on confidentiality for journalists' sources and the right of civil servants to disclose information;

Aware of Resolution No. 2 on journalistic freedoms and human rights of the 4th European Ministerial Conference on Mass Media Policy held in Prague in December 1994, and recalling Recommendation No. R (96) 4 on the protection of journalists in situations of conflict and tension,

Recommends to the governments of member states:

- 1. to implement in their domestic law and practice the principles appended to this recommendation,*
- 2. to disseminate widely this recommendation and its appended principles, where appropriate accompanied by a translation, and*
- 3. to bring them in particular to the attention of public authorities, police authorities and the judiciary as well as to make them available to journalists, the media and their professional organisations".*

Traducción: El Comité de Ministros, bajo los términos del artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa,

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es lograr una mayor unidad entre sus miembros con el fin de salvaguardar y promover los ideales y principios que son su patrimonio común;

Recordando el compromiso de los Estados Miembros ante el derecho fundamental a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;

Reafirmando que el derecho a la libertad de expresión y de información constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de cada individuo, como se expresa en la Declaración sobre la Libertad de Expresión e Información de 1982 ;

Reafirmando la necesidad de las sociedades democráticas de garantizar los medios adecuados para promover el desarrollo de medios de comunicación libres, independientes y pluralistas;

Reconociendo que el ejercicio libre y sin obstáculos del periodismo está consagrado en el derecho a la libertad de expresión y es un requisito previo fundamental para el derecho del público a ser informado sobre asuntos de interés público;

Convencidos de que la protección de las fuentes de información de los periodistas constituye una condición básica para el trabajo y la libertad del periodista, así como para la libertad de los medios de comunicación;

Recordando que muchos periodistas han expresado en códigos de conducta profesional su obligación de no revelar sus fuentes de información en aquellos casos en que recibieron la información de manera confidencial;

Recordando que la protección de los periodistas y sus fuentes se ha establecido en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros;

Recordando también que el ejercicio por parte de los periodistas de su derecho a no revelar sus fuentes de información entraña deberes y responsabilidades, según lo expresado en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;

Consciente de la Resolución del Parlamento Europeo de 1994, relativa a la confidencialidad de las fuentes periodísticas y el derecho de los funcionarios a revelar la información;

Consciente de la Resolución N ° 2 sobre las libertades periodísticas y los derechos humanos de la cuarta Conferencia Ministerial Europea sobre Política de los medios de comunicación de masas celebrada en Praga en diciembre de 1994, y recordando la Recomendación R (96) 4 sobre la protección de los periodistas en situaciones de conflicto y tensión ,

Recomienda a los gobiernos de los Estados miembros:

1. Ejecutar en su derecho interno y aplicar los principios adjuntos a esta recomendación,
2. difundir ampliamente esta recomendación y sus principios adjuntos, en su caso, acompañada de traducción, y

3. ponerlos a disposición de las autoridades públicas, las autoridades policiales y judiciales, así como de periodistas, medios de comunicación y sus organizaciones profesionales.

⁴⁷⁹ *Ibíd*em: Apéndice a la Recomendación No. R (2000) 7: “*Principles concerning the right of journalists not to disclose their sources of information*”

Definitions

For the purposes of this Recommendation:

a. the term "journalist" means any natural or legal person who is regularly or professionally engaged in the collection and dissemination of information to the public via any means of mass communication;

b. the term "information" means any statement of fact, opinion or idea in the form of text, sound and/or picture;

c. the term "source" means any person who provides information to a journalist;

d. the term "information identifying a source" means, as far as this is likely to lead to the identification of a source:

i. the name and personal data as well as voice and image of a source,

ii. the factual circumstances of acquiring information from a source by a journalist,

iii. the unpublished content of the information provided by a source to a journalist, and

iv. personal data of journalists and their employers related to their professional work.

Principle 1 (Right of non-disclosure of journalists): Domestic law and practice in member states should provide for explicit and clear protection of the right of journalists not to disclose information identifying a source in accordance with Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter: the Convention) and the principles established herein, which are to be considered as minimum standards for the respect of this right.

Principle 2 (Right of non-disclosure of other persons): Other persons who, by their professional relations with journalists, acquire knowledge of information identifying a source through the collection, editorial processing or dissemination of this information, should equally be protected under the principles established herein.

Principle 3 (Limits to the right of non-disclosure): a. The right of journalists not to disclose information identifying a source must not be subject to other restrictions than those mentioned in Article 10, paragraph 2 of the Convention. In determining whether a legitimate interest in a disclosure falling within the scope of Article 10, paragraph 2 of the Convention outweighs the public interest in not disclosing information identifying a source, competent authorities of member states shall pay particular regard to the importance of the right of non-disclosure and the pre-eminence given to it in the case-law of the European Court of Human Rights, and may only order a disclosure if, subject to paragraph b, there exists an overriding requirement in the public interest and if circumstances are of a sufficiently vital and serious nature.

b. The disclosure of information identifying a source should not be deemed necessary unless it can be convincingly established that:

i. reasonable alternative measures to the disclosure do not exist or have been exhausted by the persons or public authorities that seek the disclosure, and

ii. the legitimate interest in the disclosure clearly outweighs the public interest in the non-disclosure, bearing in mind that:

- an overriding requirement of the need for disclosure is proved,

- the circumstances are of a sufficiently vital and serious nature,

- the necessity of the disclosure is identified as responding to a pressing social need, and

- member states enjoy a certain margin of appreciation in assessing this need, but this margin goes hand in hand with the supervision by the European Court of Human Rights.

c. The above requirements should be applied at all stages of any proceedings where the right of non-disclosure might be invoked.

Principle 4 (Alternative evidence to journalists' sources): In legal proceedings against a journalist on grounds of an alleged infringement of the honour or reputation of a person, authorities should consider, for the purpose of establishing the truth or otherwise of the allegation, all evidence which is available to

them under national procedural law and may not require for that purpose the disclosure of information identifying a source by the journalist.

Principle 5 (Conditions concerning disclosures): a. The motion or request for initiating any action by competent authorities aimed at the disclosure of information identifying a source should only be introduced by persons or public authorities that have a direct legitimate interest in the disclosure.

b. Journalists should be informed by the competent authorities of their right not to disclose information identifying a source as well as of the limits of this right before a disclosure is requested.

c. Sanctions against journalists for not disclosing information identifying a source should only be imposed by judicial authorities during court proceedings which allow for a hearing of the journalists concerned in accordance with Article 6 of the Convention.

d. Journalists should have the right to have the imposition of a sanction for not disclosing their information identifying a source reviewed by another judicial authority.

e. Where journalists respond to a request or order to disclose information identifying a source, the competent authorities should consider applying measures to limit the extent of a disclosure, for example by excluding the public from the disclosure with due respect to Article 6 of the Convention, where relevant, and by themselves respecting the confidentiality of such a disclosure.

Principle 6 (Interception of communication, surveillance and judicial search and seizure): a. The following measures should not be applied if their purpose is to circumvent the right of journalists, under the terms of these principles, not to disclose information identifying a source:

i. interception orders or actions concerning communication or correspondence of journalists or their employers,

ii. surveillance orders or actions concerning journalists, their contacts or their employers, or

iii. search or seizure orders or actions concerning the private or business premises, belongings or correspondence of journalists or their employers or personal data related to their professional work.

b. Where information identifying a source has been properly obtained by police or judicial authorities by any of the above actions, although this might not have been the purpose of these actions, measures should be taken to prevent the subsequent use of this information as evidence before courts, unless the disclosure would be justified under Principle 3.

Principle 7 (Protection against self-incrimination): The principles established herein shall not in any way limit national laws on the protection against self-incrimination in criminal proceedings, and journalists should, as far as such laws apply, enjoy such protection with regard to the disclosure of information identifying a source.

Traducción:

Principios sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información.

Definiciones.

A los efectos de la presente Recomendación:

a. el término "periodista" abarca a toda persona física o jurídica que se dedique profesional o regularmente a la recopilación y difusión de información al público a través de cualquier medio de comunicación de masas;

b. el término "información" significa cualquier declaración de hecho, opinión o idea en forma de texto, sonido y / o imagen;

c. el término "fuente" significa cualquier persona que suministre información a un periodista;

d. el término "información de identificación de una fuente" significa todo aquello que probablemente conduzca a la identificación de una fuente:

i. el nombre y los datos de carácter personal, así como la voz y la imagen de la fuente,

ii. las circunstancias por las se adquiere información de la fuente,

iii. el contenido no publicado de la información proporcionada por una fuente a un periodista, y

iv. los datos personales de los periodistas y sus empleadores en relación con su labor profesional.

Principio 1 (Derecho al secreto profesional de los periodistas): El derecho interno y la práctica en los Estados miembros deben establecer una protección clara y explícita del derecho de los periodistas a no revelar información identificativa de una fuente, de conformidad con el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio) y los

los Estados aplicasen, si no lo habían hecho ya, el derecho de los periodistas a mantener en secreto sus fuentes.

Esta Resolución supone un hito en la normativa europea, pues implica un reconocimiento explícito de este derecho al secreto profesional, amén de una regulación exhaustiva del mismo.

El Comité de Ministros no solo protege, bajo este derecho, la no revelación de la fuente, entendiendo por la misma, cualquier persona que provea información al periodista, sino también de cualesquiera datos que pudieran conllevar la identificación de la misma, entendiendo por tales el nombre y los datos de carácter personal, así como la voz y la imagen de la fuente, las circunstancias por las cuales se adquiere la información de la fuente, el contenido no publicado de la información proporcionada por la fuente a un periodista, y los datos personales de los periodistas y sus empleadores en relación con su labor profesional. Así mismo, extiende dicha protección a todos aquellos que hayan podido tener conocimiento de la identidad de la fuente. Tal es así, que el Comité de Ministros prohíbe las siguientes medidas, si tienen como objetivo la identificación de la fuente: interceptación de la comunicación o correspondencia de los periodistas o de sus empleadores; vigilancia a los periodistas, sus contactos o sus empleadores; o registros de los locales privados o comerciales, o confiscaciones de las pertenencias o de la correspondencia de los periodistas o de sus empleadores o de los datos personales relacionados con su labor profesional.

No obstante, para el Comité de Ministros, el derecho al secreto profesional no es ilimitado. Así pues, se establece que el mismo podrá ceder frente al interés público en revelar la fuente, si este último se fundamenta en una necesidad social imperiosa basada en los motivos del artículo 10.2 CEDH, debiendo ser las circunstancias que rodean el caso importantes y serias, no debiendo existir otras medidas alternativas razonables a la revelación, o siempre y cuando se hayan agotado estas. En todo caso, dichas medidas

principios establecidos en el presente documento, que deben ser considerados como normas mínimas de respeto a este derecho.

restrictivas del derecho al secreto profesional solo podrán ser tomadas por la autoridad judicial. Sea como fuere, los Estados deberán siempre tener en cuenta la jurisprudencia establecida por el TEDH sobre la materia, haciendo una interpretación restrictiva de las limitaciones de este derecho.

Por tanto, podemos calificar el secreto profesional como una de las piedras angulares de la labor periodística⁴⁸⁰. Para el TEDH, la libertad de prensa asume aún

Principio 2 (derecho al secreto profesional de otras personas): Otras personas que, por sus relaciones profesionales con los periodistas, tengan conocimiento de información identificativa de una fuente, a través de la recogida, el tratamiento editorial o la difusión de esta información, deben ser protegidos igualmente, en virtud de los principios establecidos en el presente documento.

Principio 3 (Límites al secreto profesional): a. El derecho de los periodistas a no revelar información identificativa de una fuente no debe ser objeto de otras restricciones que las que se refiere el artículo 10, párrafo 2, del Convenio. Para determinar si el interés en la revelación de la fuente entra en el ámbito del artículo 10, párrafo 2, las autoridades competentes de los Estados miembros prestarán especial atención a la importancia del derecho al secreto profesional y la preeminencia que se le da en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y solo podrán ordenar una revelación si, con sujeción al párrafo b, existe una razón imperiosa de interés público y si las circunstancias tienen un carácter suficientemente esencial y serio.

b. La divulgación de información identificativa de una fuente no debe considerarse necesaria si no se puede establecer de manera convincente que:

i. no existen medidas alternativas razonables a la revelación o las mismas se han agotado por las personas o autoridades públicas que desean la revelación, y
ii. el interés legítimo en la revelación debe ser claramente mayor que el interés público en la no revelación, considerando que:

- Debe existir una razón imperiosa que justifique la necesidad de la revelación,
- las circunstancias deben tener un carácter suficientemente esencial y serio,
- la necesidad de la revelación se identifica como respuesta a una necesidad social imperiosa, y
- los Estados miembros gozan de un cierto margen de apreciación en la evaluación de esta necesidad, siempre bajo la supervisión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

c. Los requisitos anteriores deben aplicarse en todas las etapas de cualesquiera procedimientos en los que pueda invocarse el derecho al secreto profesional.

Principio 4 (prueba alternativa a las fuentes periodísticas): En un procedimiento judicial contra un periodista por motivos de una supuesta violación del honor o la reputación de una persona, las autoridades deben tener en cuenta, a los efectos de establecer la verdad o no de la acusación, todas las pruebas que estén disponibles para ello, en virtud del derecho procesal nacional y no podrán requerir para ese propósito la revelación de información identificativa de las fuentes del periodista.

Principio 5 (Condiciones relativas a las revelaciones): a. La solicitud o moción que se presente para iniciar cualquier acción por las autoridades competentes con miras a la revelación de información identificativa de la fuente, únicamente deberá ser presentado por las personas o autoridades públicas que tengan un interés legítimo y directo en la divulgación.

b. Los periodistas deben ser informados por las autoridades competentes de su derecho a no revelar información identificativa sobre la fuente, así como de los límites de este derecho antes de que se solicite dicha revelación.

c. Las sanciones contra periodistas por no revelar información identificativa de la fuente, solo deben ser impuestas por las autoridades judiciales mediante los procedimientos judiciales que permitan la audiencia de los periodistas afectados, de conformidad con el artículo 6 de la Convención.

d. Los periodistas deben tener el derecho a que la imposición de una sanción por no revelar información relativa a su fuente, sea revisada por otra autoridad judicial.

e. Cuando los periodistas responden a una petición u orden de revelar información identificativa de una fuente, las autoridades competentes deberían considerar la aplicación de medidas para limitar el alcance de la revelación, por ejemplo, excluyendo al público la revelación con el debido respeto al artículo 6 del Convenio, y respetando la confidencialidad de dicha revelación.

Principio 6 (Intercepción de la comunicación, la vigilancia y la búsqueda e incautación judicial): a. Las siguientes medidas no deben aplicarse si su objetivo es eludir el derecho de los periodistas, conforme estos principios, a no revelar información identificativa de la fuente:

i. órdenes o acciones de interceptación relativas a la comunicación o correspondencia de los periodistas o de sus empleadores,

ii. órdenes o medidas de vigilancia concernientes a los periodistas, sus contactos o sus empleadores, o

iii. órdenes o medidas de registro o confiscación concernientes a los locales privados o comerciales, pertenencias o correspondencia de los periodistas o de sus empleadores o de los datos personales relacionados con su labor profesional.

b. Cuando la información identificativa de una fuente hubiese sido debidamente obtenida por las autoridades policiales o judiciales, por cualquiera de las acciones anteriores, aunque no hubiese sido el objetivo de las mismas, se deben tomar medidas para prevenir el uso posterior de esta información como prueba ante los tribunales, a menos que la revelación se justifique por el Principio 3.

Principio 7 (Protección contra la autoincriminación): Los principios establecidos en el presente documento no podrán limitar, en modo alguno, las leyes nacionales sobre la protección contra la autoincriminación en los procesos penales, y los periodistas deberán, en la medida en que se aplican tales leyes, de gozar de dicha protección con respecto a la revelación de información identificativa de la fuente.

⁴⁸⁰ STEDH de 27 marzo de 1996, por la que se resuelve el caso *Goodwin* contra el Reino Unido. TEDH 1996\21. Apartado 39: *“La protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa, como se desprende de las Leyes y los códigos deontológicos en vigor en muchos Estados Contratantes y como afirman además muchos instrumentos internacionales sobre las libertades periodísticas (véase, principalmente, la Resolución sobre las Libertades Periodísticas y los Derechos Humanos, adoptada en la Cuarta Conferencia Ministerial europea sobre la política de las comunicaciones de masa (Praga, 7-198 de diciembre de 1994), y la Resolución del Parlamento europeo sobre la no divulgación de las fuentes periodísticas de 18 de enero de 1994, publicada en el Boletín Oficial de las Comunidades Europeas núm. C 44/34). La ausencia de tal protección podría disuadir a las fuentes periodísticas de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general. En consecuencia, la prensa podría ser menos capaz de jugar su papel indispensable de «perro guardián» y su aptitud para suministrar informaciones precisas y fiables podría encontrarse reducida. Teniendo en cuenta la importancia que reviste la protección de las fuentes periodísticas para la libertad de la prensa en una sociedad democrática y el efecto negativo sobre el ejercicio de esta libertad que podría producir una resolución de divulgación, tal medida únicamente podría conciliarse con el artículo 10 del Convenio si estuviera justificada por un imperativo preponderante de interés público.*

Conviene tener en cuenta estas consideraciones para aplicar a los hechos del caso el criterio de la necesidad en una sociedad democrática previsto en el apartado 2 del artículo 10”.

STEDH (Sección 4ª) de 25 febrero de 2003, por la que se resuelve el caso *Roemen y Schmit* contra Luxemburgo. TEDH 2003\11. Apartado 46: *“La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y las garantías a conceder a la prensa tienen una importancia particular. La protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa. La ausencia de dicha protección puede disuadir a las fuentes de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general. En consecuencia, la prensa dejaría de ser capaz de jugar su rol indispensable de «perro guardián» y disminuiría su aptitud para proporcionar informaciones precisas y fiables. Teniendo en cuenta la importancia de la protección de las fuentes periodísticas para la libertad de prensa en una sociedad democrática, dicha medida no puede conciliarse con el artículo 10 del Convenio a menos que esté justificada por un imperativo preponderante de interés público. Las*

mayor importancia en aquellas circunstancias en las que las actividades del Estado y las decisiones escapan a un control democrático o judicial debido a su carácter confidencial o secreto. La condena de un periodista por divulgar información considerada como confidencial o secreta podría desalentar al resto de profesionales de informar al público sobre asuntos de interés público. Asimismo, la inexistencia de este derecho tendría un efecto disuasorio en las fuentes que revelan informaciones de interés general que, de otro modo, por su carácter interno, secreto o confidencial, la sociedad no podría tener acceso a ellas.⁴⁸¹

El secreto profesional de los periodistas ha merecido, en general, la máxima protección por parte del TEDH, frente a las continuas injerencias llevadas a cabo por los distintos Estados, más interesados en descubrir y sancionar a la fuente, que en que la ciudadanía reciba información veraz.

Este derecho de los periodistas les ampararía jurídicamente incluso en el caso de publicar documentos, cuyos custodios tenían la obligación de mantener en secreto.⁴⁸²

limitaciones a la confidencialidad de las fuentes periodísticas requieren, por parte del Tribunal, el examen más escrupuloso”.

⁴⁸¹ STEDH (Sección 5ª) de 18 abril de 2013, por la que se resuelve el caso Saint-Paul Luxembourg S.A. contra Luxemburgo. TEDH 2013\45. Apartado 49: “*El Tribunal recuerda que la protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa. La ausencia de tal protección podría disuadir a las fuentes periodísticas de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general. Como resultado, la prensa puede ser menos capaz de desempeñar su papel esencial de “guardián”, y podría disminuir su capacidad para proporcionar información precisa y confiable”.*

⁴⁸² En este sentido, resulta muy paradójico traer a colación el caso Stoll contra Suiza, que dio lugar a dos Sentencias, una, de fecha de 25 abril 2006, por parte de la Sección 4ª del TEDH, en la que apreció violación del artículo 10, y la otra, de la Gran Sala, de fecha 10 de diciembre de 2007, que entendió justo lo contrario.

El asunto de fondo trata sobre la publicación de un documento diplomático (un informe interno calificado de confidencial), redactado por el Embajador de Suiza en EEUU. Dicho informe venía referido a la indemnización a las víctimas del Holocausto por los haberes en cuentas bancarias suizas, así como al papel adoptado por Suiza en la Segunda Guerra Mundial. Este documento solo pudo entrar en posesión del periodista mediante una filtración.

En virtud de estos argumentos, la Sección 4ª, a pesar de reconocer la esencialidad de la confidencialidad a las comunicaciones diplomáticas, que tienen reconocimiento convencional (artículos 24 a 27 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961), entendió que, tratándose de un tema de interés general, referido a un alto funcionario, y que no ponía en riesgo la seguridad nacional, se debía reconocer un mayor peso a la libertad de expresión. Al fin y al cabo, a pesar de la confidencialidad de los

informes diplomáticos, no puede justificar, de suyo, una censura de la crítica y control de la prensa sobre la actuación de los representantes exteriores de un Estado.

STEDH (Sección 4ª) de 25 abril 2006, por la que se resuelve el caso *Stoll* contra Suiza I. TEDH 2006\34. Apartado 48: “*El Tribunal considera que la confidencialidad de las relaciones diplomáticas está a priori justificada, pero que no puede ser protegida a cualquier precio. Asimismo, la función de crítica y control de los medios de comunicación se aplica igualmente al ámbito de la política exterior*”.

Apartado 49: “*A este respecto, el Tribunal comparte la opinión del demandante según la cual las informaciones contenidas en el documento proveniente del Embajador suizo en los Estados Unidos podían plantear cuestiones de interés general. Las publicaciones se produjeron en el marco de un debate público sobre una cuestión ampliamente evocada por los medios de comunicación suizos y que dividió profundamente a la opinión pública suiza, a saber la de la indemnización debida a las víctimas del Holocausto por los haberes en cuentas bancarias suizas, más aún cuando las conversaciones sobre los haberes de las víctimas del Holocausto y el papel de Suiza en la Segunda guerra mundial eran, a finales de 1996 y principios de 1997, muy animadas y de dimensión internacional (...) El Embajador suizo en Washington ocupaba, en el marco de las conversaciones a seguir, una postura importante.*

Debido a la publicación del documento en cuestión, se hizo evidente que las personas a cargo de ello no tenían aún una idea muy clara sobre la cuestión de la responsabilidad de Suiza y de qué trámites debía efectuar el Gobierno.

En este contexto, el Tribunal reconoce igualmente como legítimo el interés del público a recibir informaciones sobre los agentes encargados de este dossier delicado y sobre su estilo y estrategia de negociación”.

Apartado 52: “*El Tribunal no ignora la importancia de preservar el trabajo de los órganos diplomáticos al abrigo de intromisiones externas. Pero considera que el presente caso se distingue, en cuanto a la cuestión de la naturaleza de las informaciones a revelar, de los asuntos que plantean cuestiones similares, en la medida en que no se refiere al buen funcionamiento de los servicios estatales encargados de velar por la «seguridad nacional» y la «seguridad pública» en el sentido propio de la palabra, como afirma el Gobierno (...) Teniendo en cuenta el hecho de que las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación estricta, el Tribunal no está convencido de que la divulgación de los elementos de la estrategia a adoptar por el Gobierno suizo en las negociaciones sobre la cuestión de los haberes de las víctimas del Holocausto y el papel de Suiza en la Segunda guerra mundial pueda lesionar unos intereses tan valiosos que primen sobre la libertad de expresión en una sociedad democrática. El Tribunal de distrito de Zurich concluyó asimismo, el 22 de enero de 1999, con la existencia de circunstancias atenuantes, admitiendo explícitamente que la divulgación del documento confidencial no había dañado los cimientos de Suiza*”.

Sin embargo, la Gran Sala, inexplicablemente, se aparta del criterio señalado por la Sección 4ª, y llega a la conclusión contraria. Así pues, a pesar de reconocer que, efectivamente, el rol de perro guardián público atribuido a la prensa asume mayor importancia si cabe, respecto de aquellas actividades del Estado que escapan al control democrático o judicial, por su naturaleza secreta o confidencial, entiende que existe una obligación de respeto a la confidencialidad de las comunicaciones diplomáticas derivada de un tratado internacional (el anteriormente mencionado Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961) que no puede ser obviada. Para la Gran Sala, el desconocimiento de esta obligación podría tener efectos devastadores en el campo de las relaciones internacionales.

STEDH (Gran Sala) de fecha 10 de diciembre de 2007, por la que se resuelve el caso *Stoll* contra Suiza, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>. Apartado 110: “*Press freedom assumes even greater importance in circumstances in which State activities and decisions escape democratic or judicial scrutiny on account of their confidential or secret nature. The conviction of a journalist for disclosing information considered to be confidential or secret may discourage those working in the media from informing the public on matters of public interest. As a result, the press may no longer be able to play its vital role as “public watchdog” and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected*”

Apartado 126: “*The Court agrees with the Government and the third-party interveners that it is vital to diplomatic services and the smooth functioning of international relations for diplomats to be able to*

Así pues, las posibles responsabilidades, incluso penales, recaerán sobre aquellos que tenían la obligación de mantener dichos documentos bajo su custodia, y los han filtrado a la prensa, pero no se les podrá exigir esta responsabilidad a los periodistas por publicarlos. Ello no obsta para que los límites del artículo 10.2 CEDH continúen siendo aplicables.

Ello supone también que el Estado no pueda llevar a cabo acción alguna sobre los periodistas, o sus bienes, a fin de averiguar quiénes son las fuentes. La STEDH que

exchange confidential or secret information (...) Admittedly, the disclosure in issue is not covered by the provisions on the inviolability of archives and documents contained in the Vienna Convention on Diplomatic Relations (Articles 24 et seq.), referred to by the Government (...), which are designed to protect the archives and documents of the accredited State against interference from the receiving State or persons or entities under its jurisdiction. Nevertheless, the principles derived from those provisions demonstrate the importance of confidentiality in this sphere”.

Apartado 127: *“The Court also attaches some importance to the Government’s argument (...) that the publishing of a report written by an ambassador and classified as “confidential” or “secret” might not only have an adverse and paralysing effect on a country’s foreign policy, but might also make the official concerned almost automatically persona non grata in the host country”.*

Apartado 144: *“Nevertheless, the fact that the applicant did not act illegally in that respect is not necessarily a determining factor in assessing whether or not he complied with his duties and responsibilities. In any event, as a journalist, he could not claim in good faith”.*

Traducción: Apartado 110: La libertad de prensa asume una importancia aún mayor en aquellas circunstancias en las que las actividades y decisiones del Estado escapan del control democrático o judicial, a causa de su carácter confidencial o secreto. La condena de un periodista por revelar información considerada como confidencial o secreta puede desalentar, a las personas que trabajan en los medios, de informar al público sobre asuntos de interés general. Como resultado, la prensa podría no ser capaz de desempeñar su papel vital como "perro guardián" y la capacidad de la prensa para proporcionar información precisa y fiable podría quedar afectada negativamente.

Apartado 126: El Tribunal está de acuerdo con el Gobierno y con los terceros intervinientes, que es vital para el buen funcionamiento de los servicios diplomáticos y las relaciones internacionales, que los diplomáticos puedan intercambiar información confidencial o secreta (...) Es cierto que la divulgación en cuestión no está cubierta por las disposiciones sobre la inviolabilidad de los archivos y documentos contenidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (artículos 24 y ss.) mencionada por el Gobierno (...), que están diseñados para proteger los archivos y documentos del Estado acreditado contra la interferencia del Estado que recibe, o de personas o entidades bajo su jurisdicción. Sin embargo, los principios derivados de esas disposiciones demuestran la importancia de la confidencialidad en este ámbito.

Apartado 127: El Tribunal también concede cierta importancia al argumento del Gobierno (...) sobre que la publicación de un informe escrito por un embajador y clasificado como "confidencial" o "secreto" no solo podría tener un efecto adverso y paralizante en la política exterior de un país, sino que también podría hacer que el funcionario afectado, casi automáticamente, fuese declarado persona *non grata* en el país de acogida.

Apartado 144: Sin embargo, el hecho de que el demandante no actuase ilegalmente en ese sentido no es necesariamente un factor determinante en la evaluación de si cumplió o no con sus obligaciones y responsabilidades. En cualquier caso, como periodista, no podía afirmar su buena fe.

resuelve el caso *Uitgevers B.V. contra Países Bajos (II)*⁴⁸³ resume su jurisprudencia relativa a los supuestos en que se ha considerado que la actuación del Estado ha violado el derecho al secreto profesional del periodista, y, por tanto, el artículo 10 CEDH proscribire:

- 1) Obligar a un periodista a desvelar la identidad de la persona que le ha suministrado información, amparada en el anonimato.⁴⁸⁴
- 2) Detener u ordenar la detención de un periodista con el fin de que revele la fuente.⁴⁸⁵
- 3) El mero el hecho de conminar judicialmente al periodista a que revele su fuente, con independencia de que se atienda a dicho requerimiento, ya que

Conclusión: Dada cuenta de lo delicado del tema tratado en el informe, así como que se encuentra ínsito en el ámbito de las relaciones internacionales, creemos que no se pueden sacar conclusiones generales de este caso, más allá de que, mediante dicha Sentencia, la Gran Sala parece haber querido evitar, a su juicio, el mal mayor. De hecho, no podemos obviar que esta Sentencia, contó con cinco votos disidentes, incluido el del propio Presidente, que estimaron más acertadas las valoraciones efectuadas por los Magistrados de la Sección 4ª.

Y creemos que este fallo es un caso claro de justicia *ad hoc* (del cual no se pueden sacar conclusiones precipitadas), porque, como muy bien analiza MORETÓN TOQUERO, *El secreto profesional de los periodistas. De deber ético a derecho fundamental*, cit., la jurisprudencia del TEDH ha venido, uniformemente, liberando “de responsabilidad al periodista en lo tocante a que debía conocer el carácter reservado de la información, y afirmando la responsabilidad del Estado por las violaciones del secreto profesional de sus funcionarios, declarando que es él (el Estado), a quien toca formar y tomar las medidas para evitar la indiscreción. Máxime cuando el periodista no utilizó artimaña o truco alguno, sino que ejerció su tarea profesional de preguntar o investigar” (pág. 179). Un ejemplo de estas Sentencias en las que se basa la autora sería la que resuelve el caso Craxi contra Italia (II), de fecha 17 de julio de 2003 (JUR 2004\54178).

⁴⁸³ STEDH (Gran Sala) de 14 septiembre de 2010, por la que se resume el caso *Sanoma Uitgevers B.V. contra Países Bajos*. TEDH 2010\93.

⁴⁸⁴ *Ibíd*em, Apartado 59: “En asuntos precedentes, el Tribunal ha dictaminado que constituían atentados a la libertad de expresión de los periodistas, distintos actos de las autoridades públicas que habían obligado a estos a renunciar a su privilegio de secreto profesional, desvelar información sobre sus fuentes o dar acceso a informaciones periodísticas. Así, en *Goodwin*, el Tribunal consideró que la orden que obligaba a un periodista a desvelar la identidad de una persona que le había suministrado información amparada en el anonimato, y la multa impuesta tras su negativa a acatar la orden, constituían una lesión del derecho a la libertad de expresión del interesado garantizado en el apartado 1 del artículo 10”.

⁴⁸⁵ *Ibíd*em, Apartado 62: “En su Sentencia *Voskuil*, el Tribunal concluyó con la existencia de una vulneración de los derechos derivados, para el demandante, del artículo 10 del Convenio en la medida en que la negativa del periodista a nombrar a la persona que le había proporcionado la información sobre ciertas actuaciones, supuestamente cometidas por agentes de policía en el marco de una investigación penal, condujo al tribunal interno a ordenar su detención con el fin de conminarlo a hablar”.

esta acción no elimina el perjuicio sufrido por el periodista, pues la orden judicial es susceptible de ejecución en cualquier momento.⁴⁸⁶

- 4) Requerir la entrega de material que contenga información susceptible de permitir la identificación de fuentes periodísticas.⁴⁸⁷
- 5) Llevar a cabo registros en el domicilio y el lugar de trabajo de los periodistas con el fin de identificar a los funcionarios que habían proporcionado información confidencial, con independencia de que el resultado de dichas indagaciones pueda ser fructuoso o infructuoso.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ *Ibíd*em, Apartado 63: “Más recientemente, en el asunto *Financial Times Ltd. y otros contra Reino Unido* (...) el Tribunal dictaminó que una orden de divulgación de la identidad de una fuente de información anónima dirigida a cuatro editoras de periódicos y una agencia de prensa, había vulnerado los derechos garantizados por el artículo 10. Estimó que el hecho de que no se atendiese al requerimiento no eliminaba el perjuicio sufrido por los demandantes ya que, si bien era poco probable que tal posibilidad pudiera concretizarse antes de que el Tribunal dictara su Sentencia, la orden era susceptible de ejecución”.

⁴⁸⁷ *Ibíd*em, Apartado 72: “En síntesis, el Tribunal considera que el presente caso versa sobre un requerimiento coercitivo de entrega de material que contenía información susceptible de permitir la identificación de fuentes periodísticas. Este elemento es suficiente para concluir que el requerimiento en cuestión constituye una injerencia en el ejercicio por la sociedad demandante de su libertad a recibir y comunicar informaciones, en el sentido del artículo 10.1 del Convenio”.

⁴⁸⁸ *Ibíd*em, Apartado 61: “En sus Sentencias *Roemen y Schmit* (...), *Ernst y otros contra Bélgica* (...), y *Tillack* (...), el Tribunal estimó que los registros practicados en el domicilio y el lugar de trabajo de los periodistas con el fin de identificar a los funcionarios que habían proporcionado información confidencial a los interesados, conculcaban los derechos resultantes para los periodistas del apartado 1 del artículo 10. En su Sentencia *Roemen y Schmit* (...), el Tribunal subrayó igualmente que el hecho de que los registros no hubieran dado resultado no dejaba a estos sin objeto, a saber la identificación de la fuente de un periodista”.

Este pronunciamiento a favor de reconocer la protección del domicilio y del lugar del trabajo de los periodistas, frente a cualquier entrada y registro que tengan como finalidad de conseguir datos con los que averiguar la fuente, ha sido unánime, a lo largo de la jurisprudencia del TEDH, siendo una de sus últimas Sentencias la siguiente:

STEDH (Sección 5ª) de 18 abril de 2013, por el que se resuelve el caso *Saint-Paul Luxembourg S.A.* contra Luxemburgo. TEDH 2013\45. Apartado 51: “El Tribunal ya ha declarado que los registros realizados en el domicilio y lugar de trabajo de los periodistas con el fin de identificar a los funcionarios que habían entregado a los interesados la información confidencial se consideran violaciones de los derechos de los periodistas resultantes del primer párrafo del artículo 10”

Apartado 52: “El Tribunal estimó también (...) que esta orden constituía un acto más grave que una demanda de revelar la identidad de la fuente porque los investigadores que, con una orden de registro, sorprenden a un periodista en su lugar de trabajo, tienen amplias facultades de investigación ya que, por definición, tienen acceso a toda la documentación recogida por el periodista”.

Por último, deseamos suscribir las conclusiones efectuadas por MORETÓN TOQUERO,⁴⁸⁹ en relación a la jurisprudencia del TEDH:

“Por el momento, podemos afirmar algunos rasgos básicos extraídos de esta jurisprudencia, como son:

- El secreto profesional deriva directamente del artículo 10 del Convenio y entronca directamente con la libertad de expresión (en el sentido amplio que utiliza el CEDH) y, más estrictamente, con la libertad de información. El Tribunal afirma con rotundidad que la protección de las fuentes es una de las condiciones básicas para la libertad de prensa. Como señala el Tribunal, no se trata de un mero privilegio que pueda ser retirado en función de las circunstancias que concurran, sino un verdadero atributo de la libertad de información que queda en manos del periodista.

- El secreto profesional se reconoce en todo el trayecto del ejercicio de la libertad informativa, lo cual comprende la fase previa de búsqueda de información sobre la que se elabora la publicación.

- Esta institución salvaguarda la función de perro guardián o mecanismo de control social de la actuación de los poderes del Estado, función esencial en una sociedad democrática, que le coloca en una posición privilegiada derivada de un indudable interés público, respecto a otros derechos.

- En el ejercicio del secreto profesional se entremezclan el interés público en el ejercicio de la libertad de información con los privados del periodista y de la fuente. No obstante, el beneficio que, indirectamente, tanto el periodista como la fuente pueden recibir, no es el motivo del reconocimiento.

- El secreto profesional se concibe por el Tribunal con una extraordinaria amplitud, de manera que comprende, en primer término, la garantía de no revelación de la identidad de las fuentes ni el material de trabajo utilizado para elaborarla, pero se extiende, también, a la protección de los soportes en los que se recoge la información y, aún más, protege los lugares de trabajo y residencia del periodista.

- El secreto profesional, como garantía, se dispensa frente a cualquier intromisión indebida, con independencia de que, con ocasión de la misma, efectivamente se llegue a acceder o no a la información oculta. De esta forma, para que entre en juego su eficiencia, no se precisa que la identidad de la fuente quede desvelada, y no solo protege frente a actividades directamente encaminadas a descubrirlas, sino que actúa ante la mera posibilidad de que esto ocurra (por ejemplo, protegiendo los soportes y lugares habituales de trabajo del periodista) en lo que podemos considerar un adelantamiento de la barrera de protección.

Esta ampliación de su contenido, superando el concepto clásico defensivo, posibilita el planteamiento de una nueva naturaleza del secreto profesional que cobra autonomía y supera (sin abandonarla) su vertiente objetiva de garantía de la libertad de información, por más que, a la postre, sea esta la que le otorgue sentido. En realidad, el TEDH dice, literalmente, que forma parte de la libertad de información y que es garantía de ella pero, en la práctica, actúa incluso cuando no se esté ejerciendo la libertad de información, por ejemplo, aun cuando no se ha publicado el trabajo periodístico.

- La protección de las fuentes se dispensa, prima facie, con independencia de la licitud o ilicitud de la información divulgada. En este sentido, el Tribunal parte de la separación de conductas del periodista y del informante.

⁴⁸⁹ MORETÓN TOQUERO, ARANCHA, *El secreto profesional de los periodistas. De deber ético a derecho fundamental*, cit., pág. 209-211.

- Desde la óptica del periodista, el punto de partida para la protección del secreto profesional es que se encuentre en el ejercicio de la libertad de información dentro de los límites legales y de la ética profesional, de manera que solo el profesional que acciona su derecho conforme a la ley, puede verse amparado totalmente en su ejercicio (lo que incluye el derecho al secreto profesional) y, en la medida en que su actuación se corresponda con los criterios establecidos por la ética profesional, esta actitud será tomada en cuenta a la hora de ponderar el ejercicio de su secreto profesional con otros derechos con que puede entrar en conflicto, y, eventualmente, ser desplazado.

- La veracidad de la información no es incompatible con el secreto profesional. Cuando se alega el secreto profesional, el requisito de veracidad se dulcifica y se valora en conjunto la actividad del profesional.

- La mala fe del informante debilita la eficacia del secreto profesional que sirve a la libertad de información ejercida en los términos que reconoce la ley. El informante que manipula al periodista quiebra la relación de confianza y el periodista queda relevado de su obligación ética de silenciar la identidad de la fuente.

- La regla general es la protección de la libertad de información y, por ende, de las fuentes del periodista. Esta protección no tiene un carácter absoluto, pero las posibilidades de restricción se ciñen a la concurrencia de una necesidad social imperiosa o un interés público relevante como es la prevención de la criminalidad.

- La referencia al carácter ético de su actuación y a la buena fe del periodista puede ser determinante a la hora de valorar si la limitación de su secreto profesional ha sido tan intensa como para afirmar la violación del artículo 10. En la ponderación previa a la decisión judicial de limitar el secreto profesional, la buena fe en el proceder del periodista tiene un peso importante a pesar de que se ha de efectuar, como dice el Tribunal, una valoración en conjunto.

- En cualquier caso, las medidas limitadoras del secreto profesional deben interpretarse de forma restrictiva y se adoptan atendiendo a criterios de subsidiariedad y proporcionalidad, de manera que la medida se acordará siempre que no sea posible optar por otra menos invasiva para la libertad de expresión y, en cualquier caso, siempre que la limitación guarde proporción con la finalidad que se pretende conseguir.

- Toda limitación del secreto profesional ha de realizarse meditadamente (pues se trata de un derecho protegido por el Convenio) y con las debidas garantías. Entre ellas, destaca la intervención judicial previa cuando la limitación parta del Ejecutivo (Policía) o la Fiscalía.

- El derecho al secreto profesional se ejerce frente a cualquier instancia pública que le requiera la revelación, sea ejecutiva, legislativa o judicial, y exime al periodista de las responsabilidades que se derivan de no cooperar con estas instancias. En cualquier caso, la alegación genérica del secreto profesional para no determinar las fuentes utilizadas no exonera al periodista de probar, por otros medios, que ha actuado con la debida diligencia profesional”.

c) La deontología profesional como elemento nuclear en la protección de la libertad de expresión de los periodistas

Uno de los elementos más importantes para el TEDH, cuando analiza el conflicto de la libertad de expresión del periodista, con cualquier otro bien jurídico

protegido, es la profesionalidad, es decir, si se ha actuado respetando los cánones de deontología exigibles.

El fin de la profesión periodística fundamental es la transmisión de información sobre hechos relevantes. Como ya vimos, la veracidad es el requisito nuclear de la libertad de información. Como reconoce BUSTOS GISBERT,⁴⁹⁰ la veracidad tiene una relación directa con la actitud del profesional hacia la verdad. Quien actúa diligentemente y de buena fe, estará, en principio, amparado por el artículo 10 CEDH; quien actúa publicando falsedades conscientemente o con manifiesto desprecio hacia la verdad o falsedad de la noticia, obviamente no.

En el mismo sentido, LAZCANO BROTONS⁴⁹¹ manifiesta que el TEDH va a centrar su examen en la conducta subjetiva del informador, es decir, en el comportamiento ético y diligente del periodista. Los elementos que tendrá en cuenta el TEDH, a la hora de evaluar si se da esta actitud, serán fundamentalmente los siguientes: haber actuado de buena fe y haber aportado informaciones fiables y precisas⁴⁹², haber

⁴⁹⁰ BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, cit., pág. 481.

⁴⁹¹ LAZCANO BROTONS, ÍÑIGO, “Artículo 10. Libertad de expresión”, cit., pág. 486: “El art. 10 protege el derecho de los periodistas a comunicar informaciones sobre cuestiones de interés general desde el momento en que las expresan de “buena fe”, basándose en hechos exactos, proporcionando informaciones “fiables y precisas” en el respeto de la ética periodística. Esto supone un cambio de tendencia en la última jurisprudencia del TEDH. Más que analizar el contenido de lo publicado y sus circunstancias (el interés público, su adecuación a la realidad, etc.) el examen se va a centrar en la conducta subjetiva del informador: cómo ha obtenido la información, si la ha contrastado (y, en su caso, cómo), si se basa en informaciones oficiales, cómo la ha publicado (contextualizándola o no, con qué grado de relevancia informativa), si ha difundido a la ligera rumores o cartas anónimas que no han sido objeto de comprobación en cuanto a su contenido, si ha actuado de buena fe, etc. En suma, si ha cumplido con los deberes deontológicos de la profesión, en términos de diligencia”.

⁴⁹² STEDH de de 21 enero de 1999, por la que se resuelve el caso *Fressoz y Roire* contra Francia. TEDH 1999\3. Apartado 54: “Si, como admite el Gobierno, las informaciones sobre la cuantía de los ingresos anuales del señor Calvet eran verdaderas y su divulgación autorizada, la condena de los demandantes simplemente por haber publicado el soporte, esto es, la liquidación del impuesto, no podría estar justificada con respecto al artículo 10. Este artículo, en esencia, deja a los periodistas el decidir si es necesario o no reproducir el soporte de sus informaciones para establecer su credibilidad. Protege el derecho de los periodistas a comunicar sus informaciones sobre cuestiones de interés general cuando se expresan de buena fe, sobre la base de hechos ciertos y aportan informaciones «fiables y precisas» en el respeto a la ética periodística.”

Apartado 55: “En el presente caso, el Tribunal constata que no se discuten ni la materialidad de los hechos relatados ni la buena fe de los señores *Fressoz y Roire*. El segundo, que verificó la autenticidad

contrastado la noticia (y el modo en que se ha hecho) habiendo dado la oportunidad a la persona sobre la que versa la noticia a dar su versión de los hechos,⁴⁹³ haberse basado en fuentes fiables, como informes oficiales (escritos u orales) y no en simples rumores o escritos anónimos⁴⁹⁴, y el modo en que se transmita la noticia (evitando que pueda inducir a engaño al lector o conlleve una acusación implícita).⁴⁹⁵

de las liquidaciones del impuesto, actuó dentro del respeto a las normas de la profesión periodística. El extracto de cada documento tendía a corroborar los términos del artículo en cuestión. La publicación servía así no solamente al objeto sino también a la credibilidad de las informaciones comunicadas”.

STEDH de 20 mayo de 1999, por la que se resuelve el caso *Bladet Tromso y Stensaas* contra Noruega. TEDH 1999\22. Apartado 65: “*El artículo 10 del Convenio no garantiza, sin embargo, una libertad de expresión sin ninguna restricción incluso cuando se trata de dar cuenta en la prensa de cuestiones serias de interés general. El apartado 2 de este artículo precisa que el ejercicio de esta libertad supone «deberes y responsabilidades», que son válidos también para la prensa. Estos «deberes y responsabilidades» pueden ser importantes cuando, como en el presente caso, se corre el riesgo de atentar contra la reputación de particulares y de poner en peligro los «derechos de terceros». (...) Dados los «deberes y responsabilidades» inherentes al ejercicio de la libertad de expresión, la garantía que el artículo 10 ofrece a los periodistas en lo que concierne a los informes sobre cuestiones de interés general, está subordinada a la condición de que los interesados actúen de buena fe de manera que suministren informaciones exactas y dignas de crédito en el respeto a la deontología periodística”*

⁴⁹³ STEDH de 26 abril de 1995, por la que se resuelve el caso *Prager y Oberschlick* contra Austria. TEDH 1995\12

Apartado 37: En opinión del Tribunal, el señor Prager tampoco podría invocar su buena fe ni el respeto de las reglas de la ética periodística. Las investigaciones llevadas a cabo por él no parecen en efecto suficientes para apoyar alegaciones tan graves. Basta a este respecto señalar que según el mismo demandante ha confesado, no asistió a ninguna audiencia penal presidida por el Juez J; además, no dio a este magistrado ninguna ocasión de expresarse con respecto a los reproches que le hacía”.

⁴⁹⁴ STEDH de 20 mayo de 1999, por la que se resuelve el caso *Bladet Tromso y Stensaas* contra Noruega. TEDH 1999\22. Apartado 68: “*En cuanto a la segunda cuestión -la credibilidad del informe Lindberg- ha lugar a señalar que el señor Lindberg había elaborado dicho informe en su condición oficial de inspector encargado por el Ministerio de Pesca de vigilar a la tripulación del Harmoni durante la caza de focas en la temporada 1988 (...). Para el Tribunal, cuando la prensa contribuye al debate público de cuestiones que suscitan una preocupación legítima, debe en principio poder apoyarse en informes oficiales sin tener que emprender investigaciones independientes. Si no, la prensa estaría menos en condiciones de jugar su papel indispensable como «perro guardián»”*

STEDH (Sección 2ª) de 25 junio de 2002, por la que se resuelve el caso *Colombani* contra Francia. TEDH 2002\37. Apartado 65: “*En opinión del Tribunal, cuando la prensa contribuye al debate público sobre cuestiones que suscitan una preocupación legítima, debe en principio poder basarse en informes oficiales sin tener que llevar a cabo investigaciones independientes. Si no la prensa no estaría en condiciones de jugar el papel indispensable de «perro guardián» (...). De esta forma, el Tribunal considera que Le Monde podía razonablemente basarse en el informe del OGD (Observatorio Geopolítico de las Drogas) sin verificar la exactitud de los hechos en él consignados. No percibe ningún motivo para dudar de que los demandantes actuaran de buena fe a ese respecto y considera por tanto que los motivos invocados por los tribunales internos no son convincentes”*

STEDH (Sección 2ª) de fecha 5 de junio de 2007, por la que se resuelve el caso de *Gorelishvili* contra Georgia, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>. Apartado 41: “*Whilst the applicant could not be said to have either knowingly distorted or recklessly disregarded the publicly available information about the origin of the parliamentarian's assets, the Court finds that she, as a journalist, was entitled, when*

contributing to the public debate on a matter of legitimate concern, to rely on the contents of the property declaration - an official document - without having to undertake independent research. To hold otherwise would undermine the vital role of public-watchdog which the press fulfils in a democratic society”

Traducción: Apartado 41: En tanto que no podría decirse que la demandante había distorsionado a sabiendas o despreciado temerariamente la información pública disponible sobre el origen de los bienes del parlamentario, la Corte considera que, como periodista, tenía derecho a confiar en el contenido de la declaración jurada de patrimonio - un documento oficial -, sin tener que realizar una investigación independiente, al contribuir al debate público sobre una cuestión de interés legítimo. Sostener lo contrario socavaría el papel vital de perro guardián público que la prensa cumple en una sociedad democrática.

STEDH (Sección 4ª) de 29 julio de 2008, por la que se resuelve el caso *Flux* contra Moldavia (nº 6). JUR 2008\237462. Apartado 29: *“It notes that despite the seriousness of the accusations made against the principal contained in the anonymous letter published on 4 February 2003, the journalist made no attempt to contact him and ask his opinion on the matter. Nor does it appear from the text of the article that the journalist conducted any form of investigation into the matters mentioned in the anonymous letter”*

Traducción: Apartado 29: Se observa que, a pesar de la gravedad de las acusaciones formuladas contra el director, contenidas en la carta anónima publicada el 4 de febrero de 2003, el periodista no hizo ningún intento de contactar con él y pedirle su opinión al respecto. Tampoco parece, del texto del artículo, que el periodista realizara ningún tipo de investigación sobre los asuntos mencionados en la carta anónima.

STEDH (Sección 4ª) de 2 octubre de 2012, que resuelve el caso *Yordanova y Toshev* contra Bulgaria. JUR 2012\319736. Apartado 51: *“It has in the past held that the press should normally be entitled to rely on the content of official reports without having to undertake independent research (...) It later expanded the scope of application of that principle, saying that journalists must be free to report on events based on information gathered from official sources without further verification (...) More recently, it applied that approach to information given orally by a public prosecutor in charge of the prosecuting authorities’ relations with the press”*

Traducción: Apartado 51: En el pasado, se ha sostenido que la prensa normalmente debía tener derecho a confiar en el contenido de los informes oficiales, sin tener que realizar una investigación independiente (...). Más tarde, se amplió el ámbito de aplicación de este principio, diciendo que los periodistas debían tener la libertad de informar sobre eventos, basándose en la información obtenida de fuentes oficiales sin necesidad de una mayor verificación (...) Más recientemente, se aplica ese enfoque a la información facilitada oralmente por el fiscal encargado de las relaciones con la prensa.

STEDH (Sección 1ª) de 30 mayo 2013, por la que se resuelve el caso *OOO Vesti y Ukhov* contra Rusia. JUR 2013\165520. Apartado 65: *“The Court notes that the applicants never endeavoured to establish a sufficiently accurate and reliable factual basis for their allegation that Mr P. had lovers and might spend public funds on them. Although the second applicant claimed that he had obtained that information from some, unnamed, businessmen he knew (...), he never attempted to verify the rumours. The Court reiterates in this connection that even public figures may legitimately expect to be protected against the propagation of unfounded rumours relating to their private life (...). Given that the applicants were unable to adduce sufficient evidence in support of their allegations, the Court considers that they disseminated unverified information about Mr P.’s alleged involvement in extramarital affairs and a gratuitous accusation of misappropriation of public funds. The Court sees no reason to disagree with the domestic courts’ assessment that the contested statement was of such a nature and gravity as to be capable of causing considerable harm to the reputation of Mr P. It therefore finds the statements about Mr P.’s private life and his alleged mismanagement of public funds frivolous and unfounded. The applicants must be therefore taken to have gone beyond the limits of responsible journalism”*

Traducción: El Tribunal observa que los demandantes nunca se esforzaron por establecer una base fáctica suficientemente precisa y fiable que justificase su afirmación de que el Sr. P. tenía amantes y podía gastar fondos públicos en ellas. Aunque el segundo demandante alegó que había obtenido esa información de algunos empresarios, sin citarlos, que él conocía (...), nunca intentó verificar los rumores. El Tribunal recuerda, a este respecto, que incluso figuras públicas pueden esperar legítimamente ser protegidos contra la propagación de rumores infundados relacionados con su vida privada (...) Dado que las demandantes

no pudieron aportar pruebas suficientes en apoyo de sus alegaciones, el Tribunal ha considerado que difundieron información no verificada sobre la presunta implicación del Sr. P. en relaciones extramaritales, así como que vertieron una acusación gratuita de malversación de caudales públicos. El Tribunal no ve ninguna razón para estar en desacuerdo con la evaluación de los tribunales internos sobre que las afirmaciones efectuadas eran de tal naturaleza y gravedad como para ser capaces de causar un daño considerable en la reputación del Sr. P. Por lo tanto, encuentra frívolas e infundadas las declaraciones sobre la vida privada del Sr. P. y su supuesta mala gestión de los fondos públicos. Se debe entender que los demandantes han ido más allá de los límites del periodismo responsable.

STEDH (Sección 3ª) de 14 enero de 2014, por la que se resuelve el caso *Lavric* contra Rumanía. JUR 2014\11188. Apartado 46: *“The Court notes that the present case should be distinguished from the case of Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway ([GC], no. 21980/93, ECHR 1999 III). That case concerned the publication in a local newspaper of allegations taken directly from a report prepared in an official capacity by a government inspector. The Court decided to err on the side of protecting the right to freedom of expression, considering that journalists could reasonably rely on an official report without being required to carry out their own research into the accuracy of the facts stated therein”.*

Apartado 47: *“In the instant case, according to the findings of the court of last resort and the Government's submissions, in the two impugned articles the journalist had simply reproduced the allegations made by a private person in administrative complaints lodged against the applicant. Based on a careful examination of the two articles the Court considers that the journalist did not dissociate himself from the position expressed by A.B. in her complaints and did not make clear that his articles represented only a reproduction of A.B.'s allegations. The journalist reproduced the contents of the complaints lodged by A.B. and presented them as the objective truth, instead of they were – the statements of a party. Furthermore, the journalist did not check the accuracy of those seemingly partial statements and did not offer the applicant the opportunity to respond to the accusations against her”.*

Apartado 48: *“In conclusion, the Court considers that in the present case the journalist failed to prove that he had written the articles with the professional care required of journalists”.*

Traducción: Apartado 46: La Corte observa que el presente caso debe distinguirse del caso de *Bladet Tromsø y Stensaas v. Noruega* (...) Ese caso se refería a la publicación, en un periódico local, de alegaciones tomadas directamente de un informe elaborado, de manera oficial, por un inspector del Gobierno. El Tribunal decidió fallar a favor de la protección del derecho a la libertad de expresión, teniendo en cuenta que los periodistas podían confiar razonablemente en un informe oficial, sin necesidad de llevar a cabo su propia investigación sobre la veracidad de los hechos que en él aparecen.

Apartado 47: En el presente caso, de acuerdo con las conclusiones del tribunal de última instancia y las alegaciones del Gobierno, en los dos artículos impugnados el periodista había simplemente reproducido las alegaciones efectuadas por una persona privada, en unas quejas administrativas presentadas contra la demandante. Sobre la base de un examen cuidadoso de los dos artículos, el Tribunal considera que el periodista no se desvinculó de la posición expresada por AB en sus quejas y no deja claro que sus artículos representaban solo una reproducción de las alegaciones del AB. El periodista reprodujo el contenido de las denuncias presentadas por AB y las presenta como la verdad objetiva, en lugar de lo que eran, declaraciones de una de las partes. Por otra parte, el periodista no verificó la exactitud de esas declaraciones aparentemente parciales y no ofreció a la demandante la oportunidad de responder a las acusaciones en su contra.

Apartado 48: En conclusión, la Corte considera que en el presente caso, el periodista no pudo probar que había escrito los artículos con el cuidado profesional requerido a los periodistas.

⁴⁹⁵ STEDH (Gran Sala) de 17 diciembre de 2004, por la que se resuelve el caso *Cumpana y Mazare* contra Rumanía. TEDH 2004\101. Apartado 100: *“En este caso, las palabras de los demandantes respecto a la señora R.M. estaban formuladas principalmente en forma de alternativa –«o bien firmó el contrato ignorando la legislación (...), o bien fue sobornada»– lo que podía hacer pensar que se trataba de un juicio de valor. Sin embargo, cuando se examina las afirmaciones en litigio a la luz del artículo en su conjunto, incluida la caricatura que lo acompañaba, hay que constatar que en realidad encerraban unas imputaciones de facto precisas respecto a la señora R.M., a saber que era cómplice de la conclusión de unos contratos ilegales y que había sido sobornada. Las palabras de los demandantes daban la*

Deseamos citar, por ser muy cercana en el tiempo, y resumir los elementos de un periodismo responsable, la STEDH por la que se resuelve el caso *Novaya Gazeta y Borodyanskiy* contra Rusia, de fecha 28 marzo de 2013:

*“A este respecto, el Tribunal recuerda que el artículo 10 no garantiza una libertad de expresión totalmente irrestricta a la prensa, incluso con respecto a la cobertura de asuntos de gran preocupación pública. Dado que disfrutaban de la protección conferida por la Convención, los periodistas deben, en el ejercicio de sus funciones, respetar los principios del periodismo responsable, es decir, a actuar de buena fe, proporcionar información precisa y fiable, reflejar objetivamente las opiniones de los que participan en el debate público, y abstenerse del sensacionalismo”.*⁴⁹⁶

Podemos concluir, por tanto, señalando que el respeto a la deontología, el proceder ético, es el elemento nuclear a la hora de determinar si el ejercicio de la libertad de expresión ha respetado los deberes y responsabilidades inherentes al ejercicio periodístico.⁴⁹⁷

d) La responsabilidad de los medios de comunicación por expresiones vertidas por terceros. La doctrina del reportaje neutral

impresión a los lectores de que la señora R.M. había tenido una conducta deshonesto e interesada, y daban a entender que la «estafa» de la que se les acusaba a ella y al antiguo teniente alcalde y los sobornos que habrían cobrado constituían unos hechos probados que no se prestaban a controversia”.

STEDH (Sección 2ª) de 31 enero de 2006, por la que se resuelve el caso *Stăngu y Scutelnicu* contra Rumanía. TEDH 2006\9. Apartado 50: *“Ciertamente, las palabras de los demandantes estaban formuladas principalmente en forma interrogativa, lo que podía hacer pensar que no se trataba sino de sospechas de corrupción respecto a P. S. Sin embargo, cuando se examina las afirmaciones en litigio a la luz del artículo en su conjunto, se desprende que encerraban unas imputaciones de facto y que los demandantes tenían la intención de transmitir a la opinión pública un mensaje poco equívoco (...), a saber que P. S. había aparentemente tratado numerosos expedientes en connivencia con su esposa y que ahora se proponía a invertir una importante suma de dinero en un banco privado”.*

STEDH (Sección 5ª) de 2 febrero de 2012, por la que se resuelve el caso *Ruzovy Panter O.S.* contra República Checa. TEDH 2012\9. Apartado 32: *“En este sentido, el Tribunal reconocía que una distorsión de la realidad, realizada de mala fe, a veces puede traspasar los límites de la crítica aceptable: una afirmación verídica puede verse acompañada de comentarios suplementarios, juicios de valor, suposiciones, en insinuaciones susceptibles de crear una imagen errónea a ojos del público”.*

⁴⁹⁶ Apartado 37 de la STEDH (Sección 1ª) de 28 marzo de 2013, por la que se resuelve el caso *Novaya Gazeta and Borodyanskiy* contra Rusia. JUR 2013\104160.

⁴⁹⁷ STEDH (Sección 5ª) de 12 abril de 2012, por la que se resuelve el caso *Martin* y otros contra Francia. JUR 2012\130077. Apartado 64: *“En un mundo en el que el individuo se enfrenta a un enorme flujo de información, circulando por los medios tradicionales o electrónicos, con la participación de un número creciente de autores, el control del respeto de la ética periodística es de mayor importancia”.*

Uno de los problemas más habituales que se suele dar con los medios de comunicación es la publicación de las opiniones de terceros. Estas opiniones pueden darse de varias formas: A través de una entrevista, en la cual el medio se limita a reproducir las respuestas del entrevistado; a través de una rueda de prensa, en la que se recoge lo manifestado por un tercero; o por medio de las publicaciones de artículos de opinión de terceros. Además, hoy en día, con Internet, también pueden aparecer opiniones, en forma de post, en las diferentes páginas web.

Para evitar una extensión de la responsabilidad por el contenido de la noticia hacia el periodista o el medio que la publica, como indica BUSTOS GISBERT, se formuló la doctrina del reportaje neutral. Como afirma este autor, el objetivo del reportaje neutral es:

*“reconocer la inexistencia de responsabilidad alguna de los medios o periodistas cuando en el seno de sus creaciones comunicativas se realizan afirmaciones difamantes (siempre que nos constituyan alguna forma de discurso del odio), siempre y cuando el medio o el periodista no se identifique ni defienda tales afirmaciones y que la estructura de la información asegure la presencia de una pluralidad de opiniones suficiente en contra. De este modo, si de la actuación del medio se deriva un apoyo o identificación con las tesis expuestas en la forma en que se presenta la noticia o en la importancia relativa podrá ser considerado responsable también de los contenidos difamatorios”.*⁴⁹⁸

Atribuir la responsabilidad de lo dicho por terceros al titular o al editor del medio es una de las cuestiones más complejas a las que nos podemos enfrentar. Así pues, aunque, en principio, cada cual es responsable de sus propias manifestaciones, la jurisprudencia del TEDH⁴⁹⁹ sí que ha entendido que, en determinados supuestos, se deberá responsabilizar al editor del medio cuando dichas opiniones entran en claro conflicto con derechos de terceros.

⁴⁹⁸ BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, cit., pág. 486.

⁴⁹⁹ STEDH de 28 septiembre de 1999, por la que se resuelve el caso *Öztürk* contra Turquía. TEDH 1999\40. Apartado 49: “Es cierto que un editor no está forzosamente asociado a las opiniones expresadas en la obra que publica. Sin embargo, ofreciendo un soporte a los autores, participa en el ejercicio de la libertad de expresión de la misma manera en la que comparte indirectamente los «deberes y responsabilidades» que los autores asumen en el momento de la difusión de sus opiniones ante el público”

Así pues, partiremos de una primera regla básica. Aquel editor que publique cualquier manifestación de un tercero que pueda ser encuadrable en el discurso de odio (*hate speech*), o incitación o apoyo a la violencia, puede ser declarado corresponsable⁵⁰⁰ del mismo, por haberle dado cobertura mediática.

En el supuesto concreto de la entrevista, el TEDH entiende que el editor no puede ser responsable de lo manifestado por el entrevistado⁵⁰¹, siempre y cuando quede claro que el programa en el que se realiza la entrevista no sirve como justificación para propagar el discurso del odio⁵⁰².

⁵⁰⁰ STEDH de 8 julio de 1999, que resuelve el caso *Sürek* contra Turquía. TEDH 1999\28. Apartado 63: “*Aunque es cierto que el demandante no se adhirió personalmente a las opiniones expresadas en las cartas, no es menos cierto que proporcionó a sus autores un soporte para atizar la violencia y el odio. El Tribunal no suscribe el argumento del interesado según el cual debería ser exonerado de toda responsabilidad penal por el contenido de las cartas por el hecho de que solamente tenía una relación comercial y no editorial con la revista. Era el propietario de la revista y por ello tenía el poder de imprimirle una línea editorial. Compartía, por lo tanto, indirectamente los «deberes y responsabilidades» que asumen los redactores y los periodistas en el momento de la recogida y de la difusión de informaciones del público, papel que reviste una mayor importancia en situación de conflicto y de tensión*”.

⁵⁰¹ STEDH de 23 septiembre 1994, por la que se resuelve el caso *Jersild* contra Dinamarca. TEDH 1994\36. Apartado 35: “*Los reportajes de actualidades basados en entrevistas, remodelados o no, representan uno de los medios más importantes sin los que la prensa no podría jugar su papel indispensable de «perro guardián» público (...). Sancionar a un periodista por haber ayudado a la difusión de declaraciones que emanan de un tercero en una entrevista obstaculizaría de manera grave la contribución de la prensa a las discusiones de problemas de interés general y no podría concebirse sin razones particularmente serias*”.

⁵⁰² *Ibidem*, Apartado 33: “*Por otro lado, en cuanto al contenido del reportaje sobre los cazadoras verdes, conviene señalar que el presentador de televisión comenzó su introducción refiriéndose a los recientes debates públicos y comentarios de la prensa sobre el racismo en Dinamarca, invitando al espectador a ver la emisión desde esta perspectiva. Continuó anunciando que el programa intentaba abordar algunos aspectos del problema, identificando a algunas personas racistas y describiendo su mentalidad y su medio social. Nada permite dudar que las entrevistas que siguieron alcanzaron ese objetivo. Tomado en su conjunto, el reportaje no podía objetivamente parecer tener como finalidad la propagación de ideas y opiniones racistas. Buscaba, por el contrario— por medio de una entrevista— exponer, analizar y explicar a ese grupo concreto de jóvenes, limitados y frustrados por su situación social, con antecedentes penales y actitudes de violencia, tratando así aspectos específicos de una cuestión que preocupaba ya entonces vivamente al público.*

El Tribunal Supremo consideró que la emisión no tenía un valor de actualidad o de información capaz de justificar la difusión de las declaraciones insultantes (apartado 18 supra). Sin embargo, teniendo en cuenta los principios enunciados en el apartado 31 supra, el Tribunal no observa ningún motivo para poner en duda la apreciación que el equipo del magazine de actualidades dominical había dado de la calidad de la actualidad o de la información del reportaje litigioso, apreciación que le había llevado a realizarlo y a difundirlo.

En cuanto a las citas que se hagan de lo dicho por terceros, el TEDH reconoce como elementos a favor de esa irresponsabilidad del medio por lo publicado, que la cita se indique de manera expresa, que se haga de manera entrecomillada.⁵⁰³

Por último, y dada cuenta la importancia que tiene hoy en día Internet, merece ser destacada la reciente STEDH por la que se resuelve el caso *Delfi As* contra Estonia, de 10 octubre 2013⁵⁰⁴.

Apartado 34: “Además, no hay que olvidar que el tema fue proyectado en el marco de una emisión de actualidades danesas seria y estaba destinado a un público bien informado (...)

El argumento, invocado también por los tribunales nacionales (...), de que el tema de los cazadoras verdes fue presentado sin ningún intento de contrapesar las ideas extremistas expresadas, no convence al Tribunal. Tanto la introducción del presentador de televisión como el comportamiento del demandante a lo largo de las entrevistas, desmarcan claramente a este de las personas interrogadas, ya que les describía como miembros de «un grupo de jóvenes extremistas» partidarios del Ku Klux Klan y mencionaba los antecedentes penales de algunos de ellos. El interesado rechazó también algunas de las expresiones racistas recordando, por ejemplo, que hay negros en puestos importantes. No hay que perder de vista, para terminar que, tomado en conjunto, el retrato filmado transmitía con seguridad el mensaje de que las expresiones racistas provenían de una actitud generalmente antisocial de los cazadoras verdes.

Ciertamente, el reportaje no recordaba explícitamente que la incitación al odio racial y que la idea de una raza superior son inmorales, peligrosas e ilegales. Sin embargo, a la vista de los elementos de contradicción mencionados más arriba y del hecho de que su exposición se ve por la fuerza de las cosas limitado a un breve reportaje difundido en el transcurso de una emisión más larga, así como de la libertad de apreciación del periodista en cuanto a la forma, el Tribunal no considera la ausencia de tal advertencia pertinente”.

⁵⁰³ STEDH (Sección 2ª) de 29 marzo 2001, por la que se resuelve el caso *Thoma* contra Luxemburgo TEDH 2001\240. Apartado 64: “En este caso, el informe de la emisión muestra que, de todos modos, el demandante tomó en cada momento la precaución de mencionar que iniciaba una cita y de citar a su autor. Además utilizó el calificativo de «provocador» para comentar el conjunto del artículo de su colega. Por otro lado, interrogó a un tercero, propietario de bienes forestales, sobre su opinión de si lo que había escrito *Josy Braun* era cierto”.

STEDH (Sección 3ª) de 14 febrero de 2008 que resuelve el caso *July y Sarl Liberation* contra Francia. JUR 2008\44091. Apartado 73: “En efecto, considera que el artículo en litigio es una información de la rueda de prensa celebrada el 13 de marzo de 2000 en un asunto que ya tenía una repercusión mediática y que era conocido por el gran público. En lo que respecta a las medidas de precaución adoptadas, el Tribunal constata que el artículo emplea a propósito el condicional, y usa comillas en varias ocasiones al objeto de evitar toda confusión en el público entre los autores de las palabras pronunciadas y el análisis del periódico, citando cada vez los nombres de los participantes en honor de los lectores, de forma que no se puede sostener, como hace el Tribunal de apelación, que ciertos pasajes puedan ser imputables a la periodista, y en consecuencia, a los demandantes. Además, el artículo no muestra animadversión personal respecto a los citados magistrados, como reconoció el Tribunal de instancia”.

⁵⁰⁴ STEDH (Sección 1ª) de 10 octubre de 2013, por la que se resuelve el caso *Delfi As* contra Estonia. TEDH 2013\85. Sobre esta Sentencia, resulta imprescindible la lectura, una vez más, de DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, “Responsabilidad de un portal de internet por los comentarios injuriosos escritos por los lectores de las noticias en él publicadas: comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo

En la misma, se condena como responsable, a una empresa propietaria de un portal de noticias de Internet, por los comentarios anónimos que hacen terceros a las noticias publicadas⁵⁰⁵. Para el TEDH, como fue decisión de la empresa demandante permitir comentarios de usuarios no registrados, por ello debe asumir la responsabilidad por estos comentarios. Todo ello, a pesar de tener un doble sistema de filtrado de comentarios⁵⁰⁶. También se les advertía a quienes dejasen los comentarios que ellos serían los únicos responsables de su contenido⁵⁰⁷. Sin embargo, todo lo anterior devino

de Derechos Humanos (Sección Primera), de 10 de octubre de 2013, caso Delfi contra Estonia”, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, nº 34, 2014, pág. 279 a 291.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, Apartado 7: “La empresa demandante es la propietaria de Delfi, un portal de noticias de Internet que publica más de 330 nuevos artículos al día. Delfi es uno de los mayores portales de noticias en Internet en Estonia. Publica noticias en Estonia, en estonio y en ruso y asimismo opera en Letonia y Lituania”.

Apartado 8: “En la época en cuestión, al final del cuerpo de los nuevos artículos figuraban las palabras “añada su comentario” y una zona para comentarios, el nombre del que realizaba el comentario y su correo electrónico (opcional). Debajo de esos campos estaban los botones “publicar comentarios” y “leer comentarios”. La parte de leer los comentarios dejados por otros estaba en una zona separada a la que se tenía acceso clicando en el botón de “leer comentarios”. Los comentarios se subían automáticamente y como tal no eran editados o moderados por la empresa demandante. Los artículos recibían diariamente alrededor de 10.000 comentarios de lectores, la mayoría escritos con pseudónimo”.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, Apartado 9: “No obstante, existía un sistema de notificar y retirar al momento: cualquier lector podía marcar un comentario como leim (una palabra estonia para mensajes insultantes o burlones o mensajes de incitación al odio en Internet) y el comentario se retiraba rápidamente. Asimismo, existía un sistema de eliminación automática de mensajes conteniendo ciertos derivados de palabras obscenas. Además, una víctima de un comentario difamatorio podía informar directamente a la empresa demandante, en cuyo caso el comentario era inmediatamente retirado”.

Apartado 10: “La empresa demandante realizó esfuerzos para advertir a los usuarios que los comentarios no eran su opinión y que los autores de los comentarios eran responsables de su contenido. En el sitio de Internet de Delfi existía un “reglamento de comentarios” que incluía lo siguiente:

“El panel de mensajes de Delfi es un medio técnico, que permite a los usuarios publicar comentarios. Delfi no edita los comentarios. El autor de un comentario es responsable de su comentario. Es importante destacar que ha habido casos en los tribunales estonios donde los autores han sido condenados por el contenido de un comentario...”

Delfi prohíbe comentar el contenido de aquello que no cumpla con las buenas prácticas.

Esto es, comentarios que:

- contengan amenazas;
- contengan insultos;
- inciten a la hostilidad y la violencia;
- inciten a actividades ilegales...
- contengan expresiones obscenas y vulgares...

Delfi tiene el derecho de eliminar dichos comentarios y restringir el acceso de los autores a los comentarios escritos...”

Asimismo, en el texto se explicaba el funcionamiento del sistema de notificar y retirar.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, Apartado 10: “La empresa demandante realizó esfuerzos para advertir a los usuarios que los comentarios no eran su opinión y que los autores de los comentarios eran responsables de su contenido. En el sitio de Internet de Delfi existía un “reglamento de comentarios” que incluía lo siguiente:

en ineficaz⁵⁰⁸. Por tanto, de conformidad con la doctrina del TEDH, cualquier medio digital que permita hacer comentarios anónimos a terceros en su página web, será corresponsable de las manifestaciones allí vertidas⁵⁰⁹.

“El panel de mensajes de Delfi es un medio técnico, que permite a los usuarios publicar comentarios. Delfi no edita los comentarios. El autor de un comentario es responsable de su comentario. Es importante destacar que ha habido casos en los tribunales estonios donde los autores han sido condenados por el contenido de un comentario...”

Delfi prohíbe comentar el contenido de aquello que no cumpla con las buenas prácticas.

Esto es, comentarios que:

- contengan amenazas;
- contengan insultos;
- inciten a la hostilidad y la violencia;
- inciten a actividades ilegales...
- contengan expresiones obscenas y vulgares...

Delfi tiene el derecho de eliminar dichos comentarios y restringir el acceso de los autores a los comentarios escritos...”

Asimismo, en el texto se explicaba el funcionamiento del sistema de notificar y retirar”.

⁵⁰⁸ *Ibídem, Apartado 87: “En cuanto a las medidas aplicadas por la empresa demandante, el Tribunal señala que, además de la exención de responsabilidad al afirmar que los autores de los comentarios y no la empresa demandante- eran responsables de ellos, y que estaba prohibido publicar comentarios contrarios a la buena práctica o que contuvieran amenazas, insultos, expresiones obscenas o vulgaridades, la empresa demandante tenía dos mecanismos generales de actuación. En primer lugar, tenía un sistema automático de supresión de comentarios basados en las raíces de ciertos términos vulgares. En segundo lugar, tenía un sistema de aviso y retirada in situ, según el cual cualquiera podía notificar un comentario inadecuado simplemente pulsando un botón designado a tal efecto, para llamar la atención de los administradores del portal. Además, en algunas ocasiones los administradores del portal eliminaban comentarios inadecuados por iniciativa propia. Por lo tanto, el Tribunal considera que no puede decirse que la empresa demandante haya descuidado enteramente su deber de evitar causar daño a la reputación de terceras personas. Sin embargo, parecería que el filtro automático de la empresa demandante basado en la palabra utilizada era relativamente fácil de eludir. Aunque podía haber evitado algunos de los insultos o amenazas, no pudo hacerlo con respecto a un buen número de otros. Así, mientras no hay motivo para dudar de su utilidad, este Tribunal considera que el filtro basado en la palabra como tal era insuficiente para prevenir daños a terceras personas”.*

Apartado 88: “El Tribunal ha considerado también el sistema de aviso y retirada utilizado por la empresa demandante. En efecto, la cuestión de si mediante la aplicación de este sistema la empresa demandante había cumplido con su deber de diligencia fue uno de los principales puntos de desacuerdo entre las partes en el presente caso. En primer lugar, el Tribunal señala que la solución técnica del sistema de aviso y retirada del portal de Delfi era fácilmente accesible y conveniente para los usuarios - no era necesario tomar otras medidas que no fuera hacer clic en un botón provisto para ese propósito. No era necesario formular razones sobre por qué un comentario era considerado inadecuado o enviar una carta a la empresa demandante con la solicitud pertinente. Aunque en el presente caso la persona interesada no utilizó la función de aviso y retirada ofrecido por la empresa demandante en su página web, sino que presentó su reclamación por escrito y la envió por correo, esta fue su propia elección, y en cualquier caso no se discute que los comentarios difamatorios fueron retirados por la empresa demandante sin demora después del recibo de la notificación. Sin embargo, en ese momento los comentarios ya habían sido accesibles al público durante seis semanas”.

Tiene esta Sentencia un punto bastante controvertido, y que se deduce de su propia “*ratio decidendi*”. En tanto que el TEDH entiende que el derecho a la protección de la reputación debe quedar amparado, no justificándose su violación en comentarios anónimos, llega a establecer una responsabilidad objetiva del medio de comunicación, para afrontar posibles indemnizaciones, por estar en una mejor situación económica que el posible difamador,⁵¹⁰ y por la dificultad que supondría para un particular controlar la totalidad de lo que sobre él se pueda decir en Internet.⁵¹¹

B) Los representantes políticos

Junto a los profesionales de la información, los representantes políticos son los otros titulares privilegiados del derecho a la libertad de expresión.

Recordemos que, desde sus inicios, la libertad de expresión (y la libertad de prensa, como manifestación de la misma) estuvo ligada al nacimiento de las democracias liberales, y al libre mercado de las ideas propio del pluralismo político característico del sistema democrático.

Ello justifica que la libertad de expresión haya sido considerada por el TEDH particularmente preciosa para un representante electo, pues él es quien se va a encargar de la gestión de los asuntos públicos, como representante de la ciudadanía.⁵¹² Ello

⁵⁰⁹ Ibídem, Apartado 91: “*Señala que fue decisión de la empresa demandante permitir comentarios de usuarios no registrados, y que por ello debe considerarse que ha asumido cierta responsabilidad por estos comentarios*”.

⁵¹⁰ Ibídem, Apartado 92: “*Modificar el riesgo de la persona difamada para obtener una indemnización por parte de la empresa de comunicación, normalmente en una mejor situación económica que el difamador, en los procedimientos de difamación, no supone una injerencia desproporcionada con el derecho a la libertad de expresión de la empresa de comunicación*”

⁵¹¹ Ibídem, Apartado 92: “*La facilidad de difusión de información en Internet y la cantidad de información ahí, significa que es una tarea difícil la de detectar declaraciones difamatorias y eliminarlas. Esto es así para un operador de un portal de noticias en Internet, como en el presente caso, pero esto es una tarea todavía más complicada para una persona potencialmente perjudicada, que sería menos probable que poseyera los recursos para el continuo control de Internet.(...)*”

⁵¹² STEDH de 23 abril 1992 por la que se resuelve el caso *Castells* contra España. TEDH 1992\1

Apartado 42: “*El Tribunal recuerda que la libertad de expresión, consagrada en el apartado 1 del artículo 10, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso. A reserva del apartado 2, esta vale no solamente para las*

justificará que, en caso de colisión con otro derecho (en concreto, con el honor), a la libertad de expresión se le reconocerá una posición prevalente (que no jerárquicamente superior) frente a aquel. De hecho, desde tiempos inveterados, se reconoce un estatus privilegiado al político, cual es la inviolabilidad parlamentaria, que merece un estudio jurisprudencial particularizado.

a) La inviolabilidad parlamentaria como garantía de su libertad de expresión

Como ya hemos comprobado previamente, la institución de la inviolabilidad parlamentaria es ínsita al parlamentarismo, desde el momento mismo de su nacimiento, siendo común en el espacio europeo,⁵¹³ recibiendo también el reconocimiento del TEDH⁵¹⁴.

"informaciones" o "ideas" acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contraríen, choquen o inquieten, así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe "sociedad democrática" (...)

Preciosa para todos, la libertad de expresión lo es muy particularmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, como el demandante, impone al Tribunal llevar a cabo un control más estricto".

STEDH (Sección 3ª) del caso *Otegi Mondragón* contra España. Sentencia de 15 marzo 2011. TEDH 2011\30. Apartado 50: *"El artículo 10.2 no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y el debate político –en el que la libertad de expresión reviste la mayor importancia– o el de las cuestiones de interés general. Preciosa para cada persona, la libertad de expresión lo es muy especialmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario exigen que el Tribunal lleve a cabo uno de los controles más estrictos (...)"*

⁵¹³ Un ejemplo lo encontramos en el propio Parlamento de la UE. Así, el Protocolo (nº 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la UE, publicado en el DOUE C 326, de 26 de octubre de 2012, disponible

en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0001.01.SPA#C_2012326ES.01020101

"LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES,

"CONSIDERANDO que, con arreglo al artículo 343 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al artículo 191 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA), la Unión Europea y la CEEA gozarán en el territorio de los Estados miembros de las inmunidades y privilegios necesarios para el cumplimiento de su misión,

HAN CONVENIDO en las siguientes disposiciones, que se incorporarán como anexo al Tratado de la Unión Europea, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica:"

Artículo 8: "Los miembros del Parlamento Europeo no podrán ser buscados, detenidos ni procesados por las opiniones o los votos por ellos emitidos en el ejercicio de sus funciones".

Artículo 17: "Los privilegios, inmunidades y facilidades a favor de los funcionarios y otros agentes de la Unión se otorgarán exclusivamente en interés de esta última.

El TEDH ha entendido aplicable el fundamento de este privilegio incluso a aquellos a quienes no les está reconocido expresamente, como puedan ser los representantes de entidades locales⁵¹⁵. Así pues, esta institución jurídica se reconoce,

Cada institución de la Unión estará obligada a suspender la inmunidad concedida a un funcionario u otro agente en los casos en que estime que esta suspensión no es contraria a los intereses de la Unión”.

⁵¹⁴ STEDH (Sección 2ª) de 17 diciembre de 2002 que resuelve el caso A. contra Reino Unido. JUR 2003\50513. Apartado 79: “*En una democracia, los Parlamentos u órganos comparables son el foro esencial para el debate político. Deben existir razones de mucho peso para interferir en la libertad de expresión que ellos ejercen*”.

Apartado 80: “*El Tribunal señala que la mayor parte, si no todos, los Estados signatarios del Convenio tienen establecida algún tipo de inmunidad para los miembros de sus legislativos. Concretamente, el derecho interno de cada uno de los ocho Estados que son parte en el presente caso conceden esta inmunidad (...) aunque varíen los detalles concretos de la misma*”.

Apartado 81: “*También existen medidas que conceden privilegios e inmunidades a, entre otros, los representantes de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa y a los miembros del Parlamento europeo*”.

Apartado 83: “*A la luz de lo que antecede, el Tribunal considera que una ley de inmunidad parlamentaria, que está de acuerdo y refleja generalmente normas reconocidas en los Estados signatarios, el Consejo de Europa y la Unión europea, no se puede considerar en principio que impone una restricción desproporcionada al derecho de acceso al tribunal garantizado en el artículo 6.1 (...). Como el derecho de acceso a un tribunal es una parte inherente del juicio justo garantizado en dicho artículo, algunas restricciones al acceso deben también considerarse inherentes ya que dichas restricciones son generalmente aceptadas por los Estados contratantes como parte de la doctrina de la inmunidad parlamentaria*”.

STEDH (Sección 1ª) de 30 enero 2003 por la que se resuelve el caso Cordova (núm.1) contra Italia. JUR 2003\50025. Apartado 55: “*El Tribunal señala que el hecho para los Estados Contratantes de conceder generalmente una inmunidad más o menos amplia a los parlamentarios, constituye una práctica muy antigua tendente a permitir la libre expresión de los representantes del pueblo y a impedir que se puedan instruir diligencias partidistas que vulneren la función parlamentaria. En estas condiciones, el Tribunal considera que la injerencia en cuestión, prevista por el artículo 68.1 de la Constitución, perseguía fines legítimos, a saber la protección del libre debate parlamentario y el mantenimiento de la separación de los poderes legislativo y judicial*”

STEDH (Sección 1ª) de 3 junio 2004, por la que se resuelve el caso De Jorio contra Italia. TEDH 2004\40. Apartado 49: “*El Tribunal señala que el hecho de que los Estados concedan generalmente una inmunidad más o menos amplia a los parlamentarios constituye una práctica antigua, que tiende a permitir la libre expresión de los representantes del pueblo y a impedir que persecuciones partidistas puedan perjudicar la función parlamentaria. En estas condiciones, el Tribunal considera que la injerencia en cuestión, prevista en el artículo 68.1 de la Constitución, perseguía fines legítimos, a saber, la protección del libre debate parlamentario y el mantenimiento de la separación de los poderes legislativo y judicial*”

⁵¹⁵ STEDH (Sección 3ª) de 27 febrero de 2001 por la que se resuelve el caso Jerusalem contra Austria. TEDH 2001\97. Apartado 40: “*En relación a las afirmaciones impugnadas de la demandante, el Tribunal observa que fueron realizadas en el transcurso de un debate político, dentro del Consejo Municipal de Viena. No es decisivo el hecho de que dicho debate tuviera lugar ante el Consejo Municipal de Viena reunido como concejo local y no como Parlamento del «Land». Al margen de si las afirmaciones de la demandante estaban o no sujetas a la inmunidad parlamentaria, el Tribunal estima que fueron realizadas en un foro que, al menos, era comparable con el Parlamento, en lo que se refiere al interés público de protección de la libertad de expresión pública de sus participantes. En una democracia, el Parlamento o cualquier cuerpo similar son los foros esenciales del debate político. Deben*

por ejemplo, en España, a los miembros de las Cortes⁵¹⁶ (diputados⁵¹⁷ y senadores⁵¹⁸), y también a los parlamentarios de las asambleas legislativas autonómicas. Pero puede suceder que no se reconozca expresamente a los representantes políticos de entidades locales, cuando, en definitiva, como indica el TEDH, el fundamento debe ser el mismo: que el representante electo pueda manifestarse en libertad, sin temor a posteriores acciones judiciales.

Para el TEDH, este privilegio debe ser considerado única y exclusivamente, en atención al cargo que se está ejerciendo, evitando aplicar esta inviolabilidad a aquellos supuestos en los que su titular hace manifestaciones al margen de su cargo⁵¹⁹. De hecho,

existir razones muy poderosas para justificar la injerencia en la libertad de expresión que en ellos se ejercita”

STEDH (Sección 2ª) de 18 abril de 2006, por la que se resuelve el caso *Roseiro Bento* contra Portugal. JUR 2006\139162. Apartado 44: *“Il convient de relever par ailleurs que les propos en cause ont été tenus au cours d'une réunion de l'assemblée municipale de la ville. Même si les déclarations du requérant n'étaient pas couvertes par une quelconque immunité parlementaire, il ne fait aucun doute qu'elles ont été prononcées dans une instance pour le moins comparable au parlement pour ce qui est de l'intérêt que présente, pour la société, la protection de la liberté d'expression. Dans une démocratie, le parlement ou des organes comparables sont des tribunes indispensables au débat politique. Une ingérence dans la liberté d'expression exercée dans le cadre de ces organes ne saurait donc se justifier que par des motifs impérieux, qui font défaut en l'espèce”*.

Traducción: “Debe tenerse en cuenta, además, que las declaraciones en cuestión fueron hechas durante una reunión de la Asamblea Municipal de la ciudad. Aunque las declaraciones del demandante no estaban cubiertas por ningún tipo de inmunidad parlamentaria, no hay duda de que fueron pronunciadas en un procedimiento, al menos, comparable al parlamentario en cuanto a la conveniencia que, para la sociedad, tiene la protección de la libertad de expresión. En una democracia, el Parlamento u organismos comparables son los foros esenciales para el debate político. La injerencia en la libertad de expresión ejercida en el marco de estos órganos solo se puede justificar por razones de peso, que no existen en este caso”.

⁵¹⁶ Artículo 71.1 de la Constitución Española: *“Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”*.

⁵¹⁷ BOE nº 55, de 5 de marzo de 1982, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1982/03/05/pdfs/A05765-05779.pdf>

Artículo 10 del Reglamento del Congreso: *“Los Diputados gozarán de inviolabilidad, aun después de haber cesado en su mandato, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”*.

⁵¹⁸ BOE nº 114, de 13 de mayo de 1994, disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1994/05/13/pdfs/A14687-14709.pdf>

Artículo 21 del Reglamento del Senado: *“Los Senadores gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo”*.

⁵¹⁹ STEDH (Sección 1ª) de 3 junio de 2004, que resuelve el caso *De Jorio* contra Italia. TEDH 2004\40. Apartado 53: *“En este caso, el Tribunal señala que, pronunciadas en el marco de una entrevista con un periodista, y fuera por lo tanto de una cámara legislativa, las declaraciones litigiosas de X. no estaban vinculadas al ejercicio de funciones parlamentarias stricto sensu, y parecían más bien inscribirse en el*

uno de los riesgos a los que nos enfrentamos es el uso abusivo de este privilegio, el cual puede convertirse en patente de corso para realizar manifestaciones insultantes, totalmente lesivas para la reputación de terceros. En este sentido, merecen ser destacadas las palabras de denuncia del Magistrado Sr. LOUCAIDES, en su opinión disidente a la STEDH A. contra el Reino Unido, de fecha 17 diciembre de 2002.⁵²⁰

marco de una disputa entre particulares. Ahora bien, en tal caso, no se podría justificar una denegación del acceso a la justicia por el único motivo de que la disputa podía ser de naturaleza política o ir unida a una actividad política”.

⁵²⁰ STEDH (Sección 2ª) de 17 diciembre de 2002 que resuelve el caso A. contra Reino Unido. JUR 2003\50513. Opinión disidente del Sr. LOUCAIDES: “No estoy de acuerdo con la mayoría en cuanto a las quejas en virtud de los artículos 6.1, 8 y 13 del Convenio (...) , y, en lo que afecta al razonamiento, la queja en virtud del artículo 14.

El caso alude principalmente a la cuestión de la compatibilidad de una inmunidad absoluta que protege las declaraciones parlamentarias difamatorias acerca de individuos, con los artículos 6.1 y 8 del Convenio. Trataré después las demás cuestiones.

Considero importante subrayar desde el principio aquellos hechos de la causa que muestran el problema y proveen de la orientación necesaria para determinar la cuestión de la proporcionalidad de la inmunidad como una posible restricción a los derechos en virtud de los artículos 6 y 8 del Convenio (acceso a un tribunal y respeto a la vida privada).

La demandante, una joven de raza negra, vive con sus dos hijos en una casa propiedad de una asociación de vivienda local. La asociación trasladó a la demandante y a sus hijos al 50 de Concorde Drive en 1994 tras la información de que estaba siendo víctima de insultos raciales en su entonces domicilio habitual.

Su miembro del Parlamento (“MP”) se refirió concretamente a ella durante un debate en la Cámara de los Comunes sobre la política municipal de vivienda en julio de 1996. El MP nombró a la demandante, dijo reiteradamente que su hermano estaba en la cárcel, y dio su dirección exacta, también repetidamente, mientras hacía comentarios peyorativos acerca del comportamiento tanto de ella como de sus hijos dentro y en torno a la casa. Se refirió a ellos como “vecinos infernales”, frase recogida posteriormente por los periódicos locales y nacionales y utilizada para describir a la demandante en artículos publicados sobre ella. La demandante señaló que ninguna de las alegaciones formuladas por el MP habían sido probadas y que muchas de ellas tenían origen en los vecinos movidos por el racismo y el rencor. El MP dijo en su discurso, “inter alia” :

“Dicho comportamiento se manifiesta de diferentes formas y a distintos niveles de intensidad. Ello incluye el vandalismo, el ruido, las ofensas verbales y físicas, las amenazas de violencia, el hostigamiento racial, el daño a la propiedad, la intromisión ilegítima, las molestias por perros, las reparaciones de automóviles en la calle, los paseos en coches robados, la violencia doméstica, las drogas y otras actividades criminales como el robo con allanamiento de morada”.

Inevitablemente, la mayoría –si no todas– de estas actividades las han llevado a cabo en las personas del 50 de Concorde Drive durante el alquiler de dicha propiedad y del garaje que más arriba en la calle le corresponde, la [demandante], sus hijos y sus visitantes infantiles, que parecen extrañamente reacios a asistir al colegio en las horas normales, e incluso otros visitantes adultos que acuden a la casa en cualquier momento del día o de la noche, entrando frecuentemente por medios poco ortodoxos como la ventana del baño”.

El MP nunca trató de comunicarse con la demandante en relación a las quejas formuladas sobre ella por los vecinos ni trató de verificar la exactitud de los comentarios de sus discursos ni antes ni después del debate.

Al día siguiente algunos periódicos publicaban artículos con extractos del discurso basado en el comunicado de prensa. Hubo también entrevistas por televisión sobre el mismo asunto. Los artículos

incluían fotografías de la demandante y mencionaban su nombre y su dirección. El titular del *Evening Post* era: "MP ataca a los vecinos infernales".

El titular del *Daily Express* era: "MP menciona la pesadilla de los vecinos".

La demandante recibió posteriormente en el 50 de Concorde Drive mensajes de odio dirigidos contra ella. Una carta afirmaba que "debería vivir en casas de gente como usted, no entre propietarios decentes". Otra carta decía:

"Estúpida perra negra, te escribo para que sepas que si no dejas de crear tus negras molestias, yo personalmente me encargaré de ti y de tu apastosa jungla de conejos".

La demandante fue también parada en la calle, escupida e insultada por extraños como "vecina infernal".

Tras el discurso del MP, las vidas de la demandante y de sus hijos corrían peligro. La asociación de vivienda responsable recomendó que la demandante fuese trasladada urgentemente 3 meses después del pronunciamiento del discurso. Fue realojada en octubre de 1996 y sus hijos fueron obligados a cambiar de colegio.

La demandante escribió a través de sus abogados al MP resumiendo sus quejas y solicitándole explicaciones. Recibió por respuesta una copia de la carta preparada por el Presidente del Parlamento que decía:

"Sujetos a las normas de debate, los miembros pueden afirmar lo que consideren que tenga cabida en el debate, por muy ofensivo que sea para los sentimientos o muy injurioso para el carácter de los individuos, y están protegidos por esta inmunidad de cualquier acción de difamación, así como de cualquier otro importunio".

La demandante se queja de que la inmunidad absoluta del MP bloqueó su acceso a los tribunales para hacer valer sus derechos respecto al procedimiento de difamación, vulnerando los artículos 6 y 8 del Convenio. En opinión de la demandante, esta inmunidad es una restricción desproporcionada a sus derechos en virtud de dichos artículos.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión debo tener en cuenta la objeción preliminar del Gobierno de que la queja relativa a la inmunidad absoluta respecto al discurso en la Cámara de los Comunes, era incompatible *ratione materiae* debido a que la demandante no tenía derecho civil a la protección de su reputación en relación a las declaraciones cubiertas por una inmunidad absoluta. A este respecto, el Gobierno se basaba en una decisión de la Comisión de 1976 en el asunto *Agee contra Reino Unido* (núm. 7729/1976, *Decisiones e informes* 7, pg. 164). Sin embargo, ese caso fue reemplazado por el asunto *Young contra Irlanda*, decidido en 1996 (núm. 25646/1994), por el asunto *Fayed contra Reino Unido* (*JUR* 2000, 278422), o, decidido por el Tribunal en 1994 (serie A núm. 294-B, pg. 26), y por los asuntos *Osman contra Reino Unido* (*TEDH* 1998, 103) (*Repertorio de Sentencias y resoluciones* 1998-VIII, pg. 3124) y *Z. Y otros contra Reino Unido* (*TEDH* 2001, 332) (núm. 29392/1995, *TEDH* 2001-V), que en mi opinión consideran que las inmunidades obstaculizan el acceso a un tribunal en lugar de limitar la causa pertinente de acción. En todo caso, creo que en la exposición del derecho del Reino Unido sobre esta materia queda claro que la inmunidad es simplemente una defensa contra una querrela por difamación. Por ello solo se aplica como escudo ante una querrela de igual forma que otras defensas como la verdad. Por ejemplo, en el caso de la defensa de la verdad, no se puede alegar seriamente que no existe motivo de demanda respecto a una declaración difamatoria porque se va a probar que la declaración era cierta. La defensa no extingue un derecho. Simplemente sirve para neutralizar la responsabilidad para un motivo de demanda si y cuando se cumple con los requisitos previos de la defensa específica.

Por lo tanto, considero que se debe rechazar la objeción del Gobierno.

En cuanto al fondo del asunto, es cierto que la inmunidad absoluta en Inglaterra persigue el fin legítimo de proteger el libre debate en interés del público y de regular la relación entre el poder legislativo y el judicial. Y ello es admitido por la demandante.

En relación ahora a la cuestión de si la inmunidad absoluta es una restricción proporcional al derecho de acceso a un tribunal, la postura de las partes es la siguiente.

El Gobierno señala que la inmunidad absoluta es proporcional a la importancia del interés público al que trata de servir. El Gobierno se basa a este efecto en la siguiente declaración en una Sentencia inglesa:

"El importante interés público protegido por dicha inmunidad es el de asegurar que el miembro... en el momento en que hable no se inhiba por lo que tiene que decir. Si existiesen excepciones que permitieran cuestionar posteriormente estas declaraciones no sabría, en el momento de hablar en el Parlamento, si podía ser posteriormente demandado por lo que estaba diciendo. Por lo tanto, no tendría la confianza que la inmunidad está designada a proteger".

El argumento respecto al estímulo de un debate desinhibido sobre cuestiones públicas es comprensible. Pero el argumento contrario me parece más convincente: la supresión de las declaraciones difamatorias falsas, además de proteger la dignidad de los individuos, disuade del falso discurso y mejora la calidad del conjunto del debate público enfriando a los parlamentarios irresponsables.

El Gobierno señala que una vez reconocido que el papel de la inmunidad parlamentaria absoluta está justificado en principio por el interés público, no existe fundamento para distinguir entre los hechos de los casos individuales.

Ambas partes, en apoyo de sus posturas, hicieron referencia al ya citado asunto Young contra Irlanda, decidido por la Comisión en 1996. El Gobierno sugirió que ese caso era una autoridad para la proposición de si el interés público era de la suficiente importancia, la inmunidad de ser procesado por difamación era proporcional aunque su carácter fuese absoluto. Por otro lado, la demandante alegaba que dicha decisión respaldaba la proposición de que la cuestión de la proporcionalidad de la inmunidad con el fin legítimo perseguido debía decidirse a la luz de los hechos de cada caso concreto. Creo que el texto de la decisión pertinente de la Comisión respalda esta última opinión.

Al igual que yo, la mayoría comparte las alegaciones de la demandante en cuanto a que:

"los comentarios hechos sobre ella en el discurso del MP eran muy graves y claramente innecesarios en el contexto del debate acerca de la política municipal de vivienda. La reiterada referencia del MP al nombre y dirección de la demandante es particularmente lamentable. El Tribunal considera que las desafortunadas consecuencias de los comentarios del MP para las vidas de la demandante y de sus hijos eran totalmente previsibles (apartado 88 de la Sentencia).

Sin embargo, la mayoría prosiguió diciendo que:

"estos factores no alteran la conclusión del Tribunal en cuanto a la proporcionalidad de la inmunidad parlamentaria en cuestión ya que la creación de excepciones a dicha inmunidad, cuya aplicación dependería de factores individuales de cada caso concreto, socavaría gravemente los fines legítimos perseguidos". (ibídem)

Estoy totalmente en desacuerdo con este enfoque. Creo que, al igual que en el caso de la libertad de prensa, debería existir el equilibrio adecuado entre la libertad de expresión en el Parlamento y la protección de la reputación de los individuos. La inmunidad general absoluta de los parlamentarios viene de antiguo. Fue establecida hace unos 400 años cuando la protección legal de la personalidad del individuo era muy reciente y por lo tanto extremadamente limitada. Entre tanto dicha protección ha aumentado mucho, especialmente a través de la jurisprudencia de este Tribunal. Ello se demuestra por la expansión de la protección de la privacidad. El derecho a la reputación es considerado actualmente protegido por el Convenio (...), como parte de la vida privada (...). Por lo tanto, "el Estado debe encontrar el equilibrio adecuado entre los dos derechos del Convenio implicados, a saber el derecho al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 8 y el derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 del Convenio" (...). Este equilibrio se puede lograr únicamente por medio de un sistema que tenga en cuenta los hechos individuales de los casos concretos en base a las condiciones aplicables y a las excepciones anexas a ambos derechos. Dicho equilibrio implica que ninguno de los dos derechos prevalezca absolutamente sobre el otro. Debería haber una conciliación armoniosa, por medio de los requisitos apropiados, para que se ofrezca la protección necesaria a los dos derechos. Si la libertad de expresión fuese absoluta bajo cualquier circunstancia no sería difícil imaginar los posibles abusos que podrían realmente llevar a una licencia para difamar o, como describía el Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, "un anteproyecto obvio del asesinato de la reputación".

Como señaló con mucha razón el Juez Stewart del Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, "el derecho a indemnización por daño a la reputación no refleja sino nuestro concepto básico de la dignidad y la valía esenciales de cada ser humano concepto que se figura en el origen de cualquier sistema decente de libertad ordenada".

El Gobierno señaló las conclusiones de la reciente revisión de la inmunidad parlamentaria por el Comité Conjunto de la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores respaldando el mantenimiento de la inmunidad absoluta parlamentaria (apartado 32 de la Sentencia). Esta revisión no afecta a mi enfoque ya que (a) no fue llevada a cabo por ningún órgano independiente de las personas que gozan del privilegio en cuestión y (b) no parece tratar la cuestión a la que hacemos frente en este caso en cuanto al Convenio europeo de Derechos Humanos y a la luz de la evolución relativa al derecho a la reputación.

Sobre los hechos del presente caso, creo que la inmunidad absoluta es una restricción desproporcionada al derecho de acceso a un tribunal. A este respecto, teniendo en cuenta lo siguiente:

(a) El hecho de que las alegaciones difamatorias, en las que se nombró el nombre y la dirección de la demandante era "claramente innecesarias en el contexto de un debate acerca de la política municipal de vivienda" (apartado 88 de la Sentencia);

(b) la gravedad de las alegaciones difamatorias (ibidem);

(c) las previsibles duras consecuencias para la demandante y para su familia, incluida incluso la publicación de las fotografías de esta y de sus hijos (ibidem);

(d) la reacción del MP a la carta de la demandante;

(e) el hecho de que el MP nunca tratara de verificar la certeza de las declaraciones difamatorias y ofreciera a la demandante la oportunidad de hablar sobre ello antes de pronunciarlas;

(f) la ausencia de remedios alternativos.

Llegaría incluso hasta el punto de respaldar la opinión de que sin ni siquiera tener en cuenta los hechos de la causa, la inmunidad es una restricción desproporcionada al derecho de acceso a un tribunal debido a su carácter absoluto, que impide el equilibrio de intereses opuestos.

Es cierto que existen otros países con inmunidad absoluta, por ejemplo Noruega, Holanda y Turquía. Pero es igualmente cierto que existen otros países en Europa (la mayoría) en los que la inmunidad no es absoluta, o porque no se aplica a las declaraciones difamatorias o porque puede ser levantada. En el caso del Consejo de Europa el país en cuestión puede renunciar a ella.

En cuanto a la queja relativa a la no disponibilidad de asistencia legal gratuita en una querrela por difamación respecto al comunicado de prensa carente de inmunidad, vuelvo a estar en desacuerdo con la mayoría. Los procedimientos por difamación llevan consigo algunas cuestiones legales para las que el asesoramiento y la asistencia son necesarios para el acceso efectivo a un tribunal y persigue fines legítimos. El sistema establecido en el apartado 98 de la Sentencia no me parece una solución satisfactoria al problema, con el resultado de que la demandante no pudo ejercer, en mi opinión, su derecho de acceso a un tribunal en este caso de manera efectiva. En consecuencia, considero que también hubo violación del artículo 6.1 del CEDH, en este punto.

Asimismo, la inmunidad absoluta, que protege las declaraciones de los MPs en el Parlamento acerca de la demandante, violaba en mi opinión su derecho al respeto de la vida privada en virtud del artículo 8 del Convenio ya que restringía de forma desproporcionada dicho derecho. A este respecto, hago referencia a los motivos dados en relación a la queja de la demandante en virtud del artículo 6.

Estoy de acuerdo en que no hubo violación del artículo 14 en este caso pero mi razonamiento difiere del de la mayoría. Como todas las personas en la situación de la demandante son tratadas de la misma forma en virtud del sistema legal del Estado demandado en cuanto a la aplicación de la inmunidad parlamentaria considerada, no se plantea la cuestión de la violación del artículo 14.

Por último, la incontestable ausencia de remedio contra las declaraciones difamatorias en este caso, consecuencia de la inmunidad absoluta parlamentaria, equivale, en mi opinión, a una violación del artículo 13".

Conforme el mismo, *“la supresión de las declaraciones difamatorias falsas, además de proteger la dignidad de los individuos, disuade del falso discurso y mejora la calidad del conjunto del debate público enfriando a los parlamentarios irresponsables”*.

V.- ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO AL HONOR Y SU CONFLICTO CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

I.- ¿DERECHO AL HONOR O A LA PROTECCIÓN DE LA REPUTACIÓN?

Como ya hemos indicado a lo largo de estas páginas y lo reconoce la propia doctrina,⁵²¹ el derecho al honor, como tal, no merece un reconocimiento explícito por parte del CEDH. Si acudimos al texto, comprobaremos que el mismo no habla de honor sino de reputación (que sería el equivalente a la faceta externa del honor). Además, no viene incorporado como derecho, sino como uno de los límites, de las restricciones, a la libertad de expresión⁵²². No obstante, como a continuación comprobaremos, todo ello ha sido superado en la práctica.

II.- SU NATURALEZA JURÍDICA: ¿UN LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN O UN DERECHO HUMANO AUTÓNOMO?

En este apartado vamos a analizar cómo tanto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como el TEDH han situado la reputación bajo el paraguas del

⁵²¹ Por todos, CATALÀ I BAS, ALEXANDRE H., “El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista del Poder Judicial, 62, Madrid, 2001, pág. 13: “El derecho al honor no aparece entre los derechos garantizados por el Convenio de Derechos Humanos (en adelante, el CEDH) sino que simplemente se recoge como mero límite a la libertad de expresión, en el segundo párrafo del artículo 10 CEDH bajo el término “reputación ajena”. Ha sido desde esa dimensión de límite a esta libertad desde la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) ha ido elaborando una jurisprudencia sobre el derecho al honor que merece ser estudiada por su importancia”.

⁵²² Art. 10.2 CEDH: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

artículo 8 CEDH,⁵²³ como una de las manifestaciones de la protección a la vida privada. Así pues, el derecho al honor adquiere el estatuto de derecho humano, al mismo nivel que la libertad de expresión.

Ya en 1970, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, preocupada por las posibles lesiones en la vida privada que se podían producir desde los medios de comunicación de masas, dictó la Resolución 428 (1970), de fecha 23 de junio de 1970 sobre los medios de comunicación de masas y los derechos humanos.⁵²⁴

⁵²³ Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁵²⁴ Resolución 428 (1970) de la Asamblea Parlamentaria sobre los medios de comunicación de masas y los Derechos Humanos, de fecha 23 de junio de 1970, disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>

*“C. Measures to protect the individual against interference with his right to privacy
There is an area in which the exercise of the right of freedom of information and freedom of expression may conflict with the right to privacy protected by Article 8 of the Convention on Human Rights. The exercise of the former right must not be allowed to destroy the existence of the latter.*

The right to privacy consists essentially in the right to live one's own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity, honour and reputation, avoidance of being placed in a false light, non-revelation of irrelevant and embarrassing facts, unauthorised publication of private photographs, protection against misuse of private communications, protection from disclosure of information given or received by the individual confidentially. Those who, by their own actions, have encouraged indiscreet revelations about which they complain later on, cannot avail themselves of the right to privacy.

A particular problem arises as regards the privacy of persons in public life. The phrase "where public life begins, private life ends" is inadequate to cover this situation. The private lives of public figures are entitled to protection, save where they may have an impact upon public events. The fact that an individual figures in the news does not deprive him of a right to a private life.

Another particular problem arises from attempts to obtain information by modern technical devices (wire-tapping, hidden microphones, the use of computers etc.), which infringe the right to privacy. Further consideration of this problem is required.

Where regional, national or international computer-data banks are instituted the individual must not become completely exposed and transparent by the accumulation of information referring even to his private life. Data banks should be restricted to the necessary minimum of information required for the purposes of taxation, pension schemes, social security schemes and similar matters.

In order to counter these dangers, national law should provide a right of action enforceable at law against persons responsible for such infringements of the right to privacy.

The right to privacy afforded by Article 8 of the Convention on Human Rights should not only protect an individual against interference by public authorities, but also against interference by private persons or

Este texto se centra en los problemas que se pueden dar cuando dos derechos, el de la libertad de expresión y el de protección de la vida privada, entran en conflicto. Este organismo parte de una idea básica: el ejercicio de la libertad de expresión (en un sentido amplio) no puede conllevar la destrucción de los bienes jurídicos amparados por la privacidad del ser humano. Así pues, por muy importante que sea el ejercicio de aquella libertad pública, que, además de un derecho individual, es una garantía institucional de la democracia, está limitada por el respeto a la privacidad de los terceros. Así mismo, la Asamblea define qué se debe entender por derecho a la protección de la privacidad y qué bienes jurídicos abarcaría: consiste esencialmente en el derecho a vivir la propia vida como se quiera, con una injerencia mínima, y con ello nos estamos refiriendo al respeto a la vida familiar y hogareña, a la integridad física y

institutions, including the mass media. National legislations should comprise provisions guaranteeing this protection”.

Traducción:

C. Medidas para proteger al individuo contra injerencia en su derecho a la privacidad

Hay una zona en la que el ejercicio del derecho de libertad de expresión e información puede entrar en conflicto con el derecho a la privacidad consagrado en el artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos. No se debe permitir que el ejercicio de aquel conlleve la destrucción de este último.

El derecho a la privacidad consiste esencialmente en el derecho a vivir la propia vida con una injerencia mínima. Con el término privacidad nos referimos a la vida familiar y hogareña, a la integridad física y moral, al honor y la reputación, a evitar ser objeto de informaciones distorsionadas, a la no revelación de hechos irrelevantes y embarazosos, a la no publicación de fotografías privadas no autorizada, a la protección contra el uso indebido de las comunicaciones privadas, a la protección contra la divulgación de la información entregada o recibida por el individuo de forma confidencial. Los que, por sus propias acciones, han alentado revelaciones indiscretas sobre las que se quejan posteriormente, no pueden hacer uso del derecho a la intimidad.

Se plantea un problema particular, en cuanto a la privacidad de las personas en la vida pública. La frase "donde comienza la vida pública, la vida privada termina" es insuficiente para cubrir esta situación. Las figuras públicas tienen derecho a la protección de su vida privada, salvo en el caso de que puedan tener un impacto en temas públicos. El hecho de que una persona aparezca en una noticia no le priva de su derecho a una vida privada.

Otro problema particular surge de los intentos de obtener información por medio de los modernos dispositivos técnicos (las escuchas telefónicas, los micrófonos ocultos, el uso de ordenadores, etc.) que infringen el derecho a la privacidad. Se requiere mayor consideración de este problema.

Allá donde haya bases de datos, regionales, nacionales o internacionales, la persona no debe estar completamente expuesta a la acumulación de información referida a su vida privada. Las bases de datos deberían limitarse al mínimo en relación con la información necesaria a los efectos de fiscalidad, planes de pensiones, planes de seguridad social y asuntos similares.

Para contrarrestar estos peligros, la legislación nacional debe proporcionar instrumentos jurídicos para accionar contra los responsables de tales violaciones al derecho a la intimidad.

El derecho a la privacidad que ofrece el artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos no solo debe proteger a una persona contra la injerencia de las autoridades públicas, sino también contra la injerencia de personas o instituciones privadas, incluidos los medios de comunicación. Las legislaciones nacionales deben incluir disposiciones que garanticen esta protección.

moral, al honor y a la reputación, a evitar ser objeto de informaciones distorsionadas, a la no revelación de hechos irrelevantes y embarazosos, a la no publicación de fotografías privadas no autorizadas, a la protección contra el uso indebido de las comunicaciones privadas, a la protección contra la divulgación de la información entregada o recibida de forma confidencial. Como vemos, ya en 1970 el Consejo de Europa se mostraba preocupado por la situación de desprotección jurídica que percibía del derecho a la protección de la vida privada frente a la libertad de expresión en los Estados miembros.

Como suele suceder con todo avance legislativo, fue necesario un previo episodio luctuoso, como la muerte de la Princesa Diana de Gales, para que, en 1998, el Consejo de Europa, a través de su Asamblea Parlamentaria, dictara la Resolución 1165 (1998), de fecha 26 de junio de 1998, sobre el derecho al respeto de la vida privada.⁵²⁵

⁵²⁵ Resolución 1165 (1998) de la Asamblea parlamentaria, sobre el derecho al respeto de la vida privada, de fecha 26 de junio de 1998, disponible en:

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16641&lang=en>.

“1. The Assembly recalls the current affairs debate it held on the right to privacy during its September 1997 session, a few weeks after the accident which cost the Princess of Wales her life.

2. On that occasion, some people called for the protection of privacy, and in particular that of public figures, to be reinforced at the European level by means of a convention, while others believed that privacy was sufficiently protected by national legislation and the European Convention on Human Rights, and that freedom of expression should not be jeopardised.

3. In order to explore the matter further, the Committee on Legal Affairs and Human Rights organised a hearing in Paris on 16 December 1997 with the participation of public figures or their representatives and the media.

4. The right to privacy, guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights, has already been defined by the Assembly in the declaration on mass communication media and human rights, contained within Resolution 428 (1970), as “the right to live one’s own life with a minimum of interference”.

5. In view of the new communication technologies which make it possible to store and use personal data, the right to control one’s own data should be added to this definition.

6. The Assembly is aware that personal privacy is often invaded, even in countries with specific legislation to protect it, as people’s private lives have become a highly lucrative commodity for certain sectors of the media. The victims are essentially public figures, since details of their private lives serve as a stimulus to sales. At the same time, public figures must recognise that the position they occupy in society – in many cases by choice – automatically entails increased pressure on their privacy.

7. Public figures are persons holding public office and/or using public resources and, more broadly speaking, all those who play a role in public life, whether in politics, the economy, the arts, the social sphere, sport or in any other domain.

8. It is often in the name of a one-sided interpretation of the right to freedom of expression, which is guaranteed in Article 10 of the European Convention on Human Rights, that the media invade people’s privacy, claiming that their readers are entitled to know everything about public figures.

9. *Certain facts relating to the private lives of public figures, particularly politicians, may indeed be of interest to citizens, and it may therefore be legitimate for readers, who are also voters, to be informed of those facts.*

10. *It is therefore necessary to find a way of balancing the exercise of two fundamental rights, both of which are guaranteed in the European Convention on Human Rights: the right to respect for one's private life and the right to freedom of expression.*

11. *The Assembly reaffirms the importance of every person's right to privacy, and of the right to freedom of expression, as fundamental to a democratic society. These rights are neither absolute nor in any hierarchical order, since they are of equal value.*

12. *However, the Assembly points out that the right to privacy afforded by Article 8 of the European Convention on Human Rights should not only protect an individual against interference by public authorities, but also against interference by private persons or institutions, including the mass media.*

13. *The Assembly believes that, since all member states have now ratified the European Convention on Human Rights, and since many systems of national legislation comprise provisions guaranteeing this protection, there is no need to propose that a new convention guaranteeing the right to privacy should be adopted”.*

Traducción: 1. La Asamblea recuerda el debate actual que ha dedicado al derecho al respeto de la vida privada en su sesión de septiembre de 1997, unas semanas después del accidente que costó la vida a la princesa de Gales.

2. En dicha ocasión, se alzaron algunas voces para solicitar un refuerzo en Europa de la protección de la vida privada, concretamente de las personas públicas, por medio de un convenio, mientras que otros opinaban que la vida privada estaba suficientemente protegida por las legislaciones internas y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que la libertad de expresión no debía ser puesta en peligro.

3. Para profundizar en la reflexión sobre este asunto, la Comisión de cuestiones jurídicas y derechos humanos organizó una audición en París, el 16 de diciembre de 1997, con la participación tanto de personas públicas o de sus representantes como de medios de comunicación.

4. El derecho al respeto a la vida privada, garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya había sido definido por la Asamblea, en la declaración sobre los medios de comunicación de masas y los derechos humanos que contiene la Resolución 428 (1970), como "el derecho a llevar la vida que se quiera con una injerencia mínima".

5. A la vista de que las nuevas tecnologías permiten almacenar y utilizar datos personales, conviene añadir a esta definición el derecho a controlar los propios datos de uno.

6. La Asamblea es consciente de que el derecho al respeto de la vida privada es a menudo objeto de violaciones, incluso en países dotados de una legislación específica que la protege, ya que la misma se ha convertido en una mercancía muy lucrativa para ciertos medios de comunicación. Las víctimas de estas violaciones son esencialmente personas públicas, ya que los detalles de su vida representan un estímulo para la venta. Al mismo tiempo, las personas públicas deben darse cuenta de que la situación particular que tienen en la sociedad, y que es a menudo consecuencia de su propia elección, implica automáticamente una elevada presión en su vida privada.

7. Las personas públicas son las que ejercen funciones públicas y/o utilizan recursos públicos y, de una forma más general, todas aquellas que desempeñan un papel en la vida pública, bien sea política, económica, artística, social, deportiva u otra.

8. Es en nombre de una interpretación unilateral del derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 del CEDH que, muy a menudo, los medios de comunicación cometen violaciones del derecho al respeto de la vida privada, considerando que sus lectores tienen derecho a saberlo todo de los personajes públicos.

9. Es cierto que algunos hechos de la esfera de la intimidad de las personas públicas, en concreto de los políticos, pueden tener un interés para los ciudadanos y que, por tanto, es legítimo darlos a conocer a los lectores, que son también electores.

10. Es pues necesario encontrar la manera de permitir el ejercicio equilibrado de dos derechos fundamentales, igualmente garantizados por el CEDH: el derecho al respeto de la vida privada y el derecho a la libertad de expresión.

El Consejo mostraba su preocupación sobre que la vida privada de los personajes públicos se hubiese convertido en una mercancía muy lucrativa para ciertos medios de comunicación.

Esta Resolución tiene una importancia mayúscula por el debate que se produjo con carácter previo. Así pues, dos son las posiciones que se encontraron respecto a la necesidad de otorgar una mayor protección frente a los abusos de que podía conllevar un ejercicio torticero de la libertad de expresión. Aquellos que entendían que era totalmente necesario negociar y adoptar un convenio *ad hoc*, y aquellos que entendían que ello era absolutamente innecesario, habida cuenta que el CEDH, y la mayoría de las legislaciones internas de los Estados miembros ya reconocían y protegían suficientemente la vida privada. Finalmente se impuso esta última opción, siendo, por tanto, el propio TEDH el que, mediante una exégesis expansiva, empezó a realizar una interpretación más favorecedora hacia los derechos que se encuadran bajo el artículo 8 CEDH, en caso de conflicto con la libertad de expresión.

Precisamente, como resultado de dicha interpretación ampliada del derecho a la privacidad del art. 8 CEDH, el TEDH ha manifestado que el derecho a la protección de la reputación formaría parte del mismo.⁵²⁶

11. La Asamblea reafirma la importancia del derecho al respeto de la vida privada de toda persona, y del derecho a la libertad de expresión, como fundamentos de una sociedad democrática. Estos derechos no son ni absolutos ni están jerarquizados entre ellos, siendo de igual valor.

12. La Asamblea recuerda, sin embargo, que el derecho al respeto de la vida privada, garantizado por el artículo 8 del CEDH, debe proteger al individuo no solamente frente a la injerencia de los poderes públicos, sino también de la de los particulares y de la de las instituciones privadas, incluidos los medios de comunicación de masas.

13. La Asamblea considera que, habiendo ratificado todos los Estados miembros el CEDH y que numerosas legislaciones internas incluyen asimismo disposiciones que garantizan dicha protección, no es necesario, en consecuencia, proponer la adopción de un nuevo convenio que garantice el respeto de la vida privada.

⁵²⁶ STEDH (Sección 2ª) de 29 junio de 2004, por la que se resuelve el caso *Chauvy* y otros contra Francia. TEDH 2004\47. Apartado 70: “*El derecho a la reputación de las personas cuestionadas en el libro, derecho que, como elemento de la vida privada, pertenece al ámbito del artículo 8 del Convenio, cuyo respeto este garantiza*”.

STEDH (Sección 3ª) de 21 septiembre de 2010, por la que se resuelve el caso *Polanco Torres y Movilla Polanco* contra España. TEDH 2010\95. Apartado 40: “*En la jurisprudencia del Tribunal se reconoce*

Por resultar fundamental para comprender esta consideración de la protección de la reputación como derecho humano incardinable en el artículo 8 CEDH, y no como una mera restricción de la libertad de expresión, nos vemos obligados a citar el voto particular del Magistrado Sr. D. LOUCAIDES, en la STEDH por la que se resuelve el caso *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July* contra Francia,⁵²⁷ pues es el mayor y mejor fundamento jurídico en favor del reconocimiento del derecho al honor como un derecho humano autónomo, y no como una simple restricción de la libertad de expresión. Al fin y al cabo, el honor, como indica el magistrado, es “*el valor humano fundamental que constituye la dignidad de la persona*”.

Así pues, empieza el Magistrado, Sr. LOUCAIDES, afirmando que:

“Suscribo las conclusiones del Tribunal en esta causa, pero deseo formular algunas opiniones sobre la tensión entre la libertad de expresión y el derecho a la protección de la reputación.

No se puede negar la importancia de la libertad de expresión, sobre todo de los medios de comunicación: se trata de un elemento esencial de toda sociedad democrática. Ha de saberse aún si la protección que se le otorga puede en cualquier circunstancia llegar a privar a las víctimas de declaraciones difamatorias de todo recurso efectivo.

Durante muchos años, la jurisprudencia del Tribunal se ha desarrollado a partir de la premisa según la cual la libertad de expresión constituye un derecho explícitamente garantizado por el Convenio, el deseo de protección de la reputación constituye simplemente un motivo admisible de restricción del derecho en cuestión, no pudiendo esta restricción considerarse un atentado legítimo a la libertad de expresión salvo si es «necesaria en una sociedad democrática» y, en otras palabras, si corresponde a una «necesidad social imperiosa», si es «proporcional al fin legítimo perseguido» y si «los motivos invocados para justificarla son pertinentes y suficientes». Además, al igual que en el caso de los otros derechos garantizados por el Convenio, toda excepción a la libertad de expresión debe interpretarse de manera estricta y limitada. Corresponde al Estado demostrar que existían unos motivos «pertinentes y suficientes» para vulnerar esta libertad.

que el derecho de una persona a la protección de su reputación está amparado en el artículo 8 como elemento del derecho al respeto de la vida privada”.

STEDH (Sección 3ª) de 19 junio de 2012, por la que se resuelve el caso Tanasoica contra Rumania. TEDH 2012\58. Apartado 37: “*Por otro lado, el derecho a la protección de la reputación es un derecho que está incluido, como elemento de la vida privada, en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio*”

⁵²⁷ STEDH (Gran Sala) de 22 octubre de 2007, por la que se resuelve el por la que se resuelve el caso *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July* contra Francia. TEDH 2007\71. Opinión Concordante del Magistrado Sr. LOUCAIDES.

Debido a este enfoque, la jurisprudencia en materia de libertad de expresión ha dado pruebas, ocasionalmente, de una sensibilidad excesiva, y concedido al derecho a la libertad de expresión una sobreprotección respecto al derecho a la reputación, considerándose la libertad de expresión un valor prioritario que permite en muchos casos privar a las víctimas de difamación de un recurso apropiado para el restablecimiento de su dignidad.

Este enfoque me parece no conciliarse con la interpretación correcta del Convenio. Debería siempre considerarse que el derecho a la protección de la reputación forma parte integrante del derecho al respeto de la vida privada que garantiza el artículo 8 del Convenio (...)

*Habría sido inexplicable no prever la protección directa de la reputación y dignidad de las personas en un Convenio de los Derechos Humanos redactado tras la Segunda Guerra mundial con el fin de mejorar la protección personal de los individuos tras la experiencia odiosa del nazismo. El Convenio protege explícitamente unos derechos de menor importancia, como el del respeto de la correspondencia. Resulta pues difícil admitir que el valor humano fundamental que constituye la dignidad de la persona⁵²⁸ no goza de una protección directa por el Convenio, sino que es simplemente reconocida, bajo ciertas condiciones, como un motivo válido para restringir la libertad de expresión. La dignidad de la persona requiere una protección más amplia y directa contra las acusaciones difamatorias, que pueden destruir a las personas. Por otra parte, son legión los ejemplos de casos trágicos. Reitero a este respecto lo que dije a la sazón en mi opinión disidente anexa al informe de la Comisión en el asunto *Bladet Tromsø A/S y Pal Stensaas* contra Noruega (9 julio 1998):*

«La prensa constituye actualmente un medio importante y poderoso de influencia en la opinión pública. Las impresiones que puede suscitar la publicación de un artículo en la prensa son de ordinario más determinantes que la realidad, porque mientras esta no sea probada, prevalece la impresión. Y puede que la realidad no se descubra jamás o que, si lo es, sea demasiado tarde para reparar el perjuicio causado por la impresión inicial. La prensa ejerce, en efecto, un poder importante y debe someterse a las mismas restricciones que las que se aplican en el ejercicio de todo poder: debe abstenerse de abusos, obrar de forma equitativa y respetar los derechos ajenos».

Admitir que el respeto de la reputación constituye un derecho fundamental autónomo cuya fuente es el propio Convenio, conduce inevitablemente a una protección más efectiva de la protección de la reputación de las personas frente a la libertad de expresión.

En el curso de los últimos años, el Tribunal ha reconocido explícitamente que la protección de la reputación es un derecho que pertenece al campo de aplicación del derecho al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 8 del Convenio (...), incluso si no hay una jurisprudencia extensa sobre este nuevo enfoque y si no ha sido invocada en otros asuntos relativos a la relación entre la libertad de expresión y la difamación. Toda declaración difamatoria se considera atentatoria a un derecho garantizado por el Convenio y solo puede considerarse justificada si corresponde a una restricción admisible en el ejercicio del derecho en cuestión. Dicho de otro modo, debe estar prevista por la Ley, corresponder a una necesidad social imperiosa y ser proporcional al fin perseguido, en síntesis, ser necesaria en

⁵²⁸ Cita efectuada por el propio Magistrado en su voto concordante: “Se puede citar a este respecto a Shakespeare: «Mi querido señor, en el hombre y en la mujer, el buen nombre es la joya más inmediata a sus almas. Quien me roba la bolsa, me roba una porquería (...); pero el que me hurta mi buen nombre (...) me deja pobre de verdad» (Otelo, acto III, 3ª escena)”.

una sociedad democrática. Es así más difícil defender una declaración difamatoria a efectos de protección de un derecho garantizado por el Convenio si se considera atentatoria a un derecho reconocido por el Convenio, en lugar de una restricción necesaria a la libertad de expresión.

Cuando están en conflicto dos derechos garantizados por el Convenio, no se puede neutralizar uno en beneficio del otro adoptando un trámite absolutista. Los dos derechos deben ejercitarse y subsistir de forma armoniosa, debiendo hacerse las consideraciones necesarias atendiendo a las circunstancias de la causa.

No debe interpretarse que el principio establecido por la jurisprudencia según el cual debe reconocerse al ejercicio de la libertad de expresión una mayor amplitud en los ámbitos del discurso o del debate político, de la discusión sobre cuestiones de interés general o, como en el presente caso, de la formulación de críticas dirigidas contra políticos, autoriza la publicación de cualquier declaración no comprobada. Este principio significa simplemente, en mi opinión, que en los ámbitos mencionados anteriormente, y en lo que respecta a los políticos, cabe tolerar cierta exageración en las alegaciones de hecho, incluso cierto efecto ofensivo. Pero no significa que la reputación de los políticos se halle a merced de los medios de comunicación o de los comentaristas políticos, o que esta reputación no merezca la misma protección jurídica que para otra persona. La reputación es un valor sagrado para todos, incluidos los políticos, y está protegida como derecho fundamental del ser humano por el Convenio, en beneficio de todos los justiciables sin excepción. Es desde este punto de vista que he analizado los hechos de la presente causa.

Aprovecho la ocasión para poner de relieve algunos efectos negativos producidos por la sobreprotección del derecho a la libertad de expresión en detrimento del derecho a la protección de la reputación. El argumento principal que milita a favor de la protección de la libertad de expresión, incluso en caso de declaraciones difamatorias, es el apoyo a la libertad de debate de las cuestiones públicas. Pero el argumento opuesto es igualmente poderoso; la supresión de las declaraciones difamatorias, además de proteger la dignidad de las personas, disuade de las declaraciones falsas y mejora la calidad en conjunto del debate público, produciendo un efecto disuasorio en el periodismo irresponsable. Además, los debates necesarios corren el riesgo de no producirse si los potenciales participantes saben que no dispondrán de ningún recurso en caso de que se formulen contra ellos acusaciones difamatorias. La prohibición de las palabras difamatorias obstaculiza también la desinformación de los medios de comunicación de masas y protege de forma efectiva el derecho del público a una información fidedigna. Además, las acusaciones falsas contra funcionarios públicos o candidatos a cargos públicos pueden disuadir a las personas competentes de ambicionar un puesto en la Administración pública, perjudicando así el proceso político en lugar de favorecerlo.

Desde el momento en que cabe reconocer, como he explicado anteriormente, el mismo estatus jurídico que al derecho a la libertad de expresión, el derecho a la protección de la reputación debe gozar de una protección efectiva de forma que unas declaraciones difamatorias, en ninguna circunstancia, hayan o no sido hechas con la intención de perjudicar y se las considere o no inevitables para el libre debate de cuestiones de interés general o para la función esencial que cumple la prensa, puedan quedar impunes.

No hay que perder de vista el hecho de que los medios de comunicación de masas son en la actualidad empresas comerciales con un poder incontrolado y virtualmente sin límites y más interesadas en la publicación de noticias jugosas y sensacionalistas que en la difusión de informaciones útiles para el público, en una misión de vigilancia respecto a los posibles abusos de los poderes públicos o en la

realización de otros objetivos idealistas. Incluso si lograsen tales objetivos de forma incidental, accidental o incluso, si llega el caso, deliberadamente, deben estar sometidas a una limitación respecto a la necesidad de proteger el respeto debido a la verdad y la dignidad de las personas. Tal restricción debe comprender la obligación de investigar antes de publicar alegaciones de carácter potencialmente difamatorio y la de ofrecer a las personas afectadas por la publicación de las palabras difamatorias la ocasión de reaccionar y ofrecer su propia versión. Además, las víctimas de alegaciones difamatorias deben poder averiguar la responsabilidad de los medios de comunicación de masas ante los tribunales. Puede considerarse, no más que los otros poderes, que los medios de comunicación de masas tienen cuentas que rendirse a ellos mismos. Pensar de otro modo sería abrir la puerta a lo arbitrario y a la impunidad, lo que equivaldría a minar los fundamentos de la propia democracia”.

Tal es la sabiduría de sus palabras, que nada más tenemos que añadir al respecto. En cualquier caso, dichas reflexiones merecerían estar grabadas en el frontispicio de todos los medios de comunicación.

Por tanto, debemos entender que, en el momento actual de la jurisprudencia, el derecho a la protección de la reputación merece ser considerado como un derecho humano, amparado por el artículo 8 CEDH, y al mismo nivel que el derecho a la libertad de expresión, y no como una simple restricción de esta, del art. 10.2 CEDH.⁵²⁹ Ha habido, por tanto, una evolución jurisprudencial, en favor de reequilibrar ambos derechos, sin que, por ello, haya dejado de reconocerse que, la libertad de expresión, amén de un derecho individual, supone una garantía institucional del sistema democrático.

Podemos avanzar, incluso, que el propio concepto de derecho al honor, tal cual lo entendemos en España, es decir, como derecho de la personalidad, ha sido también reconocido así en la más reciente jurisprudencia del TEDH.⁵³⁰ No obstante, en

⁵²⁹ STEDH (Sección 3ª) de 19 junio de 2012, por la que se resuelve el caso Tanasoica contra Rumania. TEDH 2012\58. Apartado 39: “En casos como el del presente asunto, el Tribunal considera que, en principio, el resultado de la demanda no debería variar según cuál sea la manera en la que tal demanda haya sido planteada, esto es, bien sea desde la perspectiva del artículo 10 del Convenio, por el periodista que publicó el artículo litigioso o, bien sea desde la perspectiva del artículo 8, por la persona a la que hacía referencia ese artículo. En efecto, estos derechos merecen ser a priori respetados por igual”.

⁵³⁰ STEDH (Sección 5ª) de 13 enero de 2011, por la que se resuelve el caso Hoffer y Annen contra Alemania. TEDH 2011\7. Apartado 46: “Vulneraron los derechos de personalidad del médico de una forma particularmente seria, y hubiera podido esperarse que expresasen su crítica de forma que dañase en menor medida el honor del médico”.

ocasiones, el TEDH cita a la reputación y al honor como si fuesen conceptos diferenciados, sin definir ninguno de los dos, ni indicar cuál sería el elemento que los distingue.⁵³¹ Entendemos que la depuración conceptual llegará con el avance jurisprudencial. Al fin y al cabo, su consideración como derecho autónomo es bastante reciente.

III.- EL OBJETO DEL DERECHO AL HONOR CONFORME LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Como ya hemos visto, el TEDH sitúa el derecho al honor dentro del ámbito de protección del artículo 8 del CEDH. Para el TEDH, la garantía que ofrece este artículo está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes.⁵³²

Debemos tener en cuenta que el objeto de protección de este artículo es la vida privada, la cual, a su vez, abarca distintos bienes jurídicos dignos de protección, entre los cuales se encuentra el honor de la persona. En diferentes Sentencias el TEDH ha apuntado que la reputación forma parte de la identidad personal y la integridad y, por ello, se situaría dentro del ámbito de la "vida privada" de las personas.⁵³³

⁵³¹ STEDH (Sección 1ª) de 4 octubre de 2007, por la que se resuelve el caso *Sánchez Cárdenas* contra Noruega. TEDH 2007\64. Apartado 38: “Además, el Tribunal señala que la citada descripción del comportamiento del demandante en un fallo judicial categórico podía probablemente ser de gran trascendencia por la manera en que lo estigmatizaba y podía tener un gran impacto en su situación personal, así como en su honor y en su reputación”.

STEDH (Sección 3ª) de 21 septiembre de 2010, por la que se resuelve el caso *Polanco Torres y Movilla Polanco* contra España. TEDH 2010\95. Apartado 40: “El Tribunal ha juzgado ya que la reputación de una persona forma parte de su identidad personal y su integridad moral, que pertenecen a su vida privada, incluso en el marco de una crítica en el contexto de un debate político (...) Las mismas consideraciones se aplican al honor de una persona”

⁵³² STEDH (Sección 3ª) de 24 junio de 2004, por la que se resuelve el caso *Von Hannover* contra Alemania. TEDH 2004\45. Apartado 50: “Además, la esfera de la vida privada, tal como la concibe el Tribunal, cubre la integridad física y moral de una persona; la garantía que ofrece el artículo 8 del Convenio está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes”.

⁵³³ STEDH (Sección 2ª) de 29 junio de 2004, por la que se resuelve el caso *Chauvy* y otros contra Francia. TEDH 2004\47. Apartado 70: “Además, el Tribunal, en el ejercicio de un control europeo que le compete, debe verificar si las autoridades mantuvieron un equilibrio justo en la protección de dos valores

No obstante, no en todas las Sentencias del TEDH se da esa identificación entre reputación e integridad personal. Así, en otra línea jurisprudencial, el TEDH entiende que la evaluación externa que se pueda hacer de la persona tiene una incidencia directa sobre su reputación, pero no necesariamente en su integridad personal. Solo en aquellos casos en que la ofensa fuese tan grave que pudiera socavar, además de su reputación, su integridad personal, entonces sí que nos encontraríamos ante un ataque a la “vida privada” merecedora de la protección jurídica del TEDH⁵³⁴.

La diferencia entre ambas tesis no es baladí, pues las consecuencias de aceptar que cualquier ofensa supone una lesión de la integridad personal, y por tanto, es

garantizados por el Convenio y que pueden encontrarse en conflicto en este tipo de asuntos: por un lado, la libertad de expresión protegida por el artículo 10 del CEDH, y por otro, el derecho a la reputación de las personas cuestionadas en el libro, derecho que, como elemento de la vida privada, pertenece al ámbito del artículo 8 del Convenio, cuyo respeto este garantiza”.

STEDH (Sección 1ª) de 15 noviembre de 2007, por la que se resuelve el caso *Pfeifer* contra Austria. JUR 2007\333961. Apartado 35: “*The Court considers that a person's reputation, even if that person is criticised in the context of a public debate, forms part of his or her personal identity and psychological integrity and therefore also falls within the scope of his or her "private life". Article 8 therefore applies*”. Traducción: Apartado 35: La Corte considera que la reputación de una persona, incluso si esa persona es criticada en el contexto de un debate público, forma parte de su identidad personal e integridad psicológica y, por lo tanto, también se encuentra dentro del ámbito de su “vida privada”. En consecuencia, se aplica el artículo 8.

⁵³⁴ STEDH (Sección 3ª) de 21 septiembre de 2010, por la que se resuelve el caso *Polanco Torres y Movilla Polanco* contra España. TEDH 2010\95.

Apartado 40: “*En cuanto a la aplicabilidad del artículo 8, el Tribunal recuerda que la noción de «vida privada» comprende elementos que hacen referencia a la identidad de la persona tales como el nombre, su foto, su integridad física y moral; la garantía que ofrece el artículo 8 del Convenio está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes. Existe, por tanto, una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede formar parte de la «vida privada» (...) En la jurisprudencia del Tribunal se reconoce que el derecho de una persona a la protección de su reputación está amparado en el artículo 8 como elemento del derecho al respeto de la vida privada (...) El Tribunal ha juzgado ya que la reputación de una persona forma parte de su identidad personal y su integridad moral, que pertenecen a su vida privada (...) Las mismas consideraciones se aplican al honor de una persona (...) Se requiere, además, que las declaraciones que imputan hechos sean suficientemente graves y que su publicación repercuta directamente en la vida privada de la persona afectada. Para que se aplique el artículo 8, la publicación susceptible de empañar la reputación de una persona debe constituir un atentado a su vida privada de tal gravedad que se vea comprometida su integridad personal”.*

STEDH (Sección 3ª) de 19 junio de 2012, por la que se resuelve el caso *Tanasoica* contra Rumania. TEDH 2012\58.

Apartado 37: “*Por otro lado, el derecho a la protección de la reputación es un derecho que está incluido, como elemento de la vida privada, en el ámbito de aplicación del artículo 8 del CEDH (...) Sin embargo, para que el artículo 8 resulte aplicable, el ataque contra la reputación personal debe alcanzar un cierto nivel de gravedad y haberse llevado a cabo de manera que se haya menoscabado el disfrute personal del derecho al respeto de la vida privada”.*

amparable bajo la protección del artículo 8 del CEDH, o limitar dicho amparo a aquellos ataques a la reputación, que sean de tal gravedad, que supongan un menoscabo a la integridad personal, no son las mismas. Solo en el segundo caso, el TEDH reconocería la existencia de una vulneración del artículo 8 CEDH.

IV.- LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR: UNA OBLIGACIÓN DE DOBLE FAZ POR PARTE DEL ESTADO

El TEDH ha entendido que la protección de la reputación conlleva dos obligaciones de distinta naturaleza para con los Estados: La primera, de carácter negativo, supone que las autoridades públicas deban abstenerse de cometer injerencias arbitrarias en el honor de las personas; la segunda, de carácter positivo, implicaría la adopción de medidas destinadas a asegurar el respeto al honor de las personas, incluso en la esfera de las relaciones de los particulares entre sí.⁵³⁵

V.- ¿ES LA PROTECCIÓN PENAL DEL HONOR COMPATIBLE CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN RECONOCIDA EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS? ¿MERCEN LAS INSTITUCIONES UNA PROTECCIÓN REFORZADA?

Tanto la Asamblea Parlamentaria como el Comité de Ministros del Consejo de Europa se han manifestado, de manera muy concreta y contundente, a favor de la supresión de la pena de prisión en los delitos relacionados con el honor, excepto en los

⁵³⁵ STEDH (Sección 3ª) de 14 enero de 2014, por la que se resuelve el caso *Lavric* contra Rumanía. JUR 2014\11188. Apartado 30: “*The Court reiterates that, although the object of Article 8 is to protect individuals against arbitrary interference by public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference. In addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private and family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private and family life, even in the sphere of the relations of individuals between themselves*”.

Traducción: El Tribunal reitera que, aunque el objeto del artículo 8 es proteger a las personas contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, no solo obliga al Estado a abstenerse de llevar a cabo tales injerencias. Además de esta obligación principalmente negativa, puede haber obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada y familiar. Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada y familiar, incluso en la esfera de las relaciones de los individuos entre sí.

casos muy graves, como el discurso del odio. Así mismo, entienden que la protección reforzada de las instituciones y organismos del Estado, así como del personal a su servicio, contraviene el CEDH. Como solución que evitaría la pendencia de esa espada de Damocles que supone cualquier proceso penal, apuestan por la abolición de los delitos de injurias y calumnias referidos a las instituciones.

La Resolución 1577 (2007) de la Asamblea Parlamentaria, titulada «Hacia la despenalización de la difamación»⁵³⁶, versa como sigue:

“11. [La Asamblea] constata con gran preocupación que en muchos Estados miembros la Ley prevé penas de prisión por difamación, y que en algunos todavía se imponen en la práctica (...)

13. Por consiguiente, la Asamblea considera que las penas de prisión por difamación deben abolirse sin más demora. En particular, exhorta a los Estados cuya legislación todavía prevea penas de prisión –aun cuando estas no se impongan en la práctica– a eliminarlas inmediatamente, para no servir de excusa, aun siendo injustificada, a los Estados que siguen imponiéndolas, provocando así la degradación de las libertades fundamentales (...)

17. En consecuencia, la Asamblea exhorta a los Estados miembros a:

17.1. Abolir inmediatamente las penas de prisión por difamación;

17.2. Garantizar que no haya ejercicio abusivo de la acción penal (...)

17.3. Definir con mayor precisión en su legislación el concepto de difamación, con el fin de evitar la aplicación arbitraria de la Ley y garantizar que el Derecho civil aporte una protección efectiva de la dignidad de la persona afectada por la difamación (...)

17.6. Eliminar de la legislación relativa a la difamación las disposiciones que otorguen una protección reforzada de las personalidades públicas, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal (...)”.

La Declaración sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación, aprobada por el Comité de Ministros el 12 de febrero de 2004⁵³⁷ versa como sigue:

*“El Comité de Ministros del Consejo de Europa,
Consciente de que algunos ordenamientos jurídicos internos aún conceden privilegios jurídicos a personalidades políticas o funcionarios contra la divulgación*

⁵³⁶ Resolución 1577 (2007), sobre la despenalización de la difamación, de la Asamblea Parlamentaria, de 4 de octubre de 2007, disponible en:

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17588&lang=en>

⁵³⁷ Declaración del Comité de Ministros, sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación, de 12 de febrero de 2004, disponible en:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=118995&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

en los medios de comunicación de informaciones y opiniones que les atañen, lo que no es compatible con el derecho a la libertad de expresión y de información garantizado por el artículo 10 del Convenio (...)

II. Libertad de crítica al Estado o a las instituciones públicas

El Estado, el gobierno o cualquier otro órgano de los poderes ejecutivo, legislativo o judicial, pueden ser objeto de crítica en los medios de comunicación. En razón de su posición dominante, estas instituciones no deberían estar protegidas como tales por el Derecho penal frente a las declaraciones difamatorias o insultantes. No obstante, cuando estas instituciones gocen de tal protección, esta protección debería aplicarse de forma muy restrictiva evitando, en todos los casos, que pueda utilizarse para restringir la libertad de crítica. Por lo demás, las personas que representan a estas instituciones siguen estando protegidas como individuos (...)

VI. Reputación de las personalidades políticas y de los funcionarios

Las personalidades políticas no deberían gozar de mayor protección de su reputación y sus otros derechos que las demás personas, y la legislación interna no debería imponer a los medios de comunicación sanciones más severas cuando estos critican a personalidades políticas (...)

VIII. Vías de recurso frente a las violaciones por los medios de comunicación

Las personalidades políticas y los funcionarios solo deberían tener acceso a las vías de recurso de que disponen los particulares en el supuesto de violación de sus derechos por los medios de comunicación (...) La difamación o el insulto por los medios de comunicación no debería implicar pena de prisión, salvo que fuere estrictamente necesaria y proporcionada en atención a la gravedad de la violación de los derechos o la reputación ajena, especialmente si, a través de declaraciones difamatorias o insultantes en los medios de comunicación, como un discurso de odio, se han vulnerado gravemente otros derechos fundamentales”.

Esta tesis ha sido asumida plenamente por el TEDH.⁵³⁸ Además, entiende que el mantenimiento de estos delitos tiene una indeseable consecuencia, cual es el efecto

⁵³⁸ STEDH (Sección 3ª) de 15 marzo 2011, por la que se resuelve el caso *Otegi Mondragón* contra España. TEDH 2011\30. Apartado 55: “El Tribunal constata además que, para condenar al demandante, los tribunales internos se basaron en el artículo 490.3 del Código Penal, precepto que concede al Jefe del Estado un mayor nivel de protección que a otras personas (protegidas por el régimen común de la injuria) o instituciones (tales como el Gobierno y el Parlamento) con respecto a la divulgación de informaciones u opiniones que les afecten, y que prevé sanciones más graves para los autores de injurias (...) A este respecto, el Tribunal ya ha declarado que una protección ampliada en materia de ofensas mediante una Ley especial no es conforme, en principio, con el espíritu del Convenio. En su Sentencia *Colombani y otros*, previamente citada, examinó el artículo 36 de la Ley francesa de 29 de julio de 1881, abolido desde entonces, relativo a los delitos contra los jefes de Estado y diplomáticos extranjeros. Señaló que la aplicación del artículo 36 de la Ley de 1881 confería a los jefes de Estado extranjeros un privilegio exorbitante, sustrayéndolos a la crítica únicamente en razón de su función o condición, lo que era inconciliable con la práctica y las concepciones políticas actuales. Concluyó, por tanto, que era el régimen derogatorio de protección previsto para los jefes de Estado en el artículo 36 de la Ley, el que era atentatorio a la libertad de expresión y no el derecho para estos últimos de hacer castigar los atentados a su honor en las condiciones jurídicas que se reconocían a cualquier persona (...) En su Sentencia *Artun y Givener*, previamente citada, el Tribunal estimó que lo que había denunciado en la Sentencia *Colombani y otros*, en relación a los jefes de Estado extranjeros, era aún más válido en lo que respecta al interés de un Estado de proteger la reputación de su propio jefe de Estado: tal interés no justificaba conferir a este último un privilegio o una protección especial frente al derecho a informar y expresar opiniones sobre él”.

disuasorio que produce tanto en aquel que desea informar o expresarse libremente, como en el resto de los conciudadanos.⁵³⁹

No obstante, este tema será ampliamente desarrollado en el último capítulo, por contraposición con la legislación y jurisprudencia españolas.

VI.- LA TITULARIDAD DEL DERECHO AL HONOR

Del mismo modo que lo realizamos en el análisis sobre la libertad de expresión, también aquí cabe hacer un estudio específico sobre quiénes pueden ser titulares del derecho a la protección de la reputación.

1.- LAS PERSONAS FÍSICAS

Es evidente que el derecho a la protección de la reputación incluye a todo tipo de personas físicas, sin ningún tipo de distinción, sean estos nacionales o extranjeros, tal y como indicamos respecto de la libertad de expresión.

De hecho, el bien jurídico protegido, el honor, en tanto que bien de la personalidad, se encuentra íntimamente ligado con la dignidad del ser humano. Recordemos que los derechos de la personalidad encuentran su sentido jurídico como manifestación de la dignidad.

Este es un punto que no ha suscitado ningún tipo de divergencias ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, por lo que nada más cabe añadir.

Apartado 56: *“El Tribunal estima que, pese a las diferencias existentes con un régimen republicano como el de Turquía, los principios que se desprenden de su propia jurisprudencia en la materia son en teoría también válidos en lo que respecta a un régimen monárquico como el de España, en el que el Rey ocupa una posición institucional singular, como recuerda el Gobierno. En efecto, en el referido asunto Pakdemirli, la sobreprotección del Presidente de la República se refería también al hecho de que la persona que ocupa esta función no recibe el título de político sino de estadista”*.

⁵³⁹ *Ibídem*, Apartado 60: *“En las circunstancias del presente caso, en las que las declaraciones en litigio se realizaron en el ámbito de un debate sobre una cuestión que presentaba un interés público legítimo, no consta justificación de la imposición de una pena de prisión. Por su propia naturaleza, tal sanción produce inevitablemente un efecto disuasorio, pese al hecho de que se suspendiera la pena del demandante”*.

2.- EL HONOR DE LAS PERSONAS FALLECIDAS

El TEDH ha afirmado, en la reciente Sentencia que resuelve el caso *Putistin* contra Ucrania, que el ataque a la reputación de un miembro fallecido de una familia, puede afectar a la vida privada de sus familiares y, por lo tanto, estaría comprendida dentro del ámbito del artículo 8 del CEDH.⁵⁴⁰ Consecuentemente, los ataques a la reputación de un familiar fallecido podrán ser denunciados por sus familiares.

Por el evidente interés histórico, y porque así se explica mejor la postura del TEDH, sí que creemos que es interesante destacar las bases fácticas del procedimiento.⁵⁴¹

Los hechos se retrotraen al mundialmente famoso partido de fútbol, conocido como “*Death Match*” (partido a muerte), celebrado el 9 de agosto de 1.942, en la Ucrania ocupada bajo la dominación nazi. La contienda deportiva tuvo lugar entre el *FC Start* - un equipo compuesto en su mayoría por los jugadores de fútbol de *FC Dínamo de Kiev* que, en aquellos momentos, trabajaban en una panadería de Kiev, y un equipo de pilotos y técnicos de la *Luftwaffe* alemana (“*Flakelf*”). El partido es conocido por la humillante derrota del *Flakelf* (el *FC Start* derrotó al *Flakelf* por un marcador de 5 - 3), a pesar de la exhibición de falta de deportividad de los jugadores del *Flakelf*, que incluyó amenazas contra los miembros del *FC Start* y un arbitraje injusto por parte de un oficial de las SS. La victoria del *FC Start* en ese partido dio lugar a graves repercusiones para sus jugadores, que fueron arrestados y enviados a un campo de concentración local, donde finalmente fueron ejecutados cuatro de ellos.⁵⁴² Dicho

⁵⁴⁰ STEDH (Sección 5ª) de 21 noviembre de 2013, por la que se resuelve el caso *Putistin* contra Ucrania. JUR 2013\349643. Apartado 33: “*The Court can accept, as do the Government, that the reputation of a deceased member of a person's family may, in certain circumstances, affect that person's private life and identity, and thus come within the scope of Article 8*”.

Traducción: Apartado 33: El Tribunal acepta, como lo hace el Gobierno, que el ataque a la reputación de un miembro fallecido de la familia puede, en determinadas circunstancias, afectar la vida y la identidad privada del familiar, y por lo tanto está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 8.

⁵⁴¹ Esta historia épica sirvió de argumento para la película “*Evasión o victoria*”.

⁵⁴² Apartado 7 de la STEDH (Sección 5ª) de 21 noviembre de 2013, por la que se resuelve el caso *Putistin* contra Ucrania. JUR 2013\349643.

partido ha sido glorificado por la Historia, como símbolo del honor bien entendido, pues los jugadores del *FC Start* prefirieron asumir el riesgo de su muerte, antes que perder el partido.⁵⁴³

En el año 2001, es decir, casi 60 años después, y como consecuencia de una película que se iba a rodar sobre estos hechos, un periódico ucraniano, haciéndose eco del actual revisionismo histórico que estamos padeciendo, publicó una noticia en la que, insinuó que entre los jugadores del *FC Start* había colaboradores de la Gestapo, no siendo ninguno de ellos los cuatro que fueron ejecutados en el campo de concentración de *Syrets*.

A la vista de esta publicación, el hijo de uno de los que no había sido ejecutado, respecto del cual, sin citarlo expresamente, se podía deducir que podría haber sido colaborador de la Gestapo, interpuso una demanda contra el periódico y el periodista que publicaban la noticia, con el argumento de que habían difundido información falsa sobre su padre. En particular, el demandante alegó que el artículo sugería que su padre había colaborado con la Gestapo en 1942. En apoyo de sus pretensiones, suministró copias de documentos del Servicio de Seguridad del Estado de Ucrania, que revelan que en los archivos no constaba ninguna información sobre la supuesta colaboración de su padre con la Gestapo y que no se había incoado nunca un procedimiento penal a este respecto. Los archivos también confirmaron que el padre del demandante había sido detenido en el campo de concentración *Syrets*. La misma información se tenía en los Archivos Regionales de Kiev, la cual confirmaba que el padre del demandante había participado en el "*Death Match*" y, posteriormente, había sido detenido en el campo de concentración de *Syrets*.⁵⁴⁴

La justicia interna ucraniana rechazó la pretensión del demandante basándose en que no era una persona afectada directamente por la publicación; en que el artículo era sobre un guión de cine y no contenía ni el nombre del padre del demandante, ni el suyo,

⁵⁴³ *Ibidem*, Apartado 9.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, Apartados 10 y 11.

y en que tampoco se hacía mención explícita alguna sobre que el padre del demandante hubiese colaborado con la Gestapo.⁵⁴⁵

El TEDH, a pesar de reconocer que el demandante, en tanto que hijo del jugador de fútbol que participó en el famoso partido, tiene derecho a que se proteja la memoria de su padre, desestima la demanda porque, en esencia, en el artículo no se acusa explícitamente a su padre de haber sido colaborador de la Gestapo, siendo insuficiente que se indique, de manera genérica, que hubo futbolistas del FC Start que sí que lo fueron.

La trascendencia de esta Sentencia radica precisamente en ser la primera del TEDH que reconoce explícitamente ese derecho a la protección de la memoria de los fallecidos, por parte de sus familiares más allegados.

3.- LAS PERSONAS JURÍDICAS

Si hablamos del derecho al honor, no podemos entender que el mismo sea predicable de las personas jurídicas. Así pues, el concepto de honor está ligado a la dignidad del ser humano. Las personas jurídicas no tienen dignidad. En consecuencia, las personas jurídicas no pueden tener honor.⁵⁴⁶

Lo que sí tienen, y así lo ha entendido tanto la doctrina, como el TEDH,⁵⁴⁷ es derecho a la protección de la reputación o prestigio comercial, o buen nombre. Estos

⁵⁴⁵ *Ibíd*em, Apartado 12.

⁵⁴⁶ Nos remitimos al capítulo “UNA APROXIMACIÓN DOCTRINAL AL DERECHO AL HONOR Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”.

⁵⁴⁷ STEDH de 20 noviembre de 1989, por la que se resuelve el caso *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann* contra Alemania. TEDH 1989\20. Apartado 11: “*El 20 de noviembre de 1975, se publicó un artículo del señor Klaus Beermann en el boletín informativo dedicado al sector de la droguería y de los productos de belleza. Relataba (...) un incidente que afectaba a una sociedad inglesa de venta por correspondencia, el "Cosmetic Club International, ("el Club") (...)*”

Apartado 36: “*Se trata en este caso de un artículo escrito en un contexto comercial (...). Es indiscutible que el artículo contenía algunas declaraciones exactas, pero expresaba también sus dudas sobre el crédito que se podía conceder al Club, y pedía a los lectores que señalaran "experiencias análogas" en el momento en que el Club prometía averiguar rápidamente lo sucedido en el caso relatado (...) No había razones suficientes para relatar el incidente en el momento de la publicación. El Club estaba conforme*

conceptos, que solo podrían venir equiparados a una de las facetas del derecho al honor, la exterior, sí que podrán ser reconocibles en las personas jurídicas. Es obvio que un ataque al buen nombre de una compañía puede causarle una pérdida de confianza por parte de los consumidores, y ello conllevar un perjuicio económico, además de un daño a un valor intangible, pero innegable, como es la marca comercial.

4.- LOS PROFESIONALES

Las profesiones las ejercen las personas físicas, aun cuando puedan llevarse a cabo también mediante personas jurídicas. Como indicábamos en el punto anterior, el TEDH reconoce también, como amparable, la reputación o el prestigio profesional, es decir, la evaluación que los demás puedan hacer de nuestro proceder como profesionales. Ahora bien, como veremos más adelante, que el profesional en cuestión tenga una proyección pública y que el tema sea de interés general, conllevará que, en el conflicto entre su reputación y la libertad de expresión, a la última se le otorgue un carácter preferente, siempre y cuando la crítica hacia el profesional no sea tan grave, que sobrepase esa faceta pública, que supone la reputación, y entre de lleno en la concepción *ad intra* del honor, lesionando la integridad personal del profesional y socavando, por ello, su “vida privada”.⁵⁴⁸

en hacer inmediatamente las averiguaciones para aclarar la situación. Por otra parte, los demandantes sabían, por haber calificado ellos mismos como provisional la contestación del Club, que sus críticas no podían justificarse con certeza hasta que se esclareciera el asunto. Según el Tribunal Federal, debían haberse dado cuenta de que la divulgación prematura del incidente tendría necesariamente repercusiones desfavorables en las actividades del Club, por cuanto facilitaría a los detallistas especializados un argumento eficaz contra él ante su clientela, que podría utilizarse incluso si se trataba de un incidente aislado que no permitía ninguna conclusión sobre sus prácticas comerciales”.

En la STEDH por la que se resuelve el caso *Jacobowski* contra Alemania, de fecha 23 de junio de 1994, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/>, se pronuncia en el mismo sentido, reconociendo a las personas jurídicas ese derecho a la protección de la reputación comercial.

⁵⁴⁸ En este momento, citamos como Sentencias paradigmáticas (referidas ambas a profesionales de la medicina) que tratan este asunto: la STEDH, de fecha 2 de mayo de 2000, por la que se resuelve el caso *Bergens Tidende* y otros contra Noruega, y la STEDH, de fecha 13 de enero de 2011, por la que se resuelve el caso *Hoffer y Annen* contra Alemania. En las dos Sentencias se reconoce el derecho a la protección del prestigio profesional. No obstante, ambas serán objeto de un análisis detallado en el epígrafe referido al conflicto entre el honor y la libertad de expresión. Veremos cómo el TEDH da una respuesta distinta a cada caso.

5.- LAS ENTIDADES COLECTIVAS

A pesar de la crítica que pueda suponer que un ente colectivo indeterminado pueda ser acreedor del derecho al honor, lo bien cierto es que tanto la Comisión como el TEDH así lo han reconocido siempre.⁵⁴⁹

6.- LAS INSTITUCIONES

El TEDH no se ha pronunciado en contra de reconocer el prestigio de las instituciones, como amparable bajo el paraguas del art. 10.2 CEDH,⁵⁵⁰ si bien con las

⁵⁴⁹ Decisión de la Comisión de Derechos Humanos, de 16 de julio de 1.982, por la que se inadmite la demanda de X. contra Alemania, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>. *“The Commission also finds it was neither arbitrary nor unreasonable to consider the pamphlets displayed by the applicant as a defamatory attack against the jewish community and against individual member of this community. By describing the historical fact of the assassination of millions of jews, a fact wich was even admitted by the applicant himself, as a lie and a Zionist swindle, the pamphlets in question not only gave a distorted picture of the relevant historical facts, also contained an attack on the reputation of all those who were described as liers o swindlers, or at least as persons profiting from or interested in such lies or swindles. (...) The fact that collective protection against defamation is limited to certain specific groups including jews is based on objective considerations”*.

Traducción: Asimismo, la Comisión considera que no era ni arbitrario ni irrazonable considerar, los folletos expuestos por el demandante, como un ataque difamatorio contra la comunidad judía en su conjunto y contra los miembros individuales de esta comunidad. Al describir el hecho histórico del asesinato de millones de judíos, un hecho que fue incluso admitido por el propio demandante, como una mentira y una estafa sionista, los panfletos en cuestión no solo dieron una imagen distorsionada de los hechos históricos relevantes, sino que también contenían un ataque a la reputación de todos aquellos que fueron descritos como mentirosos o ladrones, o, al menos, como personas que se benefician de, o interesados en, este tipo de mentiras o engaños (...) El hecho de que la protección colectiva contra la difamación se limite a ciertos grupos específicos, incluyendo los judíos, se basa en consideraciones objetivas.

STEDH de 23 septiembre de 1994, por la que se resuelve el caso Jersild contra Dinamarca. TEDH 1994\36. Apartado 14: *“El 24 de abril de 1987, el Tribunal de Copenhague reconoció a los tres jóvenes culpables, a uno de ellos por haber dicho que los «negros» y los «trabajadores extranjeros» eran animales”*.

Apartado 35: *“No cabe duda de que las observaciones que valieron su condena a los cazadoras verdes (...) eran más que insultantes para los miembros de los grupos contemplados y no se beneficiaban de la protección del artículo 10”*.

⁵⁵⁰ STEDH de 23 abril de 1992, por la que se resuelve el caso Castells contra España. TEDH 1992\1. Apartado 46: *“Lo cual no quiere decir que no sea lícito que las autoridades competentes del Estado adopten, en su condición de garantes del orden público, medidas (...), destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva ante imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe”*.

STEDH (Sección 3ª) de 15 marzo de 2011, por la que se resuelve el caso Otegi Mondragón contra España. TEDH 2011\30. Apartado 58: *“Es plenamente legítimo que las instituciones del Estado estén amparadas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional”*

limitaciones a las que hemos hecho referencia previamente.⁵⁵¹ Recordemos, en este sentido, que las instituciones, jurídicamente, no podrán disfrutar de un régimen de protección reforzada, en materia de protección de la reputación, respecto de los ciudadanos.⁵⁵² Además, la lesión de del prestigio de las instituciones no debería conllevar sanción penal y, desde luego, jamás pena de prisión (salvo que con las mismas se promueva el discurso del odio o la incitación a la violencia).

Esta apreciación nada obsta para que, las personas que están al frente de las instituciones, a título particular, puedan defender su honor si se consideran dañadas en el mismo.

En cualquier caso, las instituciones del Estado, en tanto que forman parte del mismo, están sujetas a críticas , y en caso de conflicto entre su prestigio y la libertad de expresión, esta última mantendrá un carácter prevalente en el juicio ponderativo.

VII.- EL DERECHO AL HONOR COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS PONDERATIVOS ESTABLECIDOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

⁵⁵¹ Véase, en este capítulo, el epígrafe titulado “¿ES LA PROTECCIÓN PENAL DEL HONOR COMPATIBLE CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN RECONOCIDA EN EL CEDH? ¿MERECE LAS INSTITUCIONES UNA PROTECCIÓN REFORZADA?”

⁵⁵² *Ibíd.* En este punto, además de la referencia anterior, deseamos traer a colación la Sentencia del TEDH, que supuso el punto de partida en la consideración de la incompatibilidad del régimen de protección reforzada de las instituciones con el CEDH. Nos referimos a la STEDH (Sección 2ª), de 25 junio de 2002, por la que se resuelve el caso *Colombani* contra Francia. TEDH 2002\37. Apartado 68: “*El Tribunal constata que la aplicación del artículo 36 de la Ley de 29 de julio de 1881 sobre el delito de ofensa tiende a conferir a los Jefes de Estado un estatus fuera del derecho común, sustrayéndoles a la crítica únicamente debido a su función o estatus, sin tener para nada en cuenta el interés de la crítica. El Tribunal considera que ello equivale a conferir a los Jefes de Estado extranjeros un privilegio exorbitante que no se concilia con la práctica y las concepciones políticas actuales. Sea cual fuere el interés evidente, para todo Estado, de mantener relaciones amistosas y confiadas con los dirigentes de los demás Estados, dicho privilegio sobrepasa lo necesario para alcanzar un objetivo semejante*”. Apartado 69: “*El Tribunal señala por tanto que el delito de ofensa tiende a vulnerar la libertad de expresión y no responde a ninguna «necesidad social imperiosa» que justifique dicha restricción. Hace hincapié en que es el régimen excepcional de la protección otorgada por el artículo 36 a los Jefes de Estado extranjeros el que es atentatorio a la libertad de expresión, y no el derecho de estos últimos de hacer sancionar los atentados a su honor, o a su consideración, o incluso las palabras injuriosas en su contra, y ello, en las condiciones de derecho comunes a todas las personas*”.

1.- INTRODUCCIÓN

A lo largo de este epígrafe vamos a estudiar los principales conflictos que se han dado entre la libertad de expresión y el derecho al honor y cómo han sido resueltos por parte del TEDH. Para ello, debemos partir de una idea básica: la resolución del conflicto entre dos derechos humanos como estos, se hace en virtud del juicio ponderativo (“*balancing exercise*”). Así pues, aunque en estos momentos ambos derechos, como ya hemos visto en capítulos anteriores, están considerados por el TEDH como derechos humanos igualmente amparables, existe una premisa elemental, que es que la libertad de expresión, además de derecho subjetivo es, en sí misma, garantía institucional de una sociedad democrática. Ello supone, en la práctica, que siga teniendo un carácter prevalente, aunque matizado, debiendo acudir al caso concreto, para poder tener en cuenta todas y cada una de las circunstancias y así poder resolver con rectitud.

Por último, merece destacarse que la mayoría de la jurisprudencia del TEDH tiene origen en demandas por violación de la libertad de expresión.⁵⁵³ Como ya hemos visto, el principal análisis que hace el TEDH es comprobar si la actuación de las instituciones internas del Estado supera el “test de Estrasburgo”, es decir, si la restricción llevada a cabo es compatible con el CEDH, siendo sus requisitos los siguientes: que la limitación venga impuesta por ley; que esté justificada por alguno de los fines establecidos en el apartado 2 del artículo 10 CEDH (en este caso, la protección de la reputación); y que la medida sea necesaria en una sociedad democrática. Los dos primeros no van a resultar problemáticos; no así el tercero, que es en el que se fundamentan la mayoría de las Sentencias, para entender que ha habido violación del art. 10 CEDH.

El TEDH interpreta el término “*necesaria*” como “*necesidad social imperiosa*”, es decir, que la medida restrictiva debe responder a una necesidad social imperiosa en

⁵⁵³ Como ya hemos comprobado previamente, no ha sido hasta años muy recientes en que se han empezado a estudiar demandas por lesión del derecho al honor, fundadas en el art. 8 CEDH.

una sociedad democrática. Considerará que la injerencia no responde a una necesidad social imperiosa propia de una sociedad democrática, cuando entienda que los motivos alegados por las autoridades nacionales, para justificarla, no son pertinentes o suficientes, o cuando se entienda que la medida es desproporcionada respecto del legítimo objetivo que se pretende conseguir. A ello habrá que añadir la apreciación de la conflictiva figura del “margen de apreciación nacional”, cuya razón de ser estriba en que los tribunales del Estado en cuestión están en mejor condición para interpretar los derechos conforme a su realidad social, que una alejada instancia, como es el TEDH. Sin embargo, ello conlleva el riesgo, como ya vimos, de que, ante unos mismos hechos y fundamentos de derecho, el TEDH dé respuestas diferentes dependiendo del país de origen de la *litis*.

Reseñamos todas estas cuestiones de carácter general, puesto que las mismas nos van a servir para entender mejor cómo se resuelven los diferentes casos por parte del TEDH. De cualquier modo, resulta fundamental comprender que una sistematización exacta de la jurisprudencia sobre el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, va a resultar imposible, puesto que el TEDH va a tener en cuenta todas y cada una de las circunstancias del caso concreto, para inclinar la balanza en favor de uno de los dos derechos. En este sentido, merecen destacarse las palabras de FERNÁNDEZ BAUTISTA, que a este respecto señalaba “*quizá el inevitable estudio a través de la casuística impida una objetivación y sistematización de los criterios de ponderación lo que, sin duda, deriva en una indeseable –e insostenible- inseguridad jurídica en este ámbito*”.⁵⁵⁴

Adelantamos que, habida cuenta que, cuando tratamos tanto la libertad de expresión como el derecho al honor, hicimos un análisis jurisprudencial completo sobre

⁵⁵⁴ FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, “La tutela de las libertades de expresión e información versus honor. ¿Jurisprudencias convergentes? Consecuencias en el ámbito jurídico penal”, en *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo* (Coord. Argelia Queralt Jiménez), ARANZADI- THOMSON REUTERS, Navarra, 2013, pág. 254.

los mismos, nos remitimos a dichos capítulos, en todo aquello que aquí no tratemos expresamente, evitando, de este modo, duplicidades y reiteraciones innecesarias.

2.- LOS CRITERIOS DE PONDERACIÓN

El TEDH ha establecido los siguientes criterios, que se repiten en su jurisprudencia, y que nos van a servir para comprender la ponderación efectuada entre la libertad de expresión y la vida privada: el interés público de la noticia; la notoriedad de la persona mencionada; el comportamiento anterior de la persona implicada; la manera en la que la información ha sido obtenida y su veracidad; el contenido, la forma y las repercusiones de la publicación; y la gravedad de la sanción y/o indemnización impuesta.⁵⁵⁵

Así pues, estos criterios son los que ha utilizado el TEDH para la resolución de los conflictos entre la libertad de expresión y la vida privada. Debemos recordar que, bajo este concepto, el de protección de la vida privada, el TEDH ha reconocido el derecho a la protección de la reputación (incluso el término honor), la intimidad y la propia imagen. Hacemos esta puntualización porque, a diferencia de la legislación y jurisprudencia española, que sí que efectúan una distinción nítida entre ellos, el TEDH ha tratado estos tres bienes jurídicos de manera poco perfilada, siendo ello el resultado de que, en muchos de estos litigios con los medios de comunicación, se suele dar la afección de más de uno de ellos. Así pues, no es extraño que unas fotografías o unas filmaciones no autorizadas, que recogen situaciones íntimas de la persona, vengán acompañadas de comentarios vejatorios. Por tanto, como vemos, es la necesidad de dar una respuesta global al conflicto al que se enfrenta el TEDH lo que determina que la fundamentación jurídica tenga que ser trifronte.

⁵⁵⁵ Apartados 89 a 109 de la STEDH (Gran Sala), de fecha 7 de febrero de 2012, por la que se resuelve el caso *Axel Springer* contra Alemania, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>
Apartado 41 de la STEDH (Sección 3ª) de 19 junio de 2012 por la que se resuelve el caso *Tanasoica* contra Rumania. TEDH 2012\58.

En todo caso, y habida cuenta que la presente tesis doctoral se centra únicamente en el derecho al honor, los criterios ponderativos los intentaremos analizar únicamente desde ese bien jurídico.

Con carácter previo a finalizar el epígrafe, debemos recordar la diferencia existente entre la libertad de expresión, en sentido estricto, y la libertad de información, y la importancia que de ello se derivará, en relación al conflicto con el derecho al honor.

La libertad de información tiene como objeto la libre emisión y recepción de hechos veraces. La libertad de expresión, en sentido estricto, tiene como objeto la libre emisión y recepción de ideas, opiniones o juicios de valor (naturalmente no hay requisito alguno de veracidad). Esto es fundamental, porque la libertad de información tiene, en su propia naturaleza, un límite de carácter intrínseco que no tiene la libertad de expresión en sentido estricto, cual es que dicha información deba ser veraz. Por tanto, cuando una información no es veraz, ya no es amparable por el ordenamiento jurídico, con independencia de que pueda entrar o no en conflicto con otro derecho, como el honor. Esta idea conllevaría que no sea necesario que, en el caso de información no veraz, tenga que entrar en juego la ponderación, pues de suyo, ya no cabría alegar derecho alguno a la libertad de información, pues la información inveraz no es amparable jurídicamente.

Del mismo modo, aun cuando la libertad de expresar opiniones, ideas, o juicios de valor no está sometida al límite intrínseco de la veracidad, sí que lo está a la necesidad de que dichas expresiones tengan una base fáctica, o que los hechos sobre los que se opine sean públicamente conocidos. Sin dichos requisitos, las mismas, en caso de conflicto con el derecho al honor, se podrán calificar como gratuitas e innecesarias, encontrándose, en ese caso, dicha libertad de expresión, desamparada jurídicamente.

A) El interés público (o general) como elemento fundamental en el juicio ponderativo

La libertad de expresión merecedora de protección, por parte del TEDH, es aquella cuyo objeto es un hecho o un juicio de valor que resulta de interés general para la ciudadanía. De hecho, este será el principal criterio que el TEDH tendrá en cuenta.

El interés general ha sido, desde siempre, uno de los elementos determinantes en el juicio ponderativo de derechos.⁵⁵⁶ Uno de los problemas que nos encontramos es la indeterminación apriorística del concepto “interés general”. Se suele englobar bajo el mismo toda noticia que contribuya a un debate sobre cuestiones de relevancia pública.

A la vista de esta ambigüedad, será el propio TEDH el que, analizando caso por caso, determinará si la noticia responde al interés general o no. En consecuencia, resulta harto complicado predeterminar qué casos serían amparables bajo dicho concepto y cuáles no, aun cuando el TEDH sí que ha indicado que no debe confundirse el interés público, con el interés del público en satisfacer su curiosidad⁵⁵⁷ y, bajo ese criterio, ha

⁵⁵⁶ STEDH de 26 abril de 1979, por la que se resuelve el caso *Sunday Times* contra Reino Unido. TEDH 1979\1. Apartado 65: Referido a los medios de comunicación “*les compete comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones (...) de interés público*”.

STEDH (Sección 2ª) de 23 julio de 2013, por la que se resuelve el caso *I Sampaio y Paiva de Melo* contra Portugal. JUR 2013\267986. Apartado 19: “*Por otro lado, conviene señalar que la prensa juega un papel determinante en una sociedad democrática; aunque no debe rebasar ciertos límites, en lo que concierne principalmente a la protección de los derechos ajenos, le corresponde comunicar, respetando sus derechos y sus responsabilidades, las informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general. A su función que consiste en difundir dichas ideas e informaciones, se añade el derecho, para el público, de recibirlas. Si fuera de otra manera, la prensa no podría jugar su papel indispensable de «perro guardián»*”.

Apartado 20: “*El Tribunal recuerda además que el artículo 10.2 no deja lugar a las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito de los discursos y del debate político - en el que la libertad de expresión reviste gran importancia- o de las cuestiones de interés general*”.

⁵⁵⁷ STEDH (Sección 3ª) de 24 junio de 2004, por la que se resuelve el caso *Von Hannover* contra Alemania. TEDH 2004\45. Apartado 63: “*Ahora bien, el Tribunal considera que conviene efectuar una distinción fundamental entre un reportaje que relata unos hechos –incluso controvertidos– que pueden contribuir a un debate en una sociedad democrática, referentes a personalidades políticas, en el ejercicio de sus funciones oficiales por ejemplo, y un reportaje sobre los detalles de la vida privada de una persona que, además, como en este caso, no desempeña dichas funciones. Si en el primer caso la prensa juega su rol esencial de «perro guardián» en una democracia contribuyendo a «comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público»*”, no sucede lo mismo en el segundo.

Apartado 65: “*Como en otros asuntos similares que ha debido conocer, el Tribunal considera, por tanto, que en este caso la publicación de las fotografías y de los artículos en litigio, cuyo único fin era el de satisfacer la curiosidad de cierto público sobre los detalles de la vida privada de la demandante, no puede considerarse que contribuya a ningún debate de interés general para la sociedad, pese a la notoriedad de la demandante*”.

ido indicando una serie de supuestos que no formarían parte de ese interés general (la vida sentimental o sexual de las personas, su salud, o sus problemas financieros).⁵⁵⁸ No

STEDH (Sección 1ª) de 4 de septiembre de 2009, por la que se resuelve el caso de *Standars Verlags Gmbh* contra Austria (Nº 2), disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>. Apartado 52: “*They made a convincing distinction between information concerning the health of a politician which may in certain circumstances be a issue of public concern (...) and idle gossip about the state of his or her marriage or alleged extra-marital relationships. The Court agrees that the latter does not contribute to any public debate in respect of which the press has to fulfil its role of “public watchdog”, but merely serves to satisfy the curiosity of a certain readership*”.

Traducción: Hicieron una distinción convincente entre la información relativa a la salud de un político que puede, en determinadas circunstancias, ser un tema de interés público (...) y los chismes acerca del estado de su matrimonio o de sus relaciones extramatrimoniales. El Tribunal está de acuerdo en que estos últimos no contribuyen a un debate público, en el que la prensa tiene que cumplir su papel de "perro guardián", sino que solo sirve para satisfacer la curiosidad de un cierto número de lectores.

⁵⁵⁸ STEDH (Gran Sala) de 7 febrero de 2012, por la que se resuelve el caso *Von Hannover* contra Alemania. TEDH 2012\10. Apartado 109: “*Un primer elemento esencial es la contribución a un debate de interés general que aporta la publicación de fotografías y artículos en la prensa (...) La definición de lo que es objeto de interés general depende de las circunstancias concretas del caso. Sin embargo, el Tribunal estima útil recordar que ha reconocido la existencia de tal interés no solamente cuando la publicación se refiere a cuestiones políticas o crímenes cometidos (...), sino también cuando se refiere a cuestiones relativas al deporte o a actores (...) Por el contrario, no se consideran de interés general los eventuales problemas conyugales de un presidente de la República o las dificultades económicas de un célebre cantante*”.

STEDH (Sección 3ª) de 19 noviembre de 2013, por la que se resuelve el caso *Somesan y Butiuc* contra Rumanía. JUR 2013\347370. Apartado 25: “*An initial essential criterion is the contribution made by articles or photographs published in the press to a debate of general interest such as political issues, crimes, sporting or performing arts issues (...) The rumoured marital problems of a president of the Republic or the financial difficulties of a famous singer were not deemed to be matters of general interest (...) In addition, the Court has previously found no public interest justifying the publication of data concerning a person's health or reference to her sexual life, which were held to be of a purely private nature and therefore fell within the protection of Article 8 of the Convention*”.

Apartado 26: “*In the current case, the article published on 29 May 2002 in the Bihoreanul newspaper was describing the extramarital relationship of a private newspaper editor, the first applicant, as well as his relationship with his wife, the second applicant, and included remarks about their health. The article also included lampooning statements about the applicants' characters by the journalist, such as: 'The Someşans. She the cock, he the hen, together two eagles', or qualifying the first applicant as a bothered journalist who was 'obsessed with his former lover'. The Court further observes that the domestic courts did not make any assessment at all as to whether the material published was of public interest, but focused on other aspects of the case, such as whether what was published was true, or whether there was an intention to defame the applicants. Even so, these aspects were not analysed in the general context of the case, but only in the light of the statement given by the journalist*”.

Apartado 27: “*The role or function of the person concerned and the nature of the activities that are the subject of the article constitute another important criterion, related to the preceding one. In that connection, the Court has previously held that a fundamental distinction needs to be made between reporting factual matters capable of contributing to debate in a democratic society, relating to politicians in the exercise of their official functions for example, and reporting details of the private life of an individual who does not exercise such functions, with the sole aim of satisfying public curiosity (...) In the latter case, freedom of expression calls for a narrower interpretation*”.

Traducción: Apartado 25: Un criterio esencial inicial es la contribución de los artículos o fotografías publicadas en la prensa a un debate de interés general, tales como lo son los relativos a los asuntos

obstante, no nos atrevemos a aseverar que todos estos supuestos sigan siendo considerados como ajenos al interés general en el futuro, habida cuenta que la casuística es lo que determina una u otra calificación. Así pues, a título de ejemplo, a pesar de que el salario del presidente de una empresa pudiera considerarse, apriorísticamente, como un dato privado, no merecedor de interés público, el TEDH, en el caso concreto y teniendo en cuenta todos los elementos en juego, ha entendido lo contrario. Por ejemplo, la publicación del incremento salarial del Presidente de la Peugeot fue considerada como un tema de interés general, precisamente por el contexto en que se produjo dicha subida, un período de agitación social a lo largo del mes de septiembre de 1989, caracterizado por las medidas reivindicadas de los trabajadores de la Peugeot, entre las que figuraban los aumentos salariales, que fueron rechazados por la dirección de la empresa presidida por el señor JACQUES CALVET, alegando que, económicamente, no podían ser atendidos.⁵⁵⁹

políticos, los crímenes, el deporte o las cuestiones de artes escénicas (...) Los rumores sobre los problemas de pareja de un presidente de la República o las dificultades financieras de un famoso cantante no se consideran asuntos de interés general (...) Además, el Tribunal no ha encontrado previamente interés público alguno que justificara la publicación de los datos relativos a la salud de una persona o a su vida sexual, los cuales, se entendió, que eran puramente privados y, por lo tanto, comprendidos bajo la protección del artículo 8 de la Convención.

Apartado 26: En el presente caso, el artículo publicado el 29 de mayo de 2002 en el periódico Bihoreanul, describía la relación extramarital de un editor de un periódico privado, el primer demandante, así como su relación con su esposa, la segunda demandante, e incluyó observaciones sobre su salud. El artículo también incluye afirmaciones satíricas acerca del carácter de los demandantes, tales como: 'Los Someșans. Ella el gallo, él la gallina, juntos dos águilas', o calificando al primer demandante como periodista molesto que estaba obsesionado con su ex amante. El Tribunal observa además, que los tribunales nacionales no hicieron ninguna evaluación en absoluto acerca de si el material publicado era de interés público, sino que se centraron en otros aspectos del caso, tales como si lo publicado era cierto, o si hubo una intención de difamar a los solicitantes. Aun así, no se analizaron estos aspectos en el contexto general del caso, sino solo a la luz de la declaración efectuada por el periodista.

Apartado 27: El papel o la función de la persona interesada y la naturaleza de sus actividades que constituyen el objeto del artículo suponen otro criterio importante, relacionado con el anterior. A este respecto, el Tribunal ya ha declarado que debe realizarse una distinción fundamental entre informar sobre asuntos que puedan contribuir al debate en una sociedad democrática, por ejemplo, en relación con los políticos en el ejercicio de sus funciones oficiales, e informar sobre la presentación de informes y detalles de la vida privada del individuo que no ejerce tales funciones, con el único objetivo de satisfacer la curiosidad del público (...) En este último caso, la libertad de expresión requiere una interpretación más estricta.

⁵⁵⁹ STEDH de fecha 21 enero de 1999, por la que se resuelve el caso *Fressoz y Roire* contra Francia. TEDH 1999/3.

Quizá el tema sobre el que el Tribunal se ha mostrado más vacilante a la hora de responder si resulta de interés general o no, es el de la salud de los personajes públicos. Así pues, si bien para el TEDH, en general, no queda justificada la publicación de datos de salud, sí que ha habido ocasiones en las que se ha mostrado a favor. La Sentencia más conocida es la que resuelve el caso *Plon* contra Francia. En dicho supuesto, el TEDH llega a entender que, pasados más de nueve meses desde la muerte del expresidente MITERRAND por cáncer, los ciudadanos sí que tenían derecho a conocer las condiciones de salud que rodearon al mandatario francés, por considerarlas de interés público. El TEDH tiene en cuenta que el cáncer, en virtud del cual falleció, había sido diagnosticado ya pocos meses después de ser elegido, por primera vez, Presidente de la República. Durante todo su mandato, que abarcó catorce años, este dato fue ocultado, impidiendo así, a los electores franceses tener un elemento más a valorar en la reelección que tuvo lugar tras los primeros siete años. Es obvio, en consecuencia, que la salud de quien opta a ocupar la Jefatura del Estado, y más en un país como Francia, en el que sí que se puede votar al mismo, es un tema de interés público.⁵⁶⁰

Apartado 49: *“El Tribunal no encuentra convincente la tesis del Gobierno, según la cual, la información en litigio no constituiría una cuestión de interés general. La publicación intervenía en el marco de un conflicto social, ampliamente tratado por la prensa, en el seno de una de las principales empresas automótiles francesas: los empleados reivindicarían aumentos de salarios que la dirección negaba. El artículo demostraría que el dirigente se había beneficiado de importantes aumentos salariales en aquella época, mientras que paralelamente se oponía a las peticiones de aumento de sus empleados. Haciendo esta comparación en tal contexto, el escrito en litigio contribuiría a un debate público relativo a una cuestión de interés general; su finalidad no era perjudicar la reputación del señor Calvet, sino debatir más ampliamente una cuestión de actualidad interesante para el público”.*

Apartado 46: *“Los señores Fressoz y Roire señalan que su artículo se inscribía en el marco de un debate público de interés general: la cuestión de la evolución del sueldo del señor Calvet revestía, en el momento de su publicación, una especial importancia. El artículo buscaba el contribuir en un debate que iba más allá de la simple persona del dirigente de Peugeot: su personalidad y sus funciones, la importancia del conflicto social en curso y de la empresa afectada constituían otros tantos elementos que se prestaban a discusión. Por lo tanto, la publicación no habría puesto en tela de juicio la reputación o los derechos del señor Calvet, sino la gestión de la empresa que él dirigía”.*

⁵⁶⁰ STEDH (Sección 2ª) de 18 mayo de 2004, por la que se resuelve el caso *Sociedad Plon* contra Francia. TEDH 2004\36. Apartado 44: *“Los tribunales civiles franceses prohibieron, primero de forma provisional y luego definitivamente, a la sociedad editora proseguir la difusión de «El gran secreto». Escrito por el señor Gonod, periodista, y por el doctor Gubler, médico personal del Presidente Mitterrand durante varios años, este libro relata las relaciones entre el doctor Gubler y el Presidente Mitterrand y expone la manera en la que el primero había organizado un servicio médico alrededor del segundo, cuando padecía un cáncer diagnosticado a partir de 1981, algunos meses después de ser elegido por primera vez Presidente de la República francesa. Cuenta en particular las dificultades que le*

Esta Sentencia es muy interesante porque valida la prohibición de la distribución del libro, al poco tiempo de fallecer el Sr. MITERRAND,⁵⁶¹ por el evidente dolor que el mismo podría haber causado a sus familiares, pero considera contraria al artículo 10 CEDH mantener dicha prohibición nueve meses después de su muerte, adquiriendo, con el paso del tiempo, un mayor peso el derecho a la información de los franceses que otras consideraciones.⁵⁶²

planteaba al doctor Gubler el disimular esta enfermedad, cuando el Presidente Mitterrand se había comprometido a hacer aparecer un parte facultativo sobre su salud cada seis meses.

En opinión del Tribunal, la publicación de esta obra se inscribía en un debate de gran interés general entonces en Francia, relativo en concreto al derecho de los ciudadanos, dado el caso, a ser informados de las afecciones graves que sufra el Jefe del Estado, y a la aptitud para la candidatura a la magistratura suprema de una persona que se sabe gravemente enferma. Lo que es más, el secreto, según la tesis de la obra, impuesto por el Presidente Mitterrand desde la aparición de la enfermedad sobre la existencia de su mal y sobre su evolución, por lo menos hasta la fecha en la que la opinión pública fue informada (más de diez años después), plantea la cuestión de interés público de la transparencia de la vida política”.

⁵⁶¹ *Ibídem, Apartado 47: “El Tribunal considera estos motivos «pertinentes y suficientes» en las circunstancias del caso. Señala que el Juez de los recursos de urgencia resolvió el 18 de enero de 1996, al día siguiente de la salida de «El gran secreto», que tuvo lugar diez días después del fallecimiento del Presidente Mitterrand. Seguramente, la difusión en una fecha tan próxima al fallecimiento de un libro que presentaba al Presidente Mitterrand mintiendo a sabiendas al pueblo francés sobre la existencia y la antigüedad de su enfermedad, y, como señaló el Tribunal de Apelación de París de manera detallada en su Sentencia de 13 de marzo de 1996, que vulneraba prima facie el secreto médico, no podía sino avivar el dolor de los herederos de aquel cuya muerte reciente había tenido lugar en medio de sufrimiento. Lo que es más, esta muerte, acaecida después de un largo combate contra la enfermedad y solo unos meses después de finalizar las funciones presidenciales, no dejó de suscitar una viva emoción en la clase política y en la opinión pública, de manera que el atentado contra la memoria del difunto era, en estas circunstancias, especialmente grave. Además, el Tribunal observa que la medida tomada de urgencia no prejuzgaba la solución del litigio que las partes debían debatir seguidamente ante los Jueces competentes en cuanto al fondo; en concreto, basándose en el «desorden manifiestamente ilícito», el Juez del procedimiento de urgencia, como el Tribunal de Apelación resolviendo sobre su resolución, no tenía que entrar en la discusión, jurídicamente delicada, de si la prohibición de divulgar informaciones basa una acción que únicamente pertenece a los vivos. El Juez del procedimiento de urgencia ante el que acudieron la esposa y los hijos del Presidente fallecido unos días antes, en este contexto de duelo, debía decidir la medida que podía hacer cesar ese desorden. Teniendo en cuenta la fecha en la que se tomó y su carácter cautelar, la interrupción de la difusión del libro litigioso hasta que decidieran los tribunales competentes sobre su compatibilidad con el secreto médico y con el atentado contra los derechos ajenos, se encontraba justificada a la vista del o de los fines legítimos perseguidos.*

El Tribunal considera además que esta injerencia era «proporcionada» al fin o a los fines perseguidos, al haberse preocupado el Tribunal de Apelación, al confirmar la medida tomada por el Juez del procedimiento de urgencia, de limitar razonablemente su validez en el tiempo, precisando que cesaría de tener efecto si no se incoaba una acción ante el Juez competente en cuanto al fondo en el plazo de un mes”.

⁵⁶² *Ibídem, Apartado 53: “Al Tribunal no le convencen estas justificaciones. Subraya que, el 23 de octubre de 1996, cuando el Tribunal de gran instancia de París dictó Sentencia, ya hacía nueve meses y medio que François Mitterrand había fallecido. Claramente, el contexto no era el mismo que cuando, el 18 de enero de 1996, el Juez del procedimiento de urgencia había ordenado la interrupción provisional*

Otro ejemplo, muy reciente, de cómo un tema que no merecería ser considerado de interés general, pues afecta a la vida sexual del demandante, es el resuelto en el caso *Rothe* contra Austria.⁵⁶³ En dicho asunto, un semanario publica primero un artículo relativo a una investigación policial llevada a cabo en un seminario, por sospechas de descarga de pornografía infantil. El artículo señala además que se habían encontrado fotografías de seminaristas participando en actividades homosexuales.⁵⁶⁴

Una semana después, el semanario publica otro artículo en el que se informaba sobre que las relaciones homosexuales eran conocidas dentro del seminario e, incluso, que el Obispo que conocía estos hechos, trató de silenciarlos desde un principio. El artículo contenía dos fotografías del subdirector del seminario, una, en la cual estaba a punto de abrazar a un seminarista, y otra, en la que el demandante y el seminarista estaban a punto de besarse. En esta fotografía, el demandante tenía los ojos cerrados y su boca estaba entreabierta. Las fotografías fueron tomadas por uno de los seminaristas.⁵⁶⁵

de la difusión de «El gran secreto». Dicho Juez había dictado Sentencia al día siguiente de la salida del libro, apenas diez días después del fallecimiento del Presidente Mitterrand; como el Tribunal ha subrayado ya, la difusión del libro en fecha tan cercana al fallecimiento no podía sino avivar la legítima emoción de los familiares del difunto, herederos de sus derechos (...) En opinión del Tribunal, cuanto más se alejaba la fecha del fallecimiento, más peso perdía este elemento. Paralelamente, cuanto más pasaba el tiempo, más peso tomaba el interés público del debate vinculado a la historia de los dos septenatos del mandato del Presidente Mitterrand sobre los imperativos de la protección de sus derechos en relación con el secreto médico”.

⁵⁶³ STEDH (Sección 1ª) de 4 diciembre de 2012, por la que se resuelve el caso *Rothe* contra AUSTRIA. JUR 2012\377336.

⁵⁶⁴ Apartado 6: “En la edición del 5 de julio de 2004 del semanario *Profil*, publicaron un artículo sobre la investigación llevada a cabo por la policía, en el Seminario de San Pölten. Según el artículo, la policía registró el Seminario en base a la sospecha de que alguien había descargado pornografía infantil de internet. El artículo señaló además, que según los rumores, la policía también había encontrado fotografías de seminaristas participando en actividades homosexuales, y que existían rumores acerca de insinuaciones a seminaristas a tener relaciones homosexuales no consentidas, como abuso de autoridad. El artículo iba acompañado de una fotografía que mostraba al Director del Seminario en un jardín, y de una entrevista que se le realizó, donde declaraba que no creía que se hubieran producido ninguna clase de insinuación sexual por parte de los superiores y que los rumores formaban parte de una trama de conspiración o una venganza llevada a cabo por un antiguo seminarista. Negó cualquier tipo de participación en dichos incidentes.”

⁵⁶⁵ *Ibidem*, Apartado 7: “En la edición del 12 de julio de 2004, el semanario *Profil*, publicó un artículo titulado «¡Continúa!», con el subtítulo «Escándalo Pornográfico. Evidencias fotográficas de relaciones sexuales entre los sacerdotes y sus estudiantes que han provocado el caos en la Diócesis de San Pölten.

Estos hechos fueron calificados por el TEDH como de interés público, y ello en virtud del siguiente argumento:

*“En vista de la posición de la Iglesia condenando la homosexualidad, la sociedad tiene el derecho a ser informada sobre la conducta de un dignatario de la Iglesia que estaba en clara contradicción con dicha postura, aún más, si dicha conducta tuvo lugar en un centro de formación para futuros sacerdotes e involucró relaciones, aunque fueran voluntarias, entre futuros sacerdotes y sus superiores”.*⁵⁶⁶

La claridad y la contundencia de la Sentencia no deja lugar a dudas. Un tema absolutamente privado (como sería la tendencia sexual de la persona) adquiere interés público, desde el mismo momento en que se muestra una contradicción radical e hipócrita entre el mensaje oficial de la institución y de algunos de sus miembros consistente en una condena explícita de la práctica homosexual, y su vida privada, que incluía prácticas homosexuales.

En conclusión, y a pesar de la inseguridad jurídica que ello produce, tan solo podremos saber si nos encontramos ante un asunto de interés público tras el fallo del TEDH.

B) Las personas públicas, las personas con notoriedad pública y las personas anónimas

Primero, el Director y ahora el Subdirector, han renunciado a su cargo. Altos dignatarios esperan que Kurt Krenn, obispo de la Diócesis, sea destituido de su cargo”.

Apartado 8: “El artículo afirmaba que el demandante y el director del seminario habían tenido relaciones sexuales con seminaristas, pero aclararon que no había nada que corroborase los rumores que habían sido denunciados anteriormente, en relación a las insinuaciones de relaciones homosexuales no consentidas. El artículo denunció también, que algunos seminaristas habían descargado pornografía y pornografía infantil en sus ordenadores. Según el artículo, la existencia de relaciones homosexuales eran conocidas dentro del seminario e incluso el Obispo que conocía esto, trató de «silenciarlo» desde un principio. El artículo contenía dos fotografías del demandante, una, en la cual estaba a punto de abrazar a un seminarista, el señor K., y en la otra, en la que el demandante y el señor K., estaban a punto de besarse. En esta fotografía, el demandante tenía los ojos cerrados y su boca estaba entreabierta. Las fotografías fueron tomadas por uno de los seminaristas el 24 de diciembre de 2003, en la fiesta de navidad en el apartamento privado del demandante. En el artículo, el demandante fue identificado por su nombre, mientras que la identidad del seminarista no fue revelada. Del mismo modo, en las fotografías publicadas, la cara del demandante era visible, mientras que la del seminarista era borrosa. El artículo citaba al demandante declarando que las fotografías podían interpretarse de varias formas y que, en dicha fiesta de navidad, todos los participantes se habían abrazado de una manera amistosa”.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, Apartado 54.

Como a continuación veremos, el ser un personaje público o con trascendencia (o notoriedad) pública, o una persona anónima, es otro elemento fundamental, a la hora de emitir el juicio ponderativo.

En este sentido, merece destacarse que ya la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1165 (1998), de fecha 26 de junio de 1998, sobre el derecho al respeto de la vida privada indicó que *“las personas públicas son las que ejercen funciones públicas y/o utilizan recursos públicos y, de una forma más general, todas aquellas que desempeñan un papel en la vida pública, bien político, económico, artístico, social, deportivo u otro”*.⁵⁶⁷ El tenor de esta resolución es el mismo que ha utilizado el TEDH en su desarrollo jurisprudencial para distinguir entre personas públicas (es decir, que ejercen funciones públicas y/o utilizan recursos públicos), personas con trascendencia pública (es decir, que desempeñan un papel en la vida pública, bien económico, artístico, social, deportivo u otro) y personas anónimas (es decir, el resto).

Ahora bien, por el mero hecho de ser un personaje público o con trascendencia pública no quiere decir que ya no sean titulares del derecho a la vida privada (entendido en su amplio sentido). Así pues, como ya indicó la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa:

“se plantea un problema particular en cuanto a la privacidad de las personas en la vida pública. La frase “donde comienza la vida pública, la vida privada termina” es insuficiente para cubrir esta situación. Las figuras públicas tienen derecho a la protección de su vida privada, salvo en caso de que pueda tener un impacto en temas públicos. El hecho de que una persona aparezca en una noticia no le priva de un derecho a una vida privada”.⁵⁶⁸

Por tanto, como vemos, lo fundamental no va a ser que sea una figura pública o anónima para la sociedad, sino que la información se refiera a un asunto de interés público o que pueda tener una conexión directa con el mismo.

⁵⁶⁷ Resolución 1165 (1998) sobre el derecho al respeto de la vida privada, de fecha 26 de junio de 1998, disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16641&lang=en>

⁵⁶⁸ *Ibidem*.

a) Los políticos

Este es el conflicto típico por excelencia, lo cual es lógico si tenemos en cuenta que los políticos son la representación perfecta del personaje público.

Debemos partir de la siguiente idea: los políticos, a pesar de estar expuestos al escrutinio público, siguen teniendo reconocido su derecho al honor. Por tanto, no estamos ante un debate sobre su titularidad, lo cual es indubitado. Estamos, en realidad, ante un problema de ponderación entre dos derechos humanos, el derecho al honor del político y el derecho a la libertad de expresión (e información) de los periodistas y de la ciudadanía. La jurisprudencia ha reconocido un mayor peso a esta última, dado que por medio de la misma se promueve el libre debate de las cuestiones políticas, fundamental en toda sociedad que se precie de ser democrática, debiendo, el político, ceder en su protección de la reputación. En todo caso, quien es político lo es por su propia voluntad. En consecuencia, consciente y voluntariamente decide ponerse bajo los focos mediáticos. De por sí, ello lo diferencia del particular anónimo, que no desea ningún tipo de publicidad sobre su persona. Pero además, ello es así por la función que desarrolla, que tiene carácter público, pues gestiona los intereses de la ciudadanía.⁵⁶⁹

⁵⁶⁹ STEDH de 8 julio 1986, por la que se resuelve el caso *Lingens* contra Austria. TEDH 1986\8. Apartado 42: “Además, la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira al Convenio.

Por consiguiente, los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. Ciertamente, el artículo 10.2 permite proteger la reputación ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas”.

STEDH (Sección 3ª) de 27 febrero de 2001, por la que se resuelve el caso *Jerusalem* contra Austria. TEDH 2001\97. Apartado 38: “El Tribunal recuerda que los límites aceptables de la crítica son más amplios en el caso de un político en el ejercicio de su actividad pública, que en el caso de individuos particulares, puesto que los primeros inevitable y conscientemente se someten al examen de palabra y de hechos que realizan tanto periodistas como público en general. Los políticos deben mostrar un grado de

Todo lo antedicho justifica que, en el juicio ponderativo, a la libertad de expresión (en sentido amplio) se le reconozca un peso mayor que al derecho al honor, llegando a situaciones en las que, incluso, el insulto al político (con una pretendida base factual), ha sido admitido por el TEDH como amparable bajo la libertad de expresión.⁵⁷⁰

tolerancia más elevado, en especial cuando ellos mismos realizan declaraciones públicas susceptibles de crítica”.

Este argumento se repetirá uniformemente a lo largo de toda la jurisprudencia habida al respecto. Entre otras: STEDH (Sección 3ª) de 3 marzo de 2009, por la que se resuelve el caso *Bacanu y SC “R” SA* contra Rumanía. TEDH 2009\30; STEDH (Sección 2ª) de 12 abril de 2011, por la que se resuelve el caso *Conceição Leiria* contra Portugal. TEDH 2011\36; y la STEDH (Sección 3ª) 19 junio 2012, por la que se resuelve el caso *Tanasoaica* contra Rumanía. TEDH 2012\58.

⁵⁷⁰ STEDH de 1 julio de 1997, por la que se resuelve el caso *Oberschlick* (Nº 2) contra Austria. TEDH 1997\41. Apartado 26: *“In the applicant's submission, the word Trottell (idiot) had not been used by chance; it was the only word that could both draw public attention to how outrageous the arguments in Mr Haider's speech were and sum up the criticism of him in the article in issue (...) In sum, the word Trottell had been directed not against the speaker but against what he had said, as any average reader had been able to see”.*

Apartado 31: *“It wishes to point out in this connection that the judicial decisions challenged before it must be considered in the light of the case as a whole, including the applicant's article and the circumstances in which it was written (...)*

The most important of these is Mr Haider's speech, which Mr Oberschlick was reporting on in his article. In claiming, firstly, that all the soldiers who had served in the Second World War, whatever side they had been on, had fought for peace and freedom and had contributed to founding and building today's democratic society and in suggesting, secondly, that only those who had risked their lives in that war were entitled to enjoy freedom of opinion, Mr Haider clearly intended to be provocative and consequently to arouse strong reactions”.

Apartado 33: *“In the Court's view, the applicant's article, and in particular the word Trottell, may certainly be considered polemical, but they did not on that account constitute a gratuitous personal attack as the author provided an objectively understandable explanation for them derived from Mr Haider's speech, which was itself provocative. As such they were part of the political discussion provoked by Mr Haider's speech and amount to an opinion, whose truth is not susceptible of proof. Such an opinion may, however, be excessive, in particular in the absence of any factual basis, but in the light of the above considerations that was not so in this instance”.*

Apartado 34: *“It is true that calling a politician a Trottell in public may offend him. In the instant case, however, the word does not seem disproportionate to the indignation knowingly aroused by Mr Haider. As to the polemical tone of the article, which the Court should not be taken to approve, it must be remembered that article 10 protects not only the substance of the ideas and information expressed but also the form in which they are conveyed”.*

Traducción: Apartado 26: En opinión del demandante, la palabra Trottell (idiota) no había sido utilizada por casualidad; era la única palabra que podía tanto llamar la atención del público sobre lo ultrajantes que fueron los argumentos del discurso del Sr. Haider, como resumir su crítica en el artículo en cuestión (...) En resumen, la palabra Trottell había sido dirigida no contra el Sr. Haider, sino contra lo que él había dicho, como cualquier lector medio había sido capaz de ver.

Apartado 31: Se desea señalar, a este respecto, que las decisiones judiciales impugnadas deben considerarse a la luz del caso en su conjunto, incluido el artículo del demandante y las circunstancias en que fue escrito (...)

b) Los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración

Los funcionarios y demás trabajadores de la Administración, en tanto que como parte del Estado, también están sujetos a la crítica.

No obstante, en el juicio ponderativo, el TEDH entiende que el derecho al honor adquiere un mayor peso con los funcionarios que con los representantes electos, puesto que, a diferencia de los políticos, aquellos no se exponen, a sabiendas, a un escrutinio público exactamente igual que estos, siendo obvio que la crítica deberá limitarse

Lo más importante es el discurso del Sr. Haider, sobre el cual, el Sr. Oberschlick informaba en su artículo. Al afirmar, en primer lugar, que todos los soldados que habían servido en la Segunda Guerra Mundial, con independencia del lado en que hubieren estado, habían luchado por la paz y la libertad y habían contribuido a la fundación y construcción de la sociedad democrática de hoy en día y, en segundo lugar, que solo aquellos que había arriesgado su vida en esa guerra tenían derecho a disfrutar de la libertad de opinión, el señor Haider tenía la clara intención de ser provocativo y, consecuentemente, de despertar fuertes reacciones.

Apartado 33: En opinión del Tribunal, el artículo de la demandante, y, en particular, la palabra Trottel, ciertamente puede ser considerada polémica, pero no por eso constituye un ataque personal gratuito dado que el autor proporcionó una explicación objetivamente comprensible derivada de la intervención del Sr. Haider, que era en sí misma una provocación. Como tal, era parte de la discusión política provocada por el discurso del Sr. Haider y equivalía a una opinión, cuya verdad no es susceptible de prueba. Tal opinión puede, sin embargo, ser excesiva, especialmente en ausencia de cualquier base fáctica, pero a la luz de las consideraciones anteriores, no era este el caso.

Apartado 34: Es cierto que llamar a un político "Trottel" en público le puede llegar a ofender. En el presente caso, sin embargo, la palabra no parece desproporcionada en relación a la indignación provocada a sabiendas, por el Sr. Haider. En cuanto al tono polémico del artículo, que no debe estar sujeto a que el Tribunal lo apruebe, debe recordarse que el artículo 10 protege no solo la sustancia de las ideas y de la información expresadas, sino también la forma en que se transmiten.

STEDH (Sección 1ª) de 21 julio de 2005, por la que se resuelve el caso Grinberg contra Rusia. JUR 2005\179415. Apartado 31: *"The Court considers the contested comment was a quintessential example of a value judgment that represented the applicant's subjective appraisal of the moral dimension of Mr Shamanov's behaviour. The finding of the applicant's liability for the pretended damage to Mr Shamanov's reputation was solely based on his failure to show that Mr Shamanov had indeed lacked "shame and scruples". This burden of proof was obviously impossible to satisfy"*.

Apartado 32: *"It is also relevant for the Court's assessment that the contested statement was made in the context of an article concerning an issue of public interest, that of freedom of the media in the Ulyanovsk region. It criticised the conduct of the regional governor, elected by a popular vote - in other words, a professional politician in respect of whom the limits of acceptable criticism are wider than in the case of a private individual (...) The facts which gave rise to the criticism were not contested and the applicant expressed his view in an inoffensive manner"*.

exclusivamente a aquello relacionado con su ejercicio de la función pública, o que pudiese tener relación con la misma.⁵⁷¹

El TEDH tiene en cuenta que los trabajadores del Estado, habida cuenta la función que desempeñan, deben de gozar de la confianza del público, sin que puedan ser indebidamente perturbados. Ello conlleva que resulte necesario protegerlos contra los ataques ofensivos, cuando se encuentran de servicio.⁵⁷²

c) El supuesto especial de la Administración de Justicia

Lo mismo que hemos dicho, en general, respecto de los funcionarios, sería aplicable en este caso. Tanto magistrados como fiscales pueden estar sometidos, en su actuación, a la crítica de la ciudadanía.⁵⁷³ No obstante, debemos partir de una idea básica, consistente en que la Administración de Justicia debe de contar con la confianza de los administrados, pudiendo los ataques difamatorios minar dicha fiabilidad.⁵⁷⁴

Traducción: Apartado 31: La Corte considera que el comentario impugnado supone el ejemplo, por excelencia, de un juicio de valor que representa la valoración subjetiva del demandante sobre la dimensión moral de la conducta del Sr. Shamanov. El hallazgo de responsabilidad del demandante por el pretendido daño causado a la reputación del Sr. Shamanov se basó únicamente en su incapacidad para demostrar que el Sr. Shamanov había carecido, efectivamente, de "vergüenza y escrúpulos". Esta carga de la prueba era, obviamente, imposible de satisfacer.

Apartado 32: También es pertinente, para la evaluación del Tribunal, el que la declaración impugnada se contextualiza en un artículo relativo a un tema de interés público, el de la libertad de los medios de comunicación en la región de Ulyanovsk. En él, se critica la conducta del gobernador regional, elegido por votación popular - en otras palabras, un político profesional, respecto del cual los límites de la crítica aceptable son más amplios que en el caso de un particular (...) Los hechos que dieron lugar a la crítica no fueron impugnados y el demandante expresó su opinión de una manera no ofensiva.

⁵⁷¹ STEDH (Sección 2ª) de 29 marzo de 2001, por la que se resuelve el caso *Thoma* contra Luxemburgo. TEDH 2001\240. Apartado 47: "Los límites de la crítica admisible son, al igual que para los políticos, más amplios para los funcionarios que actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales que para los simples particulares".

⁵⁷² STEDH de 21 enero de 1999, por la que se resuelve el caso *Janowski* contra Polonia. TEDH 1999\77. Apartado 33: "Más aún, los funcionarios deben, para desempeñar su función, gozar de la confianza del público sin ser indebidamente perturbados y por tanto puede resultar necesario protegerlos contra los ataques verbales ofensivos cuando se encuentran de servicio".

⁵⁷³ STEDH (Sección 4ª) de 11 marzo de 2003, por la que se resuelve el caso *Lesnik* contra Eslovaquia. TEDH 2003\14. Apartado 55: "No hay duda de que en una sociedad democrática, las personas tienen derecho a comentar y criticar a la administración de justicia y a sus funcionarios".

⁵⁷⁴ STEDH de 26 abril de 1995, por la que se resuelve el caso *Prager y Oberschlick* contra Austria. TEDH 1995\12.

En el caso concreto de los jueces, la razón de la protección de su honor es doble: por un lado, porque no deben ser objeto de infundios que puedan menoscabar su reputación; y por otro, y más importante, porque lo que se pretende es garantizar la confianza en el poder judicial.

De todos modos, en los conflictos concretos habidos a raíz de las críticas frente a la magistratura,⁵⁷⁵ podemos concluir, siguiendo a BUSTOS GISBERT, que, en general, *“en la jurisprudencia europea, suele salir cara la crítica al poder judicial”*.⁵⁷⁶

Apartado 34: *“Sin embargo, conviene tener en cuenta la misión particular del poder judicial en la sociedad. Como garante de la justicia, valor fundamental en un Estado de derecho, su acción necesita la confianza de los ciudadanos para prosperar. Así, se puede revelar necesario protegerla contra los ataques destructivos desprovistos de seriedad, sobre todo cuando el deber de reserva prohíbe a los magistrados en cuestión reaccionar”*.

STEDH (Sección 4ª) de 11 marzo de 2003, por la que se resuelve el caso *Lesnik* contra Eslovaquia. TEDH 2003\14. Apartado 54: *“Los fiscales son funcionarios públicos cuya obligación es contribuir a la correcta administración de la justicia. A este respecto, forman parte de la maquinaria judicial en el más amplio sentido de este término. Es de interés general que, como funcionarios judiciales, gocen de la confianza del público. Por lo tanto, es necesario que el Estado les proteja de acusaciones infundadas”*.

STEDH (Sección 3ª) de 14 enero de 2014, por la que se resuelve el caso *Lavric* contra Rumanía. JUR 2014\11188. Apartado 35: *“There is no doubt that in a democratic society individuals are entitled to comment on and criticise the administration of justice and the officials involved in it. However, such criticism must not overstep certain limits, as it is in the general interest that prosecutors, like judges, should enjoy public confidence. It may therefore be necessary for the State to protect them from accusations that are unfounded”*

Traducción: Apartado 35: Es indudable de que en una sociedad democrática las personas tienen derecho a comentar y criticar a la Administración de Justicia y a sus funcionarios. Sin embargo, esta crítica no debe sobrepasar determinados límites, ya que es de interés general que los fiscales, al igual que los jueces, gocen de la confianza del público. Por lo tanto, puede ser necesario que el Estado los proteja de acusaciones infundadas.

⁵⁷⁵ STEDH de 22 febrero de 1989, por la que se resuelve el caso *Barfod* contra Dinamarca. TEDH 1989\3. *“Los Magistrados de que se trata ejercían funciones judiciales. La declaración denunciada no criticaba los fundamentos de la Sentencia de 28 de enero de 1981; tal como puntualizó el Tribunal Superior en la de 3 de julio de 1984, era una imputación difamatoria y personal contra los Jueces no profesionales, susceptible de perjudicarles ante la opinión pública y formulada sin ninguna prueba”*.

STEDH de 26 abril de 1995, por la que se resuelve el caso *Prager y Oberschlick* contra Austria. TEDH 1995\12. Apartado 36: *“Al afirmar que los magistrados de Viena «tratan de entrada a todo acusado como si estuviera ya condenado», o al imputar al Juez J. un comportamiento «vejatorio» y «desdeñoso» en el ejercicio de sus funciones, el demandante reprochó implícitamente a los interesados haber violado, como Jueces, la Ley o, por lo menos, infringido sus obligaciones profesionales. Atentó así no solamente contra la reputación de los interesados, sino también contra la confianza de los ciudadanos en la integridad del conjunto de los magistrados”*.

STEDH (Sección 4ª) de 11 marzo de 2003, por la que se resuelve el caso *Lesnik* contra Eslovaquia. TEDH 2003\14. Apartado 57: *“Aunque las afirmaciones del demandante respecto a las cualidades profesionales y personales del fiscal afectado pueden ser consideradas juicios de valor no susceptibles de ser probados, el Tribunal señala que las cartas anteriormente citadas contenían también acusaciones de*

En cualquier caso, entendemos que los miembros del Poder Judicial, en tanto que poder del Estado que es, deben de admitir un grado de crítica libre y basada en la buena fe. En este punto, coincidimos con el Magistrado del TEDH, Sr. PETTITI, el cual, a través de un voto disidente en el caso *Prager y Oberschlick* contra Austria,⁵⁷⁷ manifestó lo siguiente:

“Los análisis de los periodistas relativos al funcionamiento de la justicia son indispensables para garantizar el control de la protección de los derechos de los justiciables en una sociedad democrática. Son la prolongación de la regla de la publicidad de los debates, esencial para el respeto del principio del proceso equitativo.

Los Jueces que se benefician de inmunidades de función y están a cubierto, en la mayoría de los Estados miembros, de acciones de responsabilidad civil personal, deben admitir como contrapartida el ejercicio de una crítica libre y efectuada de buena fe.

La evolución internacional va en ese sentido.

En la tradición americana, el Juez en los regímenes electivos está sometido a una crítica total. La revista American Bar Association publica con una tirada de 250.000 ejemplares un cuadro relativo a los comportamientos de los Jueces, a veces severo.

(...) Los Estados que autorizan la retransmisión televisada de debates judiciales, admiten implícitamente que el comportamiento del Juez sea sometido al ojo crítico del público. Es con una cooperación más completa y con más confianza entre la justicia y la prensa como la información objetiva puede contribuir mejor a la educación de los ciudadanos”.

d) Los juicios paralelos: varios derechos en juego

Uno de los problemas a los que ha tenido que hacer frente el TEDH es el de los juicios paralelos. Los mismos pueden suponer un ataque al principio de autoridad e

conducta ilegal y abusiva por parte del fiscal. Así, el demandante afirmaba, en concreto, que el fiscal se había negado, de manera ilegal, a dar curso a su denuncia, había abusado de sus poderes y, en ese contexto, había estado involucrado en cohecho y en intervención ilegal del teléfono del demandante. Esas acusaciones son, en opinión del Tribunal, afirmaciones de hecho que los tribunales internos solicitaron al demandante, con razón, que apoyara con las pruebas necesarias”.

Apartado 58: *“Sin embargo, los tribunales internos decidieron, tras haber examinado todas las pruebas disponibles, que las acusaciones del demandante sobre los hechos no eran fundadas”.*

Apartado 59: *“Esas acusaciones eran graves y se hicieron repetidamente. Insultaban al fiscal, le afectaban en el cumplimiento de sus obligaciones y también, en el caso de la carta enviada a la Oficina del Fiscal General, dañaban su reputación”.*

⁵⁷⁶ BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, cit., pág. 496.

⁵⁷⁷ STEDH de 26 abril de 1995, por la que se resuelve el caso *Prager y Oberschlick* contra Austria. TEDH 1995\12.

imparcialidad de poder judicial y, a la vez, un menoscabo en el derecho a la presunción de inocencia de los procesados, así como en su derecho al honor.

El Consejo de Europa también se ha mostrado preocupado por el asunto. Así pues, el 10 de julio de 2003, el Comité de Ministros aprobó la Recomendación (2003) 13,⁵⁷⁸ en virtud de la cual se establecía un apéndice con una serie de principios relativos al suministro de información sobre los procedimientos penales a través de los medios.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ Recomendación (2003)13, del Comité de Ministros, sobre la información dada por los medios de comunicación relativa a procesos criminales, de 10 de julio de 2003, disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=51365&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

⁵⁷⁹ Apéndice a la Recomendación (2003)13, del Comité de Ministros, sobre la información dada por los medios de comunicación relativa a procesos criminales, de fecha 10 de julio de 2003, disponible en:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=51365&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

“Principles concerning the provision of information through the media in relation to criminal proceedings

Principle 1. Information of the public via the media

The public must be able to receive information about the activities of judicial authorities and police services through the media. Therefore, journalists must be able to freely report and comment on the functioning of the criminal justice system, subject only to the limitations provided for under the following principles.

Principle 2. Presumption of innocence

Respect for the principle of the presumption of innocence is an integral part of the right to a fair trial. Accordingly, opinions and information relating to on-going criminal proceedings should only be communicated or disseminated through the media where this does not prejudice the presumption of innocence of the suspect or accused.

Principle 3. Accuracy of information

Judicial authorities and police services should provide to the media only verified information or information which is based on reasonable assumptions. In the latter case, this should be clearly indicated to the media.

Principle 4. Access to information

When journalists have lawfully obtained information in the context of on-going criminal proceedings from judicial authorities or police services, those authorities and services should make available such information, without discrimination, to all journalists who make or have made the same request.

Principle 5. Ways of providing information to the media

When judicial authorities and police services themselves have decided to provide information to the media in the context of on-going criminal proceedings, such information should be provided on a non-discriminatory basis and, wherever possible, through press releases, press conferences by authorised officers or similar authorised means.

Principle 6. Regular information during criminal proceedings

In the context of criminal proceedings of public interest or other criminal proceedings which have gained the particular attention of the public, judicial authorities and police services should inform the media about their essential acts, so long as this does not prejudice the secrecy of investigations and police inquiries or delay or impede the outcome of the proceedings. In cases of criminal proceedings which continue for a long period, this information should be provided regularly.

Principle 7. Prohibition of the exploitation of information

Judicial authorities and police services should not exploit information about on-going criminal proceedings for commercial purposes or purposes other than those relevant to the enforcement of the law.

Principle 8. Protection of privacy in the context of on-going criminal proceedings

The provision of information about suspects, accused or convicted persons or other parties to criminal proceedings should respect their right to protection of privacy in accordance with Article 8 of the Convention. Particular protection should be given to parties who are minors or other vulnerable persons, as well as to victims, to witnesses and to the families of suspects, accused and convicted. In all cases, particular consideration should be given to the harmful effect which the disclosure of information enabling their identification may have on the persons referred to in this Principle.

Principle 9. Right of correction or right of reply

Without prejudice to the availability of other remedies, everyone who has been the subject of incorrect or defamatory media reports in the context of criminal proceedings should have a right of correction or reply, as the case may be, against the media concerned. A right of correction should also be available with respect to press releases containing incorrect information which have been issued by judicial authorities or police services.

Principle 10. Prevention of prejudicial influence

In the context of criminal proceedings, particularly those involving juries or lay judges, judicial authorities and police services should abstain from publicly providing information which bears a risk of substantial prejudice to the fairness of the proceedings.

Principle 11. Prejudicial pre-trial publicity

Where the accused can show that the provision of information is highly likely to result, or has resulted, in a breach of his or her right to a fair trial, he or she should have an effective legal remedy.

Principle 12. Admission of journalists

Journalists should be admitted to public court hearings and public pronouncements of judgements without discrimination and without prior accreditation requirements. They should not be excluded from court hearings, unless and as far as the public is excluded in accordance with Article 6 of the Convention.

Principle 13. Access of journalists to courtrooms

The competent authorities should, unless it is clearly impracticable, provide in courtrooms a number of seats for journalists which is sufficient in accordance with the demand, without excluding the presence of the public as such.

Principle 14. Live reporting and recordings in court rooms

Live reporting or recordings by the media in court rooms should not be possible unless and as far as expressly permitted by law or the competent judicial authorities. Such reporting should be authorised only where it does not bear a serious risk of undue influence on victims, witnesses, parties to criminal proceedings, juries or judges.

Principle 15. Support for media reporting

Announcements of scheduled hearings, indictments or charges and other information of relevance to legal reporting should be made available to journalists upon simple request by the competent authorities in due time, unless impracticable. Journalists should be allowed, on a non-discriminatory basis, to make or receive copies of publicly pronounced judgments. They should have the possibility to disseminate or communicate these judgments to the public.

Principle 16. Protection of witnesses

The identity of witnesses should not be disclosed, unless a witness has given his or her prior consent, the identification of a witness is of public concern, or the testimony has already been given in public. The identity of witnesses should never be disclosed where this endangers their lives or security. Due respect shall be paid to protection programmes for witnesses, especially in criminal proceedings against organised crime or crime within the family.

Principle 17. Media reporting on the enforcement of court sentences

Journalists should be permitted to have contacts with persons serving court sentences in prisons, as far as this does not prejudice the fair administration of justice, the rights of prisoners and prison officers or the security of a prison.

Principle 18. Media reporting after the end of court sentences

In order not to prejudice the re-integration into society of persons who have served court sentences, the right to protection of privacy under Article 8 of the Convention should include the right to protect the identity of these persons in connection with their prior offence after the end of their court sentences, unless they have expressly consented to the disclosure of their identity or they and their prior offence are of public concern again or have become of public concern again”.

Traducción: Apéndice a la Recomendación (2003)13, de fecha 10 de julio de 2003, del Comité de Ministros. Principios relativos al suministro de información a través de los medios de comunicación en relación con los procesos penales.

Principio 1. Información del público a través de los medios de comunicación

El público debe poder recibir información sobre las actividades de las autoridades judiciales y policiales a través de los medios de comunicación. Por lo tanto, los periodistas deben ser capaces de informar libremente y hacer comentarios sobre el funcionamiento del sistema de justicia penal, con sujeción únicamente a las limitaciones previstas en los siguientes principios.

Principio 2. Presunción de inocencia

El respeto al principio de la presunción de inocencia es una parte integrante del derecho a un juicio justo. En consecuencia, las opiniones y las informaciones relacionadas con el curso del proceso penal solo deben ser comunicadas o difundidas a través de los medios de comunicación y ello sin perjuicio de la presunción de inocencia del sospechoso o acusado.

Principio 3. Precisión de la información

Las autoridades judiciales y policiales deben proporcionar a los medios de comunicación solo información verificada que se basa en hipótesis razonables. En este último caso, esto debe indicarse así claramente a los medios de comunicación.

Principio 4. Acceso a la información

Cuando los periodistas hayan obtenido legalmente la información en el contexto de procedimientos penales en marcha, de las autoridades judiciales policiales, esas autoridades deben ofrecer la información, sin discriminación, a todos los periodistas que hagan o hayan hecho la misma petición.

Principio 5. Formas de suministrar la información a los medios de comunicación

Cuando las autoridades judiciales y los servicios policiales hayan decidido proporcionar información a los medios de comunicación en el contexto de procedimientos penales en marcha, dicha información debe proporcionarse de modo no discriminatorio y, siempre que sea posible, a través de notas o ruedas de prensa por funcionarios autorizados.

Principio 6. Información periódica durante el proceso penal

En el contexto de un proceso penal de interés público o de otros procedimientos penales que hayan merecido la especial atención de la opinión pública, las autoridades judiciales y policiales deben informar a los medios sobre sus actuaciones esenciales, siempre que ello no perjudique el secreto de las investigaciones o de las pesquisas policiales o retrase o impida la resolución del procedimiento. En los casos de procesos penales que se alarguen en el tiempo, esta información debe ser proporcionada con regularidad.

Principio 7. Prohibición de la explotación de la información

Las autoridades judiciales y policiales no deben explotar la información sobre el curso de un proceso penal, con fines comerciales o con fines distintos a los previstos en la ley.

Principio 8. Protección de la intimidad en el contexto de las actuales procedimientos penales

El suministro de información sobre sospechosos, personas acusadas o condenadas u otras partes del procedimiento penal, debe respetar su derecho a la protección de la privacidad, de conformidad con el artículo 8 de la Convención. Se debe dar protección especial a las partes que son menores de edad u otras personas vulnerables, así como a las víctimas, a los testigos y a los familiares de los sospechosos, acusados o condenados. En todos los casos, debe tenerse especialmente en cuenta el efecto perjudicial

que la divulgación de información que permita su identificación pueda tener sobre las personas mencionadas en este Principio.

Principio 9. Derecho de rectificación o de réplica

Sin perjuicio de la disponibilidad de otros recursos, todos los que hayan sido objeto de informaciones incorrectas o difamatorias en el contexto de un proceso penal, deben tener derecho de rectificación o réplica frente a los medios de comunicación que hayan publicado la noticia. Dicho derecho también debe poder ejercerse respecto a los comunicados de prensa que contienen informaciones incorrectas emitidas por las autoridades judiciales y policiales.

Principio 10. Prevención de la influencia perjudicial

En el contexto de un proceso penal, en particular, aquellos relacionados con jurados o jueces legos, las autoridades judiciales y policiales deben abstenerse de proporcionar información públicamente que conlleve un riesgo de perjuicio sustancial a la equidad del proceso.

Principio 11. Publicidad prejudicial perjudicial

Cuando el acusado pueda demostrar que el suministro de información es altamente probable que produzca, o haya causado ya, una violación de su derecho a un juicio justo, al mismo se le deberá garantizar un remedio legal efectivo.

Principio 12. Admisión de los periodistas

Los periodistas deben ser admitidos en las audiencias judiciales públicas y en los pronunciamientos públicos de Sentencias sin discriminación y sin requisitos de acreditación previa. No deben ser excluidos de las audiencias del tribunal, a menos que y hasta donde se excluya al público de conformidad con el artículo 6 del Convenio.

Principio 13. El acceso de los periodistas a los tribunales

Las autoridades competentes deberían, a menos que sea claramente impracticable, proporcionar en los tribunales un número de asientos para los periodistas que sea suficiente de acuerdo con la demanda, sin excluir la presencia del público como tal.

Principio 14. Reportajes en vivo y en directo y grabaciones en las salas de los tribunales

Los reportajes en vivo y en directo o las grabaciones de los medios de comunicación en las salas de los tribunales no debería ser posible, a menos que esté permitido por la ley y en la medida de lo expresamente autorizado por esta o por las autoridades judiciales competentes. Solo se deberían autorizar si no conllevan un grave riesgo de influencia indebida sobre las víctimas, los testigos, las partes en el proceso penal, los jurados o los jueces.

Principio 15. Apoyo a la información de los medios

Los anuncios de las audiencias programadas, acusaciones o cargos y cualquier otra información de interés para la elaboración de reportajes deben ponerse a disposición de los periodistas mediante una simple solicitud a las autoridades competentes en el momento oportuno, a menos que resulte imposible. A los periodistas se les debe permitir, de modo no discriminatorio, realizar o recibir copias de las Sentencias pronunciadas públicamente. Deben tener la posibilidad de difundir o comunicar estas resoluciones judiciales al público.

Principio 16. Protección de los testigos

La identidad de los testigos no debe ser revelada, a menos que el testigo haya dado su consentimiento previo, o la identificación del testigo sea de interés público, o su testimonio ya sea de conocimiento público. La identidad de los testigos no debe ser jamás divulgada en aquellos casos en los que se ponga en peligro su vida o su seguridad. El debido respecto se prestará a los programas de protección de testigos, sobre todo en los procesos penales contra el crimen organizado o la delincuencia en el seno de la familia.

Principio 17. Cobertura mediática de la ejecución de las Sentencias judiciales

Los periodistas deben ser autorizados a tener contactos con personas que cumplen condenas judiciales en las cárceles, en la medida en que ello no perjudique la correcta administración de justicia, los derechos de los presos y de los funcionarios de prisiones o la seguridad de la prisión.

Principio 18. Cobertura mediática tras el cumplimiento de las Sentencias judiciales

Con el fin de no perjudicar la reintegración social de las personas que han cumplido Sentencia, el derecho a la protección de la privacidad del artículo 8 de la Convención debe incluir el derecho de

Merece ser objeto de felicitación, pues demuestra una clara voluntad por proteger los derechos a un juicio justo, a la presunción de inocencia y al honor de aquel que está siendo procesado. Se podrá criticar que son unas recomendaciones de carácter muy genérico, dejando, en manos de los propios Estados, el modo de hacerlas efectivas. De la lectura global de la Recomendación, podríamos concluir que el Comité de Ministros intenta que encajen y se complementen los bienes jurídicos en juego (información, tutela judicial efectiva, presunción de inocencia y honor) sin que el respeto de alguno de ellos conlleve el detrimento del resto.

Así pues, entendemos que resultan merecedores de ser destacados los siguientes principios:

Se reconoce, con carácter general, que el público tiene derecho a ser informado sobre temas penales, reconociéndoseles a los periodistas (sin ningún tipo de discriminación entre ellos) el estatuto de comunicadores oficiales de informaciones con origen en las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y en la Administración de Justicia.

La cobertura mediática de los asuntos penales en marcha tendrá tres límites muy claros: el recto funcionamiento de la Administración de Justicia, la presunción de inocencia, y el respeto al honor de las partes en el proceso.

Cuando dicha cobertura pueda poner en riesgo la equidad del proceso, por actuar en él jueces legos o jurados, la misma podrá ser limitada. Lo mismo cabe señalar cuando la información pueda acabar lesionando el derecho del acusado a un juicio justo.

La presunción de inocencia actúa como un verdadero límite a la hora de informar sobre procedimientos penales *subiudice*, y ello porque los Estados

proteger la identidad de estas personas en relación con el delito cometido después de la ejecución de la Sentencia, a menos que hayan consentido expresamente la revelación de su identidad o, ellos y su anterior delito sean, de nuevo, de interés público, o se hayan convertido, nuevamente, en motivo de preocupación pública.

democráticos se han valido de un proceso profesionalizado, como es el judicial, en virtud del cual, y con todas las garantías que le son propias, a una persona se le puede encontrar culpable o inocente de los cargos que se presenten contra él. Así pues, solo los jueces y tribunales tienen esa capacidad para juzgar, ni los medios, ni la sociedad en su conjunto. Reconocemos que este es el tema más espinoso de toda la tesis, y ello porque conjugar la libertad de expresión y el derecho a la presunción de inocencia es harto complicado. Nosotros, en consonancia con el Consejo de Europa, abogamos porque se pueda informar pero, a la vez, entendemos que los medios deben actuar aquí con el máximo respeto a la deontología profesional y, en ningún caso, deben presentar al procesado como presunto culpable a la sociedad, puesto que en ese caso, además de estar deformando a la opinión pública, estarían socavando uno de los principios fundamentales en el Estado democrático, cual es el de la presunción de inocencia, amén de provocarle un daño al procesado en su reputación, de muy difícil reparación, aunque luego fuese declarado inocente. Entendemos, por tanto, que el problema no se encuentra tanto en la posibilidad de informar, sino en el cómo se informa. Si se presentan los hechos de un modo aséptico y con escrupuloso respeto a la ética profesional que se le presupone al periodismo, no debería haber problema en el encaje de los derechos en juego. Ahora bien, si en lugar de ello se opta por el sensacionalismo, por presentarlo como culpable, por dar a entender que la única posible Sentencia justa sería la condenatoria, entonces es obvio que la libertad de información se estaría instrumentalizando, por intereses espurios, se estaría deformando a la opinión pública, se estaría intentando presionar a la administración de justicia y, por tanto, sería cuestionable que dicha actuación pretendiese obtener el amparo legal del art. 10.1 CEDH.

En relación con lo anterior, y a la vista de los múltiples escándalos de corrupción en los que se ha visto envuelta nuestra clase política, creemos que la labor pedagógica de los medios es fundamental. Atendiendo al criterio expuesto, podremos concluir que la ciudadanía tiene derecho a conocer todos los datos que tengan interés público, relativos a cualquier proceso abierto contra un representante político, que esté siendo

procesado por un delito relacionado con su gestión pública. Ello porque cabe distinguir claramente entre lo que es la responsabilidad penal que, efectivamente, le corresponderá determinar a los jueces y magistrados, de la responsabilidad política, que esa sí que le corresponde a toda la ciudadanía. Así pues, resulta indiferente que el político pueda, tras el proceso penal, ser declarado culpable o inocente, porque lo relevante, para ventilar la responsabilidad política, no será que esté o no condenado, sino cómo ha gestionado la *res pública* y, para ello, será fundamental tener acceso a todos los datos relativos al proceso.

El honor también actúa como límite, en este caso, de dos modos. El primero, facilitando un derecho de rectificación o réplica a quien se considere lesionado en el mismo por información incorrecta o difamatoria. Es muy importante destacar que no solo se reconoce este derecho frente a los propios medios de comunicación, sino incluso directamente frente a las autoridades judiciales o servicios policiales que han emitido la noticia. El segundo, y ya adelantándose a lo que ahora se conoce como “derecho al olvido”, se prevé el derecho a que, una vez cumplida Sentencia, se deba proteger su identidad, a fin de facilitar la reinserción social del reo. Solo cuando el propio penado haya consentido, expresamente, la revelación de su identidad o, de manera muy excepcional, cuando haya un interés público que lo justifique, se podrá obviar ese deber de protección de su identidad. Lo contrario supondría, de *facto*, una condena social perpetua.

Podemos concluir, por tanto, que la Recomendación del Comité de Ministros consigue, con bastante acierto, fijar en primer lugar, los bienes jurídicos en juego, y, en segundo, modular un sistema en el que la protección de uno de ellos no suponga una conculcación de los otros. En todo caso, reconocemos la extrema dificultad de un objetivo tan deseable como necesario.

Ya centrándonos en el análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre el tema, coincidimos con LAZCANO BROTONS, cuando dice que:

*“la víctima de la posible extralimitación informativa (quien sufre más directamente los efectos) es más aquel sujeto cuya culpabilidad se da por supuesta que quien debe juzgarlo (quien, a lo sumo, lo que puede hacer, como consecuencia de la información difundida, es incurrir en un prejuicio)”.*⁵⁸⁰

Además, como ya hemos visto, hay una relación directa entre presunción de inocencia y reputación.

No obstante, el TEDH se ha pronunciado, de manera muy concreta y profusa, sobre la imparcialidad y el principio de autoridad judicial (elementos del derecho a un juicio justo), como elementos claves, al abordar esta cuestión. Tendremos que acudir a la lejana Sentencia que resolvió el caso *Sunday Times* contra el Reino Unido, de fecha 26 de abril de 1979,⁵⁸¹ para encontrar, ciertamente, un estudio jurídico completo sobre los juicios paralelos y su posible repercusión negativa en la autoridad e imparcialidad judicial; así como sobre los medios que, a la vez que informaban y opinaban, podían prejuzgar un asunto respecto del que aún no había Sentencia. No en vano, nos encontramos ante uno de los fallos más controvertidos, en la historia del TEDH, habida cuenta que, por once votos contra nueve, se consideró que los tribunales británicos no habían protegido el derecho a la libertad de expresión de la demandante.

Los argumentos en los que se sustenta el fallo, y que compartimos totalmente, son los siguientes: La noticia versa sobre un asunto de un enorme interés público (el proceso contra la empresa farmacéutica por la venta de un medicamento “talidomida”, que causaba malformaciones en los fetos de las madres que lo tomaban)⁵⁸²; el hecho de que el asunto sobre el que se informa esté pendiente de resolución judicial ni puede ni debe legitimar, en ningún modo, que se prohíba informar sobre el mismo, porque por

⁵⁸⁰ LAZCANO BROTONS, ÍÑIGO, “Artículo 10. Libertad de expresión”, cit., pág. 540.

⁵⁸¹ STEDH de 26 abril 1979, por la que se resuelve el caso *Sunday Times* contra Reino Unido. TEDH 1979\1.

⁵⁸² *Ibídem*, Apartado 66: “La catástrofe de la talidomida preocupaba sin duda alguna, a la opinión pública. Planteaba el tema de si la poderosa compañía que ha distribuido este producto farmacéutico había hecho frente a su responsabilidad, tanto jurídica como moral, para con centenares de personas que vivían una horrible tragedia personal o si las víctimas no podían exigir o esperar otra indemnización que la de toda la colectividad; planteaba cuestiones fundamental de prevención y reparación de los daños resultantes de descubrimientos científicos y obligaba a considerar de forma especial los aspectos del Derecho vigente en esta materia”.

encima del derecho de los medios a emitir dichas informaciones y opiniones, se encuentra el derecho de los ciudadanos a recibirla⁵⁸³; además, el propio artículo hubiese podido ayudar al debate público con rigor, además de que hubiese dado la oportunidad a la empresa de manifestar sus argumentos, y la ciudadanía podría haber tenido un acceso más amplio a distintas fuentes de información;⁵⁸⁴ por último, en ningún caso, la publicación del artículo podría haberse considerado que pusiese en riesgo la imparcialidad ni la autoridad judicial.⁵⁸⁵

No obstante, como ya hemos dicho, el fallo del TEDH fue muy controvertido, siendo que el resto de magistrados que votaron en contra, lo hicieron por la firme convicción de que, dejar informar a la prensa sobre un asunto que se encuentra *subiudice* podría crear un clima de opinión pública capaz de perjudicar la buena administración de justicia y, con ello, socavar la imparcialidad y la autoridad judicial.⁵⁸⁶

Años más tarde, el TEDH, en el caso *Worm* contra Austria, volvió a encontrarse ante la tesitura de tratar el tema de los juicios paralelos, siendo que, en esta ocasión, falló negando que hubiese habido conculcación del derecho a la libertad de expresión del periodista. Tampoco en este caso hubo unanimidad. No obstante, las circunstancias concretas del caso son las que determinaron esta posición. El TEDH entendió que el

⁵⁸³ *Ibíd.*, Apartado 66: “El artículo 10, como ya ha señalado el Tribunal garantiza no solamente la libertad de la prensa de informar al público, sino también el derecho de este último a recibir una información adecuada (...)”

En el presente caso, las familias de numerosas víctimas de la tragedia, ignorantes de las dificultades jurídicas que iban a surgir tenían un interés fundamental en conocer cada uno de los hechos subyacentes, así como de las posibles soluciones que planteaba el caso”.

⁵⁸⁴ *Ibíd.*, Apartado 63: “Por el contrario su publicación hubiera podido provocar replicas. Ocurre lo mismo, en un sentido más o menos amplio, con todas las publicaciones que se refieren a los hechos de la causa o a las cuestiones que surgen en un proceso”

⁵⁸⁵ *Ibíd.*: “Incluso si hubiera podido conducir a ciertas personas a formarse una opinión sobre el problema de la negligencia, esta no hubiera tenido consecuencias adversas para “la autoridad del poder judicial”

⁵⁸⁶ *Ibíd.*, Opinión disidente conjunta de los jueces señores WIARDA, CREMONA, THOR VILHJALISSON, RISSDAL, GANSHOF VAN DER MEERSCH, SIR GERALD FITZMAURICE BINDSCHELDLER-ROBERT, LIESCH y MATSCHER.

“Las reglas sobre el desacato al Tribunal tratan de impedir que se genere en un procedimiento “sub iudice” un estado espiritual que se traduzca en un perjuicio contra las garantías de imparcialidad del procedimiento judicial y que, por tanto, creen un clima de opinión capaz de perjudicar la buena administración de la justicia”.

periodista, mediante su actuación en la prensa, quiso influir de manera premeditada sobre los miembros del jurado para que fallaran en un determinado sentido, prediciendo, incluso, la condena del acusado.⁵⁸⁷ Ello, para el TEDH, es incompatible con el respeto a la imparcialidad y a la autoridad judicial.⁵⁸⁸

Por último, deseamos destacar que el TEDH ha entendido que, realizar manifestaciones en las que se acusa a una persona de la comisión de un delito, sin que haya habido condena judicial, no están amparadas por la libertad de expresión.⁵⁸⁹ Sin embargo, la publicación de fotografías en reportajes en los que se informa sobre la posible implicación de una persona pública en la comisión de diferentes delitos, estaría amparada por la libertad de expresión, aun cuando no haya habido, naturalmente, condena alguna.⁵⁹⁰

e) Los personajes con notoriedad pública (ni políticos ni funcionarios)

⁵⁸⁷ STEDH de 29 agosto de 1997, por la que se resuelve el caso *Worm* contra Austria. TEDH 1997\52. Apartado 50: “*Los periodistas deben recordar que redactan artículos sobre procedimientos penales en curso, ya que los límites del comentario admisible pueden no englobar declaraciones que correrían el riesgo, intencionadamente o no, de reducir las probabilidades de una persona de gozar de un juicio justo o de minar la confianza del público en el papel que desempeñan los Tribunales en la administración de la justicia penal*”.

Apartado 51: “*Desde un inicio, el demandante estaba convencido de que el señor Androsch había defraudado al fisco y no lo ocultó. En su artículo, no se contentó con criticar al señor Androsch, sino que deliberadamente también trató de llevar al lector a la conclusión de que este era culpable y predijo su condena*”.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, Apartado 54: “*Si se acostumbra al espectáculo de pseudo proceso en los medios, ello puede tener consecuencias nefastas a largo plazo en el reconocimiento de los Tribunales como órganos cualificados para juzgar la culpabilidad o la inocencia en cuanto a una acusación penal*”.

⁵⁸⁹ STEDH (Sección 1ª) de 27 junio 2000, que resuelve el caso *Constantinescu* contra Rumanía. TEDH 2000\145. Apartado 73: “*En opinión del Tribunal, el término "ocultadoras" (delapidatori), que designa a personas reconocidas culpables del delito de ocultación, ofendía a las tres profesoras, ya que estas no habían sido condenadas por un Tribunal*”.

⁵⁹⁰ STEDH (Sección 1ª) de 14 diciembre de 2006, por la que se resuelve el caso *Verlagsgruppe News GmbH* (nº 2) contra Austria. JUR 2006\283460. Apartado 40: “*The present case, as the Court has already noted above, concerned the publication of a public figure's photo in the context of an article reporting on a matter of public interest, namely the investigations on suspicion of tax evasion against Mr G*”.

Apartado 44: “*Consequently, there has been a violation of Article 10 of the Convention*”.

Traducción: Apartado 40: El presente caso, como el Tribunal ya había señalado, se refería a la publicación de una fotografía de una figura pública en el contexto de un artículo que informaba sobre un asunto de interés público, a saber, las investigaciones por sospecha de evasión fiscal llevadas a cabo contra el Sr. G.

Apartado 44: Consecuentemente, ha habido violación del artículo 10 de la Convención.

Por último, merecen destacarse dentro de esta categoría de personajes públicos, aquellos que entran en la esfera de lo público⁵⁹¹, por sus actos, por su profesión,⁵⁹² por el cargo que puedan ostentar en asociaciones civiles o religiosas⁵⁹³, o por cualquier otro motivo.⁵⁹⁴ Se les conoce como personajes con notoriedad pública.

⁵⁹¹ STEDH (Sección 1ª) de 5 junio 2008, por la que resuelve el caso *I Avgi Publishing y Press Agency S.A. y Karis* contra Grecia. TEDH 2008\35. Apartado 28: “*En primer lugar, en cuanto al objeto de las declaraciones en cuestión, el Tribunal recuerda que los límites de la crítica admisible respecto a un hombre político, en calidad de tal, son más amplios que respecto a un simple particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitablemente y conscientemente a un atento control de sus hechos y gestos, tanto por los periodistas como por los ciudadanos; debe, en consecuencia, mostrar una gran tolerancia (...). Este principio no se aplica únicamente en el caso del hombre político sino que se extiende a toda persona que pueda ser calificada de personaje público, a saber aquella que, por sus actos (...) o su propia posición (...) entra en la esfera de lo público*”.

⁵⁹² *Ibidem*, Apartado 34: “*En cuanto al estatus de la víctima de las declaraciones incriminadas, el Tribunal señala que el demandante, periodista, autor de libros con carácter político y animador de un programa político difundido por una cadena local de televisión, era un personaje conocido de la población local de Tesalónica (...) Por tanto, el demandante no podría ser asimilado a un «simple particular» sino más bien a un personaje público de la actualidad*”

STEDH (Sección 3ª) de 19 junio de 2012, por la que se resuelve el caso *Tanasoica* contra Rumania. TEDH 2012\58. Apartado 46: “*El Tribunal observa que, en el momento de los hechos, B. S. era director general de una empresa que suministraba un servicio público y funcionaba gracias a subvenciones estatales. A la vista de esto, el Tribunal considera que, aunque no haya quedado probado que B. S. fuera una personalidad ampliamente conocida a nivel nacional, puede, aún y así, ser considerado como una figura pública. Por lo tanto, los límites de la «crítica admisible» son, en su caso, más amplios*”.

⁵⁹³ STEDH (Sección 5ª) de 18 septiembre de 2008, por la que se resuelve el caso *Chalabi* contra Francia. TEDH 2008\58. Apartado 42: “*Considera que es una personalidad pública debido a la dimensión institucional y la importancia de las funciones que desempeña. Como director y gerente estatutario de la Gran Mezquita de Lyon, representaba a la comunidad musulmana en la región lionesa, exponiéndose así a las críticas sobre el ejercicio de sus funciones*”.

STEDH (Sección 5ª) de 6 mayo de 2010, por la que se resuelve el caso *Brunet Lecomte y Lyon Mag* contra Francia. TEDH 2010\64. Apartado 46: “*Asimismo, en cuanto a la condición de personaje público de T. alegada por los demandantes y negada por el Gobierno, el Tribunal constata que, a la sazón, T. era muy activo como conferenciante, especialmente en el área metropolitana lionesa, como lo atestiguan, además de los artículos en litigio, numerosos documentos contenidos en la proposición de prueba y presentados ante el Tribunal. De ello se infiere que aunque no se pueda comparar a T. con un personaje público, habida cuenta únicamente de su actividad de profesor, sin embargo, él mismo se ha expuesto a la crítica periodística por la publicidad que ha escogido dar a ciertas de sus ideas o convicciones, y se puede así esperar ser sometido a un control minucioso de sus palabras*”.

STEDH (Sección 1ª) de 4 diciembre de 2012, por la que se resuelve el caso *Rothe* contra Austria. JUR 2012\377336. Apartado 60: “*En relación a la cuestión de cómo de conocido era el demandante, el Tribunal Regional, en la Sentencia de 15 de septiembre de 2005, examinó la cuestión en estrecha relación con la determinación de que el objeto el artículo, era de interés general. Determinaron que en su función como Subdirector del seminario, el demandante tenía que ser considerado como una figura pública. En la Sentencia de 28 de junio de 2006, el Tribunal de Apelación de Viena, no calificó al demandante como una figura pública, pero resaltó que su función como subdirector del seminario y su labor de relaciones públicas como secretario privado del Obispo, tenía una conexión directa con la «vida pública», debido a la importante posición de la Iglesia Católica en Austria*”.

Este es el supuesto en que más se deberán valorar los elementos concretos del caso enjuiciado, habida cuenta que no hay una situación predeterminada tan elevada de prevalencia de la libertad de expresión como con los políticos, ni del derecho al honor, como con las personas anónimas. Sí que se puede establecer, como principio asentado por la jurisprudencia que, en aquello que se refiera a la faceta por la que las personas con trascendencia pública son conocidas, en el juicio ponderativo, se encontrarían al mismo nivel que los políticos. Sin embargo, en lo relativo a determinados aspectos de la vida privada, a los personajes con trascendencia pública se les reconocería un mayor grado de protección que a los políticos.⁵⁹⁵ Es lógico, por ejemplo, que respecto de un deportista se pueda informar sobre sus victorias y derrotas, pues ello entraría dentro del concepto de interés público. No tendría el mismo amparo si aquella información se refiere a datos de su vida íntima, que no tienen nada que ver con la actividad deportiva. Al fin y al cabo, esta persona sería un personaje con trascendencia pública precisamente por ser deportista, no por cuestiones referidas a su vida íntima.⁵⁹⁶

Dentro de los personajes con trascendencia pública, merecen ser destacados los profesionales. Así pues, como veíamos en el epígrafe correspondiente, para el TEDH, la reputación profesional también encuentra su acomodo bajo el art. 8 CEDH, si bien, de modo matizado. No podemos obviar la proyección pública del profesional en cuestión,

⁵⁹⁴ STEDH (Sección 3ª) de 19 junio de 2012, por la que se resuelve el caso *Tanasoica* contra Rumania. TEDH 2012\58. Apartado 34: Se entenderá por persona con notoriedad pública “*toda persona que pueda ser percibida como una figura pública, es decir, una persona que (...) ocupa un lugar en la esfera pública*”

⁵⁹⁵ STEDH (Gran Sala) de 7 febrero de 2012, por la que se resuelve el caso *Von Hannover* contra Alemania. TEDH 2012\10. Apartado 110: “*Asimismo, si en circunstancias concretas el derecho del público a ser informado puede incluso referirse a aspectos de la vida privada de personas públicas, concretamente cuando se trata de personalidades de la política, no es así, aun cuando gozaran de cierta notoriedad, cuando las fotografías publicadas y los comentarios que las acompañan se refieren exclusivamente a detalles de su vida privada y tienen el único propósito de satisfacer la curiosidad del público a este respecto (...). En este último supuesto, la libertad de expresión requiere una interpretación menos amplia*”

⁵⁹⁶ Deseamos aclarar que, conceptualmente, esta reflexión puede tener una relación más directa con el derecho a la intimidad que con el derecho al honor. No olvidemos que una noticia sobre la vida privada de una persona puede ser veraz, y por tanto, no constituiría una lesión de su honor, pero sí podría ser considerada como una violación de su intimidad. No obstante, tampoco podemos obviar que, en multitud de supuestos, las lesiones a ambos derechos pueden darse a la vez, pues se muestra una información sobre aspectos de la vida privada de un famoso, que podría lesionar su intimidad, utilizando un lenguaje abiertamente insidioso, que podría lesionar su honor.

o que el tema en el que se vea envuelto sea de interés público, lo cual conllevará que, en el conflicto entre su reputación y la libertad de expresión, a esta última se le otorgue un carácter preferente.

Esta regla general de prevalencia de la libertad de expresión tiene un límite claro, y es aquella que se da cuando dicha la crítica hacia el profesional sea de tal magnitud, que rebase esa faceta pública que supone la reputación y entre de lleno en la concepción *ad intra* del honor, lesionando la integridad personal del profesional y socavando, por ello, su “vida privada”. Ahí la libertad de expresión deberá ceder siempre y en todo caso, pues lo que se ataca directamente es la dignidad de la persona.

Dos son las Sentencias que, en este sentido, entendemos deben ser analizadas con profusión, pues ambas se refieren a profesionales de la medicina que son objeto de severas críticas.

En la primera, la STEDH por la que se resuelve el caso *Bergens Tidende* y otros contra Noruega,⁵⁹⁷ la demanda tiene origen en una serie de artículos publicados por un periódico noruego, cuyos periodistas, tras haberse entrevistado con distintos expacientes, ponían en entredicho la profesionalidad del cirujano plástico. Merece destacarse que los títulos, subtítulos y pies de foto de los artículos resultaban totalmente sensacionalistas.⁵⁹⁸ Así mismo que, tras la publicación de estos artículos, el médico tuvo que cerrar su clínica.

A la vista de ello, el médico presentó denuncia contra el medio de comunicación y los periodistas, siendo que la jurisdicción noruega le dio la razón por entender,

⁵⁹⁷ STEDH (Sección 3ª) de 2 mayo de 2000, por la que se resuelve el caso *Bergens Tidende* y otros contra Noruega. TEDH 2000\128.

⁵⁹⁸ Citamos los siguientes titulares y subtítulos: “*El embellecimiento se convierte en desfiguración*”, “*Mujeres rotas de por vida tras una operación de “cirugía estética*”, “*Prótesis que estallan*”, “*Sin recibo*”, “*Infección dolorosa*”, “*Feas cicatrices*”, “*Deformada*”, “*Amargos lamentos*”, “*insoportable*”. Así mismo, los pies de foto: “*Esta mujer está atormentada por su gran pecho. La cirugía le ha dejado con cicatrices horribles y senos desproporcionados*”, “*He pagado 6.000 NOK, y todo lo que he conseguido es quedar desfigurada*”, “*Es poco decir que lo lamento amargamente. Estoy rota de por vida y ya no seré nunca la que era*”, “*El dolor era insoportable. En el lapso de varios días, me transformé en una ruina ansiosa y temblorosa de nervios, y pensé que iba a morir*”.

básicamente, que no queda probada la relación de causalidad entre los daños padecidos y la presunta falta de diligencia profesional, amén de que el lenguaje utilizado en los artículos fue virulento y engañoso y que, como consecuencia de dichos artículos, tuvo que cerrar la clínica tras la destrucción de su reputación.

Tanto el editor del periódico, como los propios periodistas, acudieron en amparo ante el TEDH, alegando que se les había conculcado su derecho a la libertad de expresión, siendo que el TEDH, tras realizar el correspondiente ejercicio de ponderación, consideró que debía estimar la demanda.

Así pues, para el TEDH, el cirujano plástico es un personaje que, por su profesión, tiene una evidente notoriedad pública. Así mismo, el asunto en sí, la salud, responde a un obvio interés general. En cuanto al lenguaje utilizado en los artículos, indica que los periodistas se limitaron a reproducir las expresiones vertidas por las expacientes, por lo que no había engaño alguno. Por lo que respecta al modo en que fue presentado el reportaje, el TEDH indica que no es su papel el sustituir a la prensa en la decisión de qué técnica de información deben adoptar los periodistas. Termina afirmando que, aun cuando es cierto que dichos artículos tuvieron graves consecuencias profesionales en la reputación del doctor, también lo es que, estando las críticas justificadas (de conformidad con lo manifestado por las expacientes), era inevitable que su reputación sufriera un daño sustancial. Por todo ello, en el juicio ponderativo, tuvo un mayor peso la libertad de expresión.

En la segunda, la STEDH por la que se resuelve el caso *Hoffer y Annen* contra Alemania,⁵⁹⁹ la demanda tiene origen en la distribución de una serie de panfletos de cuatro páginas que se daba a los viandantes ante un centro médico de Núremberg. En

⁵⁹⁹ STEDH (Sección 5ª) de 13 enero de 2011, por la que se resuelve el caso *Hoffer y Annen* contra Alemania. TEDH 2011\7.

dichos folletos se denunciaba que, en las instalaciones de un centro médico, un galeno se dedicaba a realizar abortos, comparando dicha intervención con el holocausto.⁶⁰⁰

Tras realizar el doctor la correspondiente denuncia por difamación, los tribunales internos estimaron la misma. Ante ello, los condenados solicitaron el amparo del TEDH, el cual desestimó el mismo, al entender que los demandantes, al comparar la realización de abortos con el holocausto, habían sobrepasado ampliamente su derecho a la crítica, violentando gravemente el derecho al honor del médico.⁶⁰¹

f) Las personas anónimas para la opinión pública

Este supuesto es el que mayor protección merece para el TEDH. El argumento, *sensu contrario*, es el mismo que hemos visto para los personajes públicos. Aquí, la persona no participa en la esfera pública. Por tanto, en el juicio ponderativo, el derecho

⁶⁰⁰ *Ibídem*, Apartado 7: “El 8 de octubre de 1997 los demandantes distribuyeron unos panfletos de cuatro páginas a los viandantes ante un centro médico de Nuremberg. La página inicial contenía el texto siguiente:

«Especialista en asesinatos de niños no-nacidos, el Dr. F. [se encuentra] en las instalaciones del Centro Médico del Norte, Nuremberg»”.

Apartado 8: “En las páginas centrales se mostraba información sobre el desarrollo del feto humano y sobre técnicas de aborto. Contenía también afirmaciones tales como:

«Por favor apoya nuestra lucha en contra del asesinato sin castigo de niños no-nacidos» y «Por tanto: no al aborto».

El anverso decía lo siguiente:

«Apoya nuestra propuesta y nuestro trabajo. Colabora a asegurar el cumplimiento del Quinto Mandamiento: “no matarás” y a que en el futuro todos los médicos de Nuremberg cumplan la Ley Básica de la República Federal de Alemania!

Detén los asesinatos de los niños en el vientre de sus madres en las instalaciones del Centro Médico del Norte.

Antes: Holocausto

Hoy: Babycausto

(damals: Holocaust heute: Babycaust)

¡Quien permanece callado es también culpable!»”.

⁶⁰¹ *Ibídem*, Apartado 46: “Desde el punto de vista de los tribunales domésticos, los demandantes, al comparar la realización de abortos con el homicidio masivo cometido durante el holocausto, vulneraron los derechos de personalidad del médico de una forma particularmente seria, y hubiera podido esperarse que expresasen su crítica de forma que dañase en menor medida el honor del médico”.

Apartado 48: “El Tribunal observa que el impacto de una expresión de opinión tiene sobre los derechos de personalidad de otra persona no puede desvincularse del contexto histórico y social en el que se ha realizado dicha afirmación. La referencia al holocausto, debe también contemplarse en el contexto específico del pasado alemán. El Tribunal por tanto, acepta la conclusión de los tribunales domésticos de que la afirmación impugnada constituía una muy seria vulneración de los derechos de personalidad del médico”.

al honor adquirirá un mayor peso frente a la libertad de expresión, que en los supuestos anteriores.⁶⁰² De hecho, nos encontraríamos ante el máximo nivel de protección del derecho al honor frente a la libertad de expresión.

g) El caso concreto de las personas jurídicas

Hoy en día, el buen nombre de una empresa es el valor intangible más importante para ella. Así pues, sus administradores deberán vigilar de cerca todo aquello que se dice sobre la misma, a fin de evitar los cuasi irreparables daños que se derivarían de los infundios inventados por la competencia, que puedan acabar con su prestigio. La pérdida de confianza entre los consumidores, que se derivaría de esa información errónea puede suponer, incluso a la larga, la desaparición de la empresa del mercado. No podemos obviar que el valor de una empresa es el valor de la confianza que los consumidores depositen en ella.

Ello no quiere decir, en absoluto, que las empresas estén al margen del escrutinio público y, sobre todo, de los propios consumidores y usuarios, y que deban aceptar las críticas de los mismos. Incluso que deban encajar las mismas como un sistema de alerta temprana que les sirva para mejorar en cualesquiera de las fases de la elaboración del producto o de la prestación del servicio.

Deseamos, en este punto, citar una Sentencia del TEDH, que supone el *leading case* al respecto y que, desde luego, es de las más controvertidas que ha dictado el TEDH, habida cuenta que en su votación, nueve magistrados, en el juicio ponderativo, se mostraron a favor del reconocimiento del derecho al buen nombre de la compañía, y

⁶⁰² STEDH (Sección 4ª) de 11 enero de 2005, por la que se resuelve el caso *Sciacca* contra Italia. TEDH 2005\1. Apartado 29: “*Así mismo, dio indicaciones en cuanto al alcance de la esfera de la vida privada y constata que existe «una zona de interacción entre el individuo y terceras personas que, incluso en un contexto público, puede depender de la "vida privada"» (...) El carácter de «persona ordinaria» de la presente demandante restringe en este caso esta zona de interacción*”.

STEDH (Sección 3ª) de 18 febrero de 2014, por el que se resuelve el caso *Jalba* contra Rumanía. JUR 2014\50332. Apartado 30. “*In cases concerning debates or questions of general public interest, the limits of acceptable criticism are wider in respect of politicians or other public figures than in respect of private individuals*”.

los otros nueve, a favor de la libertad de expresión, decidiéndose por el primero, en virtud del voto de calidad del Presidente. Se trata de la STEDH por la que se resuelve el caso *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann* contra Alemania, de fecha 20 noviembre de 1989.⁶⁰³

Así pues, el conflicto se resume en lo siguiente: "*Markt Intern*", es una editorial alemana fundada y dirigida por periodistas que se dedicaba a la defensa de los intereses de las empresas pequeñas y medianas del comercio al por menor frente a la competencia de las grandes sociedades de distribución, como los supermercados y las empresas de venta por correspondencia. Editaba una serie de publicaciones destinadas a sectores comerciales especializados, como el de droguería y de productos de belleza. Se trata de boletines semanales que informan a sus lectores sobre la evolución del mercado, y especialmente sobre las prácticas comerciales de las grandes empresas y de sus proveedores.

El origen del conflicto se da con una publicación de un artículo en el boletín informativo dedicado al sector de la droguería y de los productos de belleza, en el que se informaba sobre un incidente que afectaba a una sociedad inglesa de venta por correspondencia, el "*Cosmetic Club International*", ("el Club"). El artículo relataba cómo la compañía no había cumplido con su política comercial de devolver el importe si el cliente no quedaba satisfecho con el producto. Tras ello, los editores de la revista remiten un télex a la directora del Club, preguntando si ello supone un incidente aislado o puede ser considerado como parte de su política comercial oficial, siendo que la misma contesta comprometiéndose a averiguar lo sucedido. Con independencia de todo ello, a través de la revista se invita a todos los receptores de la misma a que informen sobre si han tenido experiencias similares con el Club. Así mismo, ya había publicado

Traducción: Apartado 30: En los casos referentes a debates y cuestiones de interés público general, los límites de la crítica aceptable son más amplios con respecto a los políticos u otras figuras públicas que con respecto a los particulares.

⁶⁰³ STEDH de 20 noviembre de 1989, por la que se resuelve el caso *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann* contra Alemania. TEDH 1989\20.

artículos sobre el Club aconsejando a los comerciantes al por menor y a los industriales cierta prudencia en sus relaciones con dicha mercantil.

Tras la correspondiente denuncia del Club, las autoridades judiciales alemanas estiman la misma, fundamentalmente porque se trataba de un hecho aislado que no justificaba que se sospechase, de entrada, que la política comercial del recurrente era fraudulenta y, menos aún, cuando la responsable de la empresa se había comprometido a esclarecer lo ocurrido. Así pues, se consideró que la publicación del artículo fue demasiado prematura. Además, se opone a las buenas costumbres comerciales el solicitar el envío de informaciones comprometedoras. Todo ello conllevaba que el lector de la revista percibiese una imagen distorsionada de la política comercial del Club.

La editora de la revista acudió al TEDH, alegando que se ha violado su derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, el TEDH, por nueve votos contra nueve, consideró que no había existido tal conculcación por parte de las autoridades judiciales alemanas, habida cuenta las circunstancias concretas del caso. Así pues, en un primer momento reconoce que cualquier mercantil que pretenda operar en el mercado puede ser objeto de críticas. Literalmente indica que:

*“en una economía de mercado, una empresa que pretenda abrirse camino se expone inevitablemente a que sus competidores vigilen muy de cerca sus prácticas. Su estrategia comercial y el cumplimiento de sus compromisos pueden suscitar críticas de los consumidores y de la prensa especializada. Esta clase de prensa, para cumplir bien su tarea, tiene que poder publicar aquellos hechos que interesen a sus lectores y contribuyan así a la claridad de las actividades comerciales”.*⁶⁰⁴

Sin embargo, continúa señalando, que:

“incluso la publicación de artículos veraces que describan acontecimientos reales puede prohibirse en algunos casos: la obligación de respetar las vidas privadas de los demás o el deber de mantener reservadas algunas informaciones comerciales son ejemplos de lo que se dice. Hay que añadir que una afirmación verídica se puede modificar y se modifica con frecuencia con observaciones complementarias, juicios de valor y suposiciones, incluso con insinuaciones. Se debe reconocer también que un incidente aislado puede merecer un examen más a fondo antes de divulgarse, sin lo cual la tensión exacta de dicho incidente daría la falsa impresión

⁶⁰⁴ Ibídem, Apartado 35.

*de que pone de manifiesto una práctica general. Todos estos factores pueden contribuir legítimamente a la apreciación de las declaraciones hechas en un contexto comercial”.*⁶⁰⁵

Aplicando estos principios al caso analizado, acaba afirmando que:

“se trata en este caso de un artículo escrito en un contexto comercial: "Markt Intern" no era en sí un competidor del Club, pero pretendía –con pleno derecho– proteger los intereses de los dueños de las droguerías y de los vendedores al por menor de los productos de belleza. Es indiscutible que el artículo contenía algunas declaraciones exactas, pero expresaba también sus dudas sobre el crédito que se podía conceder al Club, y pedía a los lectores que señalaran "experiencias análogas" en el momento en que el Club prometía averiguar rápidamente lo sucedido en el caso relatado.

Según el Tribunal Federal de Justicia (...) no había razones suficientes para relatar el incidente en el momento de la publicación. El Club estaba conforme en hacer inmediatamente las averiguaciones para aclarar la situación. Por otra parte, los demandantes sabían, por haber calificado ellos mismos como provisional la contestación del Club, que sus críticas no podían justificarse con certeza hasta que se esclareciera el asunto. Según el Tribunal Federal, debían haberse dado cuenta de que la divulgación prematura del incidente tendría necesariamente repercusiones desfavorables en las actividades del Club, por cuanto facilitaría a los detallistas especializados un argumento eficaz contra él ante su clientela, que podría utilizarse incluso si se trataba de un incidente aislado que no permitía ninguna conclusión sobre sus prácticas comerciales”.

Basándose en los anteriores argumentos, nueve magistrados del TEDH acaban reconociendo que la solución dada por los tribunales alemanes no contravenía el CEDH. Sin embargo, los otros nueve magistrados sí que entendieron que se había conculcado esa libertad de expresión. Merecen ser destacados los principales argumentos de estos últimos: el primero es que las actividades económicas no están al margen del interés general; el segundo, que para asegurar la transparencia de las actividades económicas, las informaciones sobre los productos ofrecidos a los consumidores se han de poder difundir libremente; el tercero, que la libertad de expresión es la base de la defensa de los derechos fundamentales, pues sin ella es imposible descubrir la violación de los demás derechos; el cuarto, que la libertad de publicación de críticas de los productos, incluso de las más duras, debe ser total o casi, salvo los casos de delitos o de competencia desleal, en los cuales, la solución no es la censura, sino el procedimiento penal o civil contra las empresas que llevan a cabo estas actuaciones.

⁶⁰⁵ *Ibídem.*

C) El comportamiento anterior de la persona implicada

El comportamiento anterior de la persona a la que se refiera una noticia es otro elemento fundamental en el juicio ponderativo. Es obvio que, aquellas personas cuyo oficio es precisamente ese, es decir, la venta de primicias relativas a su vida privada o la exposición pública permanente en programas del corazón, no se encuentran en la misma situación que aquellas otras que siempre han mostrado recelo a cualquier intromisión en su privacidad. Del mismo modo, aquellos que decidan participar en un debate sobre un tema de interés público, deberán ser conscientes de que sus opiniones podrán ser objeto de críticas. Ello no quiere decir que estas personas vean menguada la titularidad de su derecho a la protección de su reputación pero, obviamente, a la hora de realizar el juicio ponderativo, ello deberá ser tenido en cuenta.⁶⁰⁶

⁶⁰⁶ STEDH (Sección 5ª) de 23 julio de 2009, por la que se resuelve el caso *Hachette Filipacchi Associes ("ICI PARIS")* contra Francia. TEDH 2009\84. Apartado 52: “*El Tribunal constata, además, que la revelación anterior por el propio interesado de la información enjuiciada es un elemento esencial del análisis de la intromisión imputada a la sociedad de prensa en algunos aspectos de la vida privada del cantante. En efecto, las informaciones, una vez hechas públicas por el propio interesado, dejan de ser secretas y se convierten en disponibles libremente.*

En opinión del Tribunal, las revelaciones del cantante, una vez hechas públicas, debilitan el grado de protección que este último podía pretender respecto a su vida privada, al tratarse en lo sucesivo de hechos notorios y de actualidad”.

Apartado 53: “*En opinión del Tribunal, es este un criterio determinante en la apreciación del equilibrio a mantener entre el derecho de la demandante a la libertad de expresión y el del cantante al respeto de su vida privada. En la medida en que la demandante reutilizó, sin deformarla, una parte de la información libremente divulgada, concretamente en su biografía, y hecha pública por el cantante, sobre sus bienes y la forma en la que empleaba su dinero, el Tribunal considera que este ya no conservaba una «expectativa legítima» de que se protegiese efectivamente su vida privada”.*

STEDH (Gran Sala) de 7 febrero de 2012, por la que se resuelve el caso *Von Hannover* contra Alemania. TEDH 2012\10. Apartado 111: “*El comportamiento de la persona en cuestión previo a la publicación del reportaje o el hecho de que la fotografía en litigio y la información correspondiente a la misma se hubieran publicado anteriormente, son también elementos a tener en cuenta (...). Sin embargo, el solo hecho de haber cooperado anteriormente con la prensa no priva al interesado de toda protección”.*

STEDH (Gran Sala) de fecha 7 de febrero de 2012, por la que se resuelve el caso *Axel Springer* contra Alemania, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>. Apartado 101: “*Another factor is X's prior conduct vis-à-vis the media. He had himself revealed details about his private life in a number of interviews (...). In the Court's view, he had therefore actively sought the limelight, so that, having regard to the degree to which he was known to the public, his “legitimate expectation” that his private life would be effectively protected was henceforth reduced”*

Traducción: Apartado 101: Otro factor es la conducta previa de X en relación con los medios de comunicación. Él mismo había revelado detalles sobre su vida privada en una serie de entrevistas (...) En opinión del Tribunal, él había buscado activamente ser el centro de atención, por lo que, teniendo en

D) La forma en que se obtiene la información, la veracidad, el contenido, la forma y las repercusiones de la publicación

Recordemos que ya hemos hecho referencia a los primeros cuatro elementos en el capítulo relativo exclusivamente a la jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión, remitiéndonos al mismo.

En cualquier caso, a este respecto, recordemos que la veracidad es un elemento imprescindible para que la libertad de información pueda ser amparada. También a la forma en que se obtiene la información le serán exigibles los requisitos de ética, diligencia profesional y buena fe (este elemento del juicio ponderativo tiene una trascendencia incuestionable cuando los bienes jurídicos afectados son la intimidad o la propia imagen, como ocurriría, por ejemplo, en la obtención de imágenes o voces utilizando, para ello, artificios tecnológicos, más que cuando se trata del honor, propiamente dicho).

Es importante recordar que tanto el contenido, como la forma de la información y de la opinión se encuentran, en principio, amparados por la libertad de expresión. Ahora bien, como ya vimos, el *animus inruriandi*⁶⁰⁷ no puede ser objeto de amparo bajo el artículo 10 CEDH, según el TEDH, y el mismo se puede dar tanto por el contenido, como por la forma en que se presenta la noticia. En cualquier caso, dicho ánimo injurioso supondría una contravención de la ética profesional y de la buena fe. Por tanto, de suyo, es incompatible con la concepción de la libertad de expresión que mantiene el TEDH. No podemos decir lo mismo del *animus iocandi*⁶⁰⁸, del *animus retorquendi*,⁶⁰⁹ o

cuenta el grado en que era conocido por el público, la "expectativa legítima" de que su vida privada fuese efectivamente protegida quedó menguada.

⁶⁰⁷ STEDH de 20 septiembre de 1994, por la que se resuelve el caso *Otto-Preminger-Institut* contra Austria. TEDH 1994\29: "Puede legítimamente incluirse una obligación de evitar, en la medida de lo posible, expresiones que sean gratuitamente ofensivas para otros y que, por ello, constituyen un atentado a sus derechos y que, sin embargo, no contribuyen a ningún tipo de debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos del género humano".

⁶⁰⁸ STEDH (Sección 5ª) de 14 marzo de 2013, por la que se resuelve el caso *Eon* contra Francia. TEDH 2013\31. Apartado 60: "El Tribunal ha señalado repetidamente que la sátira es una forma de expresión artística y comentario social que exagerando y distorsionando la realidad, pretende provocar y agitar.

del animus narrandi,⁶¹⁰ los cuales sí que se encontrarían amparados por la libertad de expresión.

El modo en que se manifiesta la expresión injuriosa ha resultado trascendental para el TEDH, pues ha considerado de modo distinto aquellas expresiones que se vierten verbalmente de aquellas otras que han sido plasmadas en un texto, y ello porque las segundas permiten un mayor grado de reflexión que las primeras.⁶¹¹

Por lo tanto, es necesario examinar con especial atención cualquier injerencia en el derecho de un artista -o de cualquier otra persona- a expresarse por este medio”.

En el mismo sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, “Discurso satírico y derecho al honor. Comentario a la STEDH de 14 de marzo de 2013 (TEDH 2013, 31) Caso Eon c. Francia”, cit., pág. 356: *“En la labor de ponderación de los derechos en conflicto, el intérprete ha de tener en cuenta la especial consideración que merece la sátira como legítimo medio para llevar a cabo una crítica política, al igual que acontece con la caricatura de los personajes públicos”.*

⁶⁰⁹ STEDH (Sección 4ª) de 17 julio de 2007, por la que se resuelve el caso *Sanocki* contra Polonia. TEDH 2007\44. Apartado 64: *“Remitiéndose a las propias expresiones, el Tribunal admite que el demandante utilizó un lenguaje provocador y carente de elegancia hacia su adversario, el periodista de Nowa Trybuna Opolska. Sin embargo, como tuvo ocasión de señalar el Tribunal, en el ámbito de los discursos políticos, la invectiva política a veces desborda el plano personal: son los gajes del juego político y del libre debate de ideas, garante de una sociedad democrática”.*

Apartado 65: *“En consecuencia, el Tribunal considera que cuando la libertad de expresión de un periodista provoca el posible recurso a una dosis de exageración, incluso provocación (...), un político que responde a través de la prensa a las críticas emitidas en su contra debe poder hacerlo según los mismos principios”.*

Apartado 67: *“El Tribunal señala, en consecuencia, que el editor de Nowa Trybuna Opolska se remitió a las declaraciones que podían prestarse a crítica y a polémica. Arrojando sobre el demandante una sospecha de mala gestión de las finanzas públicas, debía esperar una reacción por su parte”.*

⁶¹⁰ STEDH de 23 septiembre de 1994, por la que se resuelve el caso *Jersild* contra Dinamarca. TEDH 1994\36. Apartado 33: *“Por otro lado, en cuanto al contenido del reportaje sobre los cazadoras verdes, conviene señalar que el presentador de televisión comenzó su introducción refiriéndose a los recientes debates públicos y comentarios de la prensa sobre el racismo en Dinamarca, invitando al espectador a ver la emisión desde esta perspectiva. Continuó anunciando que el programa intentaba abordar algunos aspectos del problema, identificando a algunas personas racistas y describiendo su mentalidad y su medio social. Nada permite dudar que las entrevistas que siguieron alcanzaron ese objetivo. Tomado en su conjunto, el reportaje no podía objetivamente parecer tener como finalidad la propagación de ideas y opiniones racistas. Buscaba, por el contrario— por medio de una entrevista— exponer, analizar y explicar a ese grupo concreto de jóvenes, limitados y frustrados por su situación social, con antecedentes penales y actitudes de violencia, tratando así aspectos específicos de una cuestión que preocupaba ya entonces vivamente al público”.*

⁶¹¹ STEDH (Sección 4ª) de 29 febrero de 2000, por la que se resuelve el caso *Fuentes Bobo* contra España. TEDH 2000\90. Apartado 48: *“A este respecto, el Tribunal constata que, en su intervención, el demandante denunció las disfunciones del ente público y, como bien subraya el Tribunal Constitucional, sus críticas revestían, sin discusión, un interés general (...) Ciertamente, añadió declaraciones groseras y maleducadas, calificadas de ofensivas por los Tribunales nacionales. Sin embargo, dichas manifestaciones fueron hechas, en primer lugar, por los presentadores de las emisiones de radio, limitándose el demandante a confirmarlas y, esto, en el transcurso de un intercambio rápido y*

La repercusión, como elemento a tener en cuenta en el juicio ponderativo es más que cuestionable. En primer lugar, porque la lesión del honor se produce igual, con independencia del alcance del medio en el que aparezca la noticia. Así pues, si lo que se publica es falso, o contiene comentarios injuriosos, la lesión del derecho al honor, en principio y de modo abstracto, se habrá producido. Otra cosa distinta es la cuantificación del daño, que sí que dependerá de la repercusión que tenga la noticia.⁶¹²

E) La gravedad de la sanción y/o la indemnización impuesta

Este es un elemento básico para determinar si la injerencia en la libertad de expresión ha sido imperiosamente necesaria en una sociedad democrática.⁶¹³

El TEDH, como ya hemos visto, haciéndose eco de lo resuelto por el Consejo de Europa, entiende que recurrir, por parte de los Estados, a la sanción penal, como regla general, para garantizar la protección del derecho al honor, supone una medida desproporcionada. En consecuencia, es una de las causas por la que, en más ocasiones,

espontáneo de comentarios entre el demandante y los periodistas. Como señaló el Tribunal Constitucional, las declaraciones litigiosas parecían casi haber sido provocadas por los comentarios y juicios de valor hechos por los presentadores de esos programas”.

STEDH (Sección 3ª) de 15 marzo de 2011, por la que se resuelve el caso *Otegi Mondragón* contra España. TEDH 2011\30. Apartado 54: *“Asimismo, el Tribunal tiene en cuenta el hecho de que se trataba de declaraciones orales realizadas durante una rueda de prensa, lo que no dio al demandante la posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retirarlas antes de que se hicieran públicas”.*

STEDH (Gran Sala) de 12 septiembre de 2011, por la que se resuelve el caso *Palomo Sánchez y otros* contra España. TEDH 2011\68. Apartado 73: *“Además, estas últimas no constituían una reacción instantánea e irreflexiva en un intercambio verbal rápido y espontáneo, propio de los excesos verbales. Se trataba, por el contrario, de aseveraciones por escrito, publicadas con total lucidez y expuestas públicamente en la sede de la empresa”.*

⁶¹² Pensemos que la repercusión no será la misma, la que pueda tener que una noticia se difunda a través de un periódico local, que si la misma apareciese en una televisión nacional.

⁶¹³ STEDH (Gran Sala) de fecha 7 de febrero de 2012, por la que se resuelve el caso *Axel Springer* contra Alemania, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>. Apartado 95: *“Lastly, the nature and severity of the sanctions imposed are also factors to be taken into account when assessing the proportionality of an interference with the exercise of the freedom of expression”.*

Apartado 109: *“Regarding, lastly, the severity of the sanctions imposed on the applicant company, the Court considers that, although these were lenient, they were capable of having a chilling effect on the applicant company”.*

el TEDH ha entendido que los Estados han conculcado la libertad de expresión.⁶¹⁴

También la prohibición preventiva del ejercicio de la profesión periodística es

Traducción: Apartado 95: Por último, la naturaleza y la severidad de las sanciones impuestas son también factores que deben tenerse en cuenta al evaluar la proporcionalidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión.

Apartado 109: En lo referente a la severidad de las sanciones impuestas a la empresa demandante, el Tribunal considera que, aunque estas fueron leves, fueron capaces de provocar un efecto disuasorio en la empresa demandante.

⁶¹⁴ STEDH (Gran Sala) de 17 diciembre de 2004, por la que se resuelve el caso *Cumpana y Mazare* contra Rumania. TEDH 2004\101. Apartado 111: *“La naturaleza y la gravedad de las penas impuestas son elementos a tomar en consideración cuando se trata de medir la proporcionalidad de un atentado al derecho a la libertad de expresión garantizado por el citado artículo 10 (...) El Tribunal debe asimismo dar prueba de la mayor prudencia cuando las medidas o sanciones adoptadas por las autoridades internas disuaden a la prensa de participar en la discusión de cuestiones que presentan un interés general legítimo”*.

Apartado 112: *“En este caso, además de la condena a pagar daños y perjuicios por daño moral a la señora R.M., se impuso a los demandantes una pena de siete meses de prisión firme, acompañada de la prohibición de ejercer ciertos derechos civiles y la profesión de periodista durante un año (...). Ciertamente se trata en este caso de sanciones muy severas”*.

Apartado 113: *“Si bien los Estados contratantes tienen la facultad, incluso el deber, en virtud de sus obligaciones positivas conforme al artículo 8 del Convenio (...) de reglamentar el ejercicio de la libertad de expresión de manera que se asegure la protección adecuada por la Ley de la reputación de los individuos, deben evitar al hacerlo adoptar medidas que disuadan a los medios de comunicación de desempeñar su papel de alerta del público en caso de abusos aparentes o supuestos del poder público (...) Los periodistas de investigación son reticentes a expresarse sobre cuestiones que presentan un interés general – tales como presuntas ilegalidades en la concesión de contratos públicos a entidades mercantiles – si corren el riesgo de ser condenados, cuando la legislación prevé tales sanciones por los ataques injustificados contra la reputación de los demás, a penas de prisión o de prohibición de ejercer la profesión”*.

Apartado 114: *“El efecto disuasorio que el temor de tales sanciones implica para el ejercicio por estos periodistas de su libertad de expresión es manifiesta (...) Nocivo para la sociedad en su conjunto, también forma parte de los elementos a tener en cuenta en el marco de la apreciación de la proporcionalidad –y por tanto la justificación– de las sanciones impuestas en este caso a los demandantes, los cuales tenían ciertamente, lo ha dicho el Tribunal anteriormente, el derecho a llamar la atención del público sobre la cuestión de la firma de un acuerdo de asociación entre las autoridades municipales y la empresa privada en cuestión”*.

Apartado 115: *“Si bien la fijación de las penas es en principio privativa de los tribunales internos, el Tribunal considera que una pena de prisión impuesta por un delito cometido en el campo de la prensa no es compatible con la libertad de expresión periodística garantizada por el artículo 10 del Convenio sino en circunstancias excepcionales, concretamente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como sería el caso por ejemplo, en caso de difusión de un discurso de odio o de incitación a la violencia”*.

Apartado 116: *“Nada en las circunstancias de la presente causa, que constituye un caso clásico de difamación de un particular en el contexto de un debate sobre una cuestión que presenta un interés público legítimo, podía justificar la imposición de una pena de prisión. Por su propia naturaleza, tal sanción produce indefectiblemente un efecto disuasorio, y el hecho de que los demandantes no la ejecutaran no cambia nada esta conclusión ya que el indulto individual del que se beneficiaron es una medida que depende del poder discrecional del Presidente de la República; además, si bien dicho acto de clemencia tiende a dispensar a los culpables de la ejecución de su pena, no borra sin embargo su condena”*.

una medida absolutamente desproporcionada y, por tanto, incompatible con el artículo 10 CEDH.⁶¹⁵

No podemos olvidar el perverso efecto silenciador que conlleva la tipificación de los delitos de la palabra, y más, si tenemos en cuenta la inseguridad jurídica que rodea a la solución al conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Ni tan siquiera el hecho de que una posible condena penal quede en suspenso merece una evaluación positiva, pues, como bien dice el TEDH, el suspender la condena no significa eliminar la misma, ni los antecedentes penales que conlleva, amén de que el

Apartado 117: “Además, la pena de prisión que se impuso a los demandantes iba acompañada de la prohibición de ejercer todos los derechos civiles mencionados en el artículo 64 del Código Penal (...). Es cierto que debido a los aplazamientos concedidos sucesivamente por el Fiscal general (...), los demandantes no tuvieron que padecer los efectos de esta pena accesoria, a la que puso fin el indulto presidencial, de conformidad con la legislación interna en la materia (...). Tal prohibición, aplicable en derecho rumano de forma automática a toda persona que cumple una pena de prisión, cualquiera que sea el delito por el que se haya pronunciado la pena principal, y sin control alguno por parte de los tribunales en cuanto a su necesidad (...), era particularmente inapropiada en este caso y no se justificaba respecto la naturaleza de las infracciones por las que se comprometía la responsabilidad penal de los interesados”.

Apartado 118: “En cuanto a la prohibición impuesta a los demandantes de ejercer la profesión de periodista durante un año, que por lo demás no ha sido objeto de ninguna remisión de pena, el Tribunal recuerda su jurisprudencia constante según la cual las medidas de restricción previa a la actividad de los periodistas requieren por su parte el examen más escrupuloso y no se justifican sino en circunstancias excepcionales (...) El Tribunal considera que, incluso si en las circunstancias de este caso parece que no tuvo realmente consecuencias prácticas para los demandantes (...) la sanción enjuiciada era particularmente severa, que en ningún caso podía justificar el mero riesgo de que los interesados reincidieran”.

Apartado 120: “Si la lesión por las autoridades internas al derecho a la libertad de expresión de los demandantes podía justificarse por el deseo de restablecer el equilibrio entre los distintos intereses en juego, la sanción penal impuesta a los interesados y las prohibiciones que la acompañaban no eran proporcionales, por su naturaleza y su severidad, respecto al fin legítimo perseguido por la condena de los interesados por insulto y calumnia”.

STEDH (Sección 3ª) de 15 marzo de 2011, por la que se resuelve el caso *Otegi Mondragón* contra España. TEDH 2011\30. Apartado 59: “El Tribunal ha considerado ya que si bien la fijación de las penas compete, en principio, a los tribunales internos, la imposición de una pena de prisión por una infracción cometida en el ámbito del discurso político solo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto, por ejemplo, de que se difunda un discurso de odio o de incitación a la violencia (...). A este respecto, remite a la orientación dada a los trabajos del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Estado sobre las penas de prisión en materia de discurso político”.

⁶¹⁵ STEDH (Gran Sala) de 17 diciembre de 2004, por la que se resuelve el caso *Cumpana y Mazare* contra Rumania. TEDH 2004\101. Apartado 119: “El Tribunal considera que al imponer a la actividad de periodista dicha prohibición preventiva de alcance general, si bien limitada en el tiempo, los tribunales internos vulneraron el principio en virtud del cual la prensa debe poder desempeñar su papel de perro guardián en el seno de una sociedad democrática”.

perverso silenciador continúa, tanto para el condenado, como para el resto, a los que sirve de aviso sobre lo que les puede pasar si hacen uso de su libertad de expresión.⁶¹⁶ En resumen, la tipificación penal conlleva, como consecuencia, la autocensura de quienes tienen el derecho y la obligación de informar y opinar, lo cual es aún más grave que la censura propiamente dicha.

Tan solo en aquellos casos en que lo que se está sancionando es el llamado “discurso del odio” (en general) se podrá recurrir a la sanción penal, pues como establece el artículo 17:

“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

A este respecto, queremos destacar las palabras de BUSTOS GISBERT, cuando indica que:

“para considerar que una medida limitativa es proporcional al fin perseguido, no debe provocar un efecto disuasorio sobre otros sujetos que ejerzan la libertad de expresión, porque ello alejaría del debate público y democrático demasiadas cuestiones. Por ello, muy significativamente, el TEDH es muy poco receptivo a toda sanción penal (por reducida que esta sea, pues el mero proceso penal resulta disuasorio del ejercicio del derecho por otros en el futuro) para los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión. El TEDH es claramente partidario de que tales excesos se sustancien en el ámbito civil y no en el penal, si bien acepta que este pueda ser usado en situaciones particularmente graves”⁶¹⁷

El TEDH no solo ha entendido que se puede producir esa lesión del derecho a la libertad de expresión, como consecuencia de las sanciones penales (con la salvedad hecha de los delitos de odio), sino que también una indemnización civil

⁶¹⁶ *Ibíd*em, Apartado 60: “En las circunstancias del presente caso, en las que las declaraciones en litigio se realizaron en el ámbito de un debate sobre una cuestión que presentaba un interés público legítimo, no consta justificación de la imposición de una pena de prisión. Por su propia naturaleza, tal sanción produce inevitablemente un efecto disuasorio, pese al hecho de que se suspendiera la pena del demandante. Si bien dicha medida pudo aliviar la situación del interesado, no eliminó su condena ni las consecuencias duraderas de cualquier inscripción de antecedentes penales”.

⁶¹⁷ BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, cit., pág. 476.

desproporcionada puede suponer un efecto disuasorio en el informante, y es contraria al artículo 10 CEDH.⁶¹⁸

Pero incluso, y esto es llamativo, la mera existencia de una obligación a retractarse de lo manifestado se considera innecesaria (en los términos del “test de Estrasburgo”), y, por tanto, vulneradora de la libertad de expresión.⁶¹⁹

⁶¹⁸ STEDH de 13 julio 1995, por la que se resuelve el caso *Tolstoy Miloslavsky* contra Reino Unido. TEDH 1995\22. Apartado 49: “En virtud del Convenio toda decisión concediendo daños y perjuicios debe presentar una relación razonable de proporcionalidad con el atentado causado a la reputación (...) La suma concedida representaba tres veces la cantidad más alta concedida hasta entonces en Inglaterra en materia de difamación (...) y no se ha concedido desde entonces ninguna cantidad comparable”

Apartado 51: “En consecuencia, teniendo en cuenta conjuntamente la cantidad de los daños y perjuicios a los que el demandante fue condenado y la ausencia, entonces, de salvaguardas adecuadas y efectivas contra indemnizaciones de una amplitud desproporcionada, el Tribunal considera que hubo violación de los derechos garantizados al demandante por el artículo 10 del Convenio”.

STEDH (Sección 4ª) de 15 febrero de 2005, por la que se resuelve el caso *Steel y Morris* contra Reino Unido. TEDH 2005\14. Apartado 96: “Asimismo, el Tribunal considera que la cuantía de los daños y perjuicios a la que fueron condenados los demandantes quizás tampoco mantuvo el equilibrio justo deseado. En virtud del Convenio cualquier decisión concediendo unos daños y perjuicios por difamación debe presentar una relación razonable de proporcionalidad con el daño causado a la reputación (...) El Tribunal señala, por un lado, que las sumas a las que finalmente fueron condenados los demandantes (36.000 GBP en el caso de la señora Steel y 40.000 GBP en el caso del señor Morris), si bien eran relativamente módicas respecto a las normas actualmente en curso en los casos de difamación en Inglaterra y País de Gales, eran muy sustanciales si se las compara con los ingresos y medios muy modestos de los dos interesados. Admitiendo, por un lado, que las declaraciones del panfleto que se juzgó falsas contenían graves acusaciones, el Tribunal señala que no solamente las querellantes eran poderosas sociedades mercantiles sino que, en virtud de los principios del derecho inglés, no estaban obligadas a probar, y no lo hicieron, haber sufrido realmente una pérdida económica tras la publicación del panfleto del que el Juez estimó que se habían difundido «varios miles» de ejemplares”.

Apartado 98: “Para concluir, teniendo en cuenta (...) la cuantía desproporcionada de los perjuicios, el Tribunal considera que hubo violación del artículo 10 del Convenio”.

⁶¹⁹ STEDH (Sección 1ª) de 18 diciembre de 2008, por la que se resuelve el caso *Kazakov* contra Rusia. JUR 2008\385333. Apartado 30: “However, the Court notes that the applicant was ordered to issue an apology. In its view, to make someone retract his or her own opinion by acknowledging his or her own wrongness is a doubtful form of redress and does not appear to be “necessary”

Traducción: Apartado 30: Sin embargo, el Tribunal señala que la demandante recibió la orden de solicitar disculpas. En su opinión, hacer que alguien retracte su propia opinión, reconociendo su propia equivocación es una forma dudosa de reparación y no parece ser “necesaria”.

VI.- LA CRÍTICA POLÍTICO-INSTITUCIONAL Y EL PRESUNTO DERECHO AL HONOR DE LAS INSTITUCIONES. UNA VISIÓN COMPARADA ENTRE EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE EUROPA. BREVE APUNTE DE LAS NACIONES UNIDAS

I.- INTRODUCCIÓN

De cualquier análisis que se pueda hacer conjunto de la jurisprudencia del TEDH y la interna española, deberemos felicitarnos porque, en general, nuestro TC, así como el TS, han interpretado estos derechos, así como el modo de resolver el conflicto entre los mismos, de un modo similar a como lo ha hecho el TEDH. En otras palabras, el mandato del artículo 10.2 CE ha tenido una plena efectividad, lo cual supone, sobre todo, una garantía de igualdad para los españoles con sus congéneres europeos. No existiendo divergencias destacables, y existiendo excelentes monografías que estudian esta cuestión desde una perspectiva interna, creemos absolutamente innecesario un estudio comparado entre los mismos, pues nos limitaríamos a repetir conceptos e ideas.

Sí que nos vamos a centrar en una diferencia sustantiva, y altamente cuestionable, como es la relativa a la diferente apreciación de la crítica a las instituciones. Hacemos este matiz de las instituciones, porque sí que se ha acogido la doctrina del TEDH, relativa a la máxima prevalencia de la libertad de expresión frente al honor, respecto a la crítica a los políticos (como personas) o a los partidos políticos (como organizaciones). Sin embargo, dicha concepción de la libertad de expresión se torna mucho más restringida cuando de las instituciones se trata, lo cual contraviene

totalmente lo dispuesto, tanto por el Consejo de Europa, como por el TEDH, y supone un ejemplo paradigmático de lo escasamente consolidada que se encuentra, en este país, la libertad de expresión, cuando de la exteriorización de la disidencia político-institucional se trata. Ello responde, sin duda, a nuestra Historia,⁶²⁰ carente de la consolidación de revoluciones liberales e ilustradas que fueron desarrollándose en otros países, mientras aquí padecíamos golpes de Estado, monarquías absolutistas, como la de Fernando VII o instituciones como la Santa Inquisición en pleno siglo XIX. Ello por no citar las dictaduras que padecimos el siglo pasado.

II.- UN BREVE REPASO A LO INDICADO POR EL CONSEJO DE EUROPA SOBRE EL HONOR DE LAS INSTITUCIONES Y LA REPRESIÓN PENAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Con carácter previo al análisis de la legislación y jurisprudencia españolas, debemos recordar brevemente los criterios básicos dispuestos por el Consejo de Europa,⁶²¹ asumidos por el propio TEDH.

Se deben abolir las penas de prisión por la comisión de los delitos de injurias y calumnias. Tan solo podrán continuar considerándose válidas respecto de aquellas

⁶²⁰ BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA, “Cien años de lucha por las libertades: la accidentada historia de los derechos fundamentales en la España del siglo XX”, en *Derechos y libertades en la Historia* (VVAA), Universidad de Valladolid, Valladolid, 2003, pág. 206: *“En realidad se invierten los términos y lo que es un episodio anómalo o excepcional (la suspensión de garantías o la ley marcial) pasa a ser la situación normal, que no tiene nada de extraordinaria. Los derechos constitucionales son papel mojado, el régimen de garantías constitucionales es pura ficción, pura fachada (una especie de estafa a gran escala) y los conflictos sociales o políticos se resuelven de forma autoritaria, sin contemplaciones (...)*

A las frecuentes interrupciones de la normalidad constitucional hay que sumar las funestas consecuencias de la creciente intervención del Ejército en los asuntos políticos (siempre al servicio de las clases dominantes) y, más concretamente, en las cuestiones relacionadas con el orden público”.

⁶²¹ Declaración del Comité de Ministros, sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación, de 12 de febrero de 2004, disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=118995&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

Resolución 1577 (2007) de la Asamblea Parlamentaria, sobre la despenalización de la difamación, de 4 de octubre de 2007, disponible en:

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17588&lang=en>

difamaciones caracterizadas por el negacionismo, el discurso del odio, o que supongan, de suyo, una incitación a la violencia o a la discriminación.

Las instituciones del Estado no deben estar protegidas, como tales, por el Derecho penal, frente a las declaraciones difamatorias o insultantes. En el caso de que lo estuvieren, dicho nivel de protección no podrá ser superior al de los particulares. Siempre y en todo caso, esta protección debe aplicarse de forma muy restrictiva, evitando que pueda utilizarse para restringir la libertad de crítica, pues ello tendría un perverso efecto disuasorio (o de desaliento), incompatible con el sistema democrático. Por lo demás, quienes representan a estas instituciones siguen estando protegidas como individuos, como personas físicas, por lo cual, si se sienten lesionados en su honor, podrán seguir acudiendo a la vía judicial para solicitar su reparación, siendo siempre preferible la civil a la penal, pues esta última debe ser aplicada como última *ratio*, amén de que aquella es suficiente para obtener, efectivamente, la reparación por el daño causado.

Por tanto, de la lectura de lo dispuesto por el Consejo de Europa (cuya doctrina, como ya vimos, ha sido asumida íntegramente por el TEDH), queda claro que no se podrá aplicar la protección penal, como excusa, para restringir la libertad de crítica. Esta idea es básica, pues es la que entronca con la esencia misma de la democracia liberal, que, desgraciadamente, tan poca raigambre histórica ha tenido en este país. Precisamente, en el caso OTEGI contra España, el TEDH da la clave para comprender aquello de lo que estamos hablando, en una sola frase: *“El Tribunal ha de destacar que es precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, cuando más preciosa es la libertad de expresión”*.⁶²²

Analizaremos a continuación cómo en nuestro país, contradiciendo lo anterior, perviven institutos jurídicos penales más propios del sistema político preconstitucional.

⁶²² Apartado 56 de la STEDH (Sección 3ª) de 15 marzo 2011, por la que se resuelve el caso *Otegi Mondragón* contra España. TEDH 2011\30.

III.- LA PROTECCIÓN DEL HONOR EN ESPAÑA: CIVIL Y PENAL

No es objeto de esta tesis desarrollar el planteamiento sobre la doble vía de protección que se concede al bien jurídico “honor” en general: la civil y la penal. Sin embargo, nos vemos obligados, al menos, a hacer referencia a las mismas, por cuanto posteriormente se concluirá.

Respecto de la protección penal, comenzaremos señalando que la protección del honor se da a través de los tipos de calumnias e injurias. Por calumnia, de conformidad con el artículo 205 CP, entendemos *“la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”*, mientras que por injuria, según el artículo 208 CP, se comprende *“la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”*. Para que esta última sea considerada delito, será necesario, que *“por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”*.⁶²³ Cuando las injurias consistan en la imputación de hechos, solamente se considerarán graves cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Respecto de las calumnias, se prevé la *“exceptio veritatis”*, en el artículo 207 CP, que versa tal que así: *“El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”*. Respecto de las injurias, la apreciación de la *“exceptio veritatis”* es mucho más limitada: *“El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre*

⁶²³ El actual Código Penal ha sido objeto de reforma en su articulado por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que, conforme su disposición final octava, entrará en vigor el 1 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>: *“Ciento doce. Se modifica el párrafo segundo del artículo 208, que queda redactado del siguiente modo: «Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173.»”*

hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas” (art. 210 CP).⁶²⁴

Las instituciones europeas solo prevén la posibilidad de la pena de prisión, cuando nos encontremos ante el caso particular del negacionismo, o más amplio del discurso del odio, lo cual ya viene previsto en el artículo 510 CP, el cual versa como sigue:

*“1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.*⁶²⁵

⁶²⁴ *Ibídem*: “Ciento trece. Se modifica el artículo 210, que queda redactado del siguiente modo: «El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas.»”

⁶²⁵ *Ibídem*: “Doscientos treinta y cinco. Se modifica el artículo 510, que queda redactado del siguiente modo: «1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) *Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.*

b) *Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.*

c) *Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o*

El negacionismo ha sufrido un periplo jurídico en España, digno de destacar. Si bien es cierto que el artículo 607.2 CP sí que recogía, dentro del tipo, la conducta consistente en negar el genocidio (incluyendo en él también el Holocausto),⁶²⁶ el TC, en

discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la Sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.»

⁶²⁶ Art. 607.2 CP: “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

su Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, lo declaró contrario a la libertad de expresión y, por tanto, inconstitucional.⁶²⁷ Pero con la última reforma del Código Penal, operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ha vuelto a ser introducido en nuestro país como delito, si bien, con algunos requisitos que luego veremos, para adecuarlo al sentir de la Sentencia del TC.

Así, la STC 235/2007, declaró el negacionismo del actual artículo 607.2 inconstitucional, en virtud de las siguientes razones:

*“Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución. La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por la libertades científica [art. 20.1. b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (...), constituye un límite infranqueable para el legislador penal. En tal sentido, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código penal, sino que este interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional. Más allá del riesgo, indeseable en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, del que hemos advertido en otras ocasiones (...), a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político”.*⁶²⁸

Esta Sentencia fue bastante polémica, siendo objeto de diversos votos particulares. A favor de esta tesis se manifiesta TAMARIT SUMALLA, para el que:

⁶²⁷ STC (Pleno) núm. 235/2007, de 7 noviembre. RTC 2007\235.

⁶²⁸ *Ibidem*, F. Dº. 6º.

*“la creación de una suerte de delito de opinión no puede ser aceptada. Con este nuevo delito lo que se castiga es la mera difusión de ideas o doctrinas, lo cual no es sino la criminalización de una ideología, lo cual, por muy nefasta que la misma resulte, no constituye una actitud propia de un Estado democrático”.*⁶²⁹

En contra del fallo se muestra, entre otros, el voto particular del Magistrado Sr. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, el cual refiriéndose a los judíos que tenían que huir de Europa, manifiesta que:

“el viaje a Estados Unidos no era una travesía virtual por Internet. Cruzaban el Atlántico miles de barcos en los que huían de la Shoá, holocausto, o sacrificio por fuego, miles de seres portadores de «vidas indignas de ser vividas». Entretanto la vieja Europa contemplaba el sacrificio de seis millones de judíos, que no habían podido alejarse de una realidad monstruosa que desconocía la dignidad que todo ser humano tiene, en su irreplicable individualidad”.

Aun cuando a lo largo de la tesis, se hace, como es evidente, una defensa de la libertad de expresión, entendemos que, en el caso particular del Holocausto, su negación supone, por sí mismo, un insulto a quienes lo padecieron, así como a sus familiares y allegados, amén de que, de ninguna manera, ni directa ni indirecta, se puede permitir que dichas ideas puedan volver a cuajar en nuestras sociedades. Los pueblos de Europa permitieron que ello sucediese y, como mínimo, por respeto a la memoria de los fallecidos, así como a los que fueron encerrados en los campos de concentración, debemos sancionar a quienes lo niegan.

La redacción dada al artículo 510 CP, por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, reintroduce el negacionismo como delito. El tipo queda redactado como sigue:

“Art. 510.1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:
c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o

⁶²⁹ TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal* (Dir. Gonzalo Quintero Olivares y coord. Fermín Morales Prats), Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 2006, pág. 2335.

identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.”

La nueva redacción introduce un matiz fundamental, en relación con la del artículo 607.2, declarada inconstitucional, y es que exige que dicho negacionismo *promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos*. Es decir, no se sanciona la negación en sí misma, sino que la misma pueda ser instrumentalizada para promover o favorecer los delitos de odio. De este modo, el legislador salva la razón por la que el TC declaró contraria, a nuestra Carta Magna, la sanción penal del negacionismo del artículo 607.2.

Si tenemos claro que solo el discurso del odio (en sentido amplio) y el negacionismo, en particular, conforme el Consejo de Europa y el TEDH, pueden ser sancionados con pena de prisión, ya podemos deducir la primera contradicción con nuestro ordenamiento interno, cual es la previsión de hasta dos años de prisión, en el artículo 207 CP, por la comisión de calumnias, mediando publicidad, entendiendo por esta la propagación por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante (art. 211).

Como vemos, el propio Código Penal hace referencia a la lesión de la dignidad de la persona, como elemento nuclear del tipo. Ello conlleva que solo puedan ser objeto de este tipo de delitos las personas físicas (o bien grupos o asociaciones de esas personas físicas, en los que las mismas sean fácilmente reconocibles). Por tanto, quedarían fuera las instituciones.⁶³⁰ Sin embargo, como a continuación comprobaremos, el legislador no solo ha mantenido la protección del presunto honor de las instituciones, a pesar de las múltiples reformas habidas, sino que, incluso, en algunos casos, ha ampliado el objeto de su protección.

⁶³⁰ De hecho, como veremos, algunas Sentencias internas han descartado que las instituciones tengan, como tal, honor, viéndose obligadas a recurrir a otros conceptos, como son la dignidad, el prestigio o la autoridad moral.

Pero con independencia de la protección penal, para el legislador español, el honor ha merecido una protección de carácter civil. Nos estamos refiriendo a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,⁶³¹ que desarrolla lo dispuesto en el artículo 18 CE. Así, en su artículo 7.7, y en relación, en concreto, con el honor, manifiesta que, se considerará una intromisión ilegítima en el mismo, *“la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”*. Comparémoslo con el artículo 208 CP: *“la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”*. Es decir, nos encontramos con dos órdenes jurídicos, el civil y el penal, que vienen a proteger el mismo bien jurídico, el honor. En tanto que con la vía civil ya se consigue el fin pretendido,⁶³² la protección de ese bien jurídico, la vía penal resulta redundante, amén de contravenir, su propia existencia, los principios básicos del Derecho Penal, que entienden que su intervención debe ser mínima, recurriéndose a la mismo como última *ratio*. Creemos que, de seguir existiendo esa tipificación penal, esta debe referirse única y exclusivamente a los casos más graves.⁶³³

IV.- ¿TIENEN HONOR LAS INSTITUCIONES? A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

⁶³¹ BOE nº 115, de 14 de mayo de 1982, disponible en:

<http://www.boe.es/boe/dias/1982/05/14/pdfs/A12546-12548.pdf>

⁶³² LÓPEZ PEREGRÍN, CARMEN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y de los colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 100: *“La vía civil presentaba para el ofendido ciertas ventajas sobre la penal: la mayor rapidez derivada de un procedimiento preferente y sumario; la posibilidad de prescindir de la prueba del elemento intencional para pronunciarse sobre una responsabilidad de tipo objetivo, impensable en el ámbito penal (...) o la mayor generosidad de los tribunales civiles al establecer indemnizaciones”*.

⁶³³ En este mismo sentido, se muestra el legislador, con la derogación de las faltas de injurias de carácter leve producida por la disposición derogatoria única de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que, conforme su disposición final octava, entrará en vigor el 1 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>

Con carácter previo al desarrollo del tema, y debido a su complejidad, creemos necesario traer a colación cuál ha sido la posición del TC español al respecto, habida cuenta que es el máximo órgano encargado de interpretar nuestra Carta Magna.

En dos ocasiones⁶³⁴ se ha pronunciado, de manera directa y concreta, nuestro TC.

En el fundamento de Derecho segundo de la Sentencia núm. 107/1988, de 8 junio de 1988, se indica que:

“En el contexto de estos asuntos de relevancia pública, es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública”.

En un sentido similar se expresa el F. Dº. 2º de la Sentencia núm. 51/1989, de 22 febrero de 1989, que, además, añade que:

“no puede desconocerse que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo (...) las cuales han de ser interpretadas de acuerdo con lo dispuesto por los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”.

De cuanto acabamos de señalar, podemos concluir que, para el TC, las instituciones no serían titulares del derecho al honor, dado que es un atributo solo considerable respecto de las personas naturales. Sí se les podría reconocer otros valores, tales como la dignidad, el prestigio o la autoridad moral, los cuales son merecedores de protección penal, pero los mismos no pueden ni deben ser confundidos con el derecho fundamental al honor y, además, en caso de conflicto con el derecho fundamental a la

⁶³⁴ STC (Sala Primera) núm. 107/1988, de 8 junio de 1988. RTC 1988\107 y STC (Sala Segunda) núm. 51/1989, de 22 febrero de 1989. RTC 1989\51.

libertad de expresión, se le deberá asignar un nivel de protección inferior, incluso, que al que se reconoce al honor de las personas públicas o con relevancia pública (siempre que se trate de asuntos de interés general). En otras palabras, aun cuando nuestro más alto Tribunal aprecia que la penalización de determinadas expresiones vertidas contra las instituciones es correcta, también indica que, en caso de conflicto con la libertad de expresión, la interpretación que se haga de este derecho fundamental debe ser lo más amplia posible, debiendo entenderse las restricciones al mismo del modo más estricto posible.

De hecho, en ambos casos resueltos por el TC, se resolvió estimar que se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión de los recurrentes en amparo.⁶³⁵

A pesar de que esta es la doctrina general, a continuación comprobaremos como no siempre se ha interpretado así, sobre todo, respecto de una determinada institución.

⁶³⁵ F. D°. 3° de la STC (Sala Primera) núm. 107/1988, de 8 junio de 1988. RTC 1988\107: “*Resulta indudable que la opinión del demandante de amparo incide negativamente en el prestigio de la institución pública a la que se refiere, siendo lógico y comprensible que la jurisdicción penal la haya considerado, muy acertadamente, injuriosa u ofensiva a la clase del Estado a la que se dirigió. A pesar de ello, teniendo en cuenta el contexto en que se producen -una entrevista periodística dirigida a la información pública-, su alcance de crítica impersonalizada en la que no se hacen imputaciones de hechos a Jueces singularizados, cuyo honor y dignidad personal no resultan afectados y el interés público de la materia sobre la cual recae la opinión -el funcionamiento de la Administración de Justicia-, la jurisdicción penal debió entender, de haber realizado una correcta ponderación de los valores en conflicto, que la libertad de expresión se ejercitó en condiciones que, constitucionalmente, le confieren el máximo nivel de eficacia preferente y, en consecuencia, que la lesión inferida a la dignidad de clase determinada del Estado encuentra justificación en la protección que merece el ejercicio de dicha libertad, cuando, como ocurre en este caso, no traspasa los límites que se dejan anteriormente establecidos, aunque la opinión emitida merezca los calificativos de acerba, inexacta e injusta*”.

F. D°. 2° de la STC (Sala Segunda) núm. 51/1989, de 22 febrero de 1989. RTC 1989\51: “*Resulta obligado declarar que, sin perjuicio de que pudiera considerarse que las opiniones del solicitante de amparo incidían negativamente en el prestigio de la mencionada institución y de que los términos en que aquellas se vertieron podían tildarse de ofensivos, los órganos judiciales debieron tener en cuenta que, por el interés público de la materia abordada, por el contexto en que las expresiones se produjeron y por el alcance de crítica impersonalizada y separable de la consideración de la institución misma que aquellas expresiones tenían, la libertad reconocida en el art. 20.1 a) de la Constitución se ejerció en condiciones que le otorgan la protección de dicho precepto. Venimos, pues, a la conclusión de que, a pesar del carácter reprochable de la forma en que se expresó el ahora recurrente, en el conflicto planteado entre los valores de dignidad y reputación del Ejército y sus clases, armas e instituciones, que la ley penal protege, y el mencionado derecho fundamental -conflicto que no habría existido realmente, de no ser por los epítetos empleados-, hubo de otorgarse preferencia al ejercicio de la libertad de expresión, justificando la inaplicación de una sanción penal que, en circunstancias distintas, las reprochables manifestaciones públicas del recurrente hubieran podido merecer*”.

V.- LAS INJURIAS Y CALMUNIAS A LA CORONA

1.- ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES

El Código Penal español prevé dos artículos relativos a la posible comisión de injurias y calumnias contra los miembros de la Corona.⁶³⁶ En concreto, se trata de los artículos 490.3 y 491 CP.

El artículo 490.3 CP versa como sigue:

“El que calumniare o injuriare al Rey 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 heredero de la Corona, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas, 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 artículo 491 CP señala que:

“1. Las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses 2. Se impondrá la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del Rey o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona”.

Aquí cabe distinguir tres tipos de actuaciones que merecen reproche penal: calumniar o injuriar a los miembros de la Casa Real indicados, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas; calumniar o injuriar a los miembros de la Casa Real indicados, cuando se encuentren en el ejercicio de sus funciones; utilizar la imagen de cualquiera de dichos miembros de tal manera que pueda dañar el prestigio de la Corona.

⁶³⁶ El actual Código Penal ha sido objeto de alteración en su articulado por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que, conforme su disposición final octava, entrará en vigor el 1 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>: “*Doscientos cincuenta y nueve. Sustitución de términos en el Código Penal. 1. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al Rey se sustituyen por los términos «Rey o Reina». 2. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al Príncipe heredero de la Corona se sustituyen por «Príncipe o Princesa de Asturias».*”

Nos centraremos ahora en los dos primeros tipos, dejando el relativo al uso de la imagen, para un análisis específico posterior, pues merece una crítica específica.

Establecer el tipo penal específico cualificado de injurias y calumnias grave del artículo 490.3 supone una contravención de lo dispuesto por las instituciones europeas (Consejo Europeo y TEDH), pues la pena que conlleva es más gravosa que la establecida para el tipo genérico de calumnias y, por supuesto para el de injurias.

El tipo de calumnias del artículo 206 CP está castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a 12 meses. Es decir, en el peor de los casos, la sanción penal podrá consistir, alternativamente, en pena de prisión o de multa. Sin embargo, si se propaga una calumnia grave contra cualquier miembro de la Casa Real, de los recogidos en el artículo 490.3 CP, la pena será de prisión sin alternativa alguna a la misma.

Así pues, el tipo de injurias graves del artículo 209 CP está sancionado con multa (con publicidad, de seis a catorce meses, y sin publicidad, de tres a siete meses). Esto significa que injuriar gravemente a los miembros de la Familia Real recogidos en el artículo 490.3 CP, cuando se encuentren en el ejercicio de sus funciones o con motivo de estas, puede conllevar pena de prisión de hasta dos años. Cometer exactamente el mismo delito pero sin referirse a dichos miembros, supondrá una sanción penal consistente en una multa.

En resumen, como dice TAMARIT SUMALLA, *“la forma elegida (...) ha sido absolutamente desdichada, dado que convierte las calumnias contra las personas específicamente protegidas en un supuesto notablemente privilegiado respecto al régimen común de las calumnias protegidas con publicidad del art. 206”*.⁶³⁷ Con más motivo, se puede extender dicha crítica a las injurias, pues, como hemos visto, según el sujeto pasivo, pasan de ser sancionadas con multa a prisión. De la misma opinión es

⁶³⁷ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal* cit., 2011, pág. 2006.

LLABRÉS FUSTER, el cual, y refiriéndose en general a los delitos contra la Corona (incluyendo los aquí estudiados), afirma que suponen:

*“una pervivencia del antiguo crimen lasae maiestatis en forma de sobreprotección a la actual monarquía parlamentaria y las personas que la encarnan que ha sido fuertemente contestada por la doctrina penal. Ya de entrada, se cuestiona su propia ubicación sistemática, en un capítulo autónomo y previo a los delitos contra el resto de las instituciones del Estado, opción legislativa que acentúa su singularidad (...) Y es que, como veremos, la sobredimensionada tutela que se prevé en estos preceptos colide en no pocos extremos, y de forma difícilmente justificable, con las exigencias mínimas del principio de proporcionalidad”.*⁶³⁸

Para justificar este régimen de sobreprotección, la doctrina se ha visto obligada a reconocer que son diferentes bienes jurídicos los que se protegen con estos tipos penales, reconociéndole una naturaleza pluriofensiva a los mismos. Así pues, para TAMARIT SUMALLA, *“Lo que se protege es el honor del que es titular la persona concreta objeto del delito, por una parte, y el contenido simbólico de la institución de la Corona establecido en el artículo 52 CE, asociado directamente a las personas que la encarnan”.*⁶³⁹ Para GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS *“El bien jurídico protegido en estos delitos es, por una parte, el honor de los agraviados; por otra, la dignidad de su función en cuanto su respeto constituye un presupuesto indispensable para el desenvolvimiento de sus funciones”.*⁶⁴⁰ Un paso más da POLAINO NAVARRETE, para el cual:

“La autónoma incriminación de las calumnias e injurias contra el titular de la Jefatura estatal determina el reconocimiento normativo de un triple concepto de honor como objeto de tutela penal. En las injurias comunes, cometidas por acción o expresión que lesionan la dignidad de una persona, menoscabando su fama, o atentando contra su propia estimación, constituye objeto de protección el valor espiritual representado por el honor personal, es decir, la dignidad que corresponde a toda persona y el correlativo derecho de respeto que es inherente al ser humano (...) En las calumnias e injurias a personas cualificadas en atención a las funciones se delimita un nuevo concepto categorial de honor, integrado por el honor funcional, en que se protege la dignidad que corresponde al desempeño de una función por el legítimo titular de la misma. En las injurias al Rey se configura una cualificada caracterización del concepto funcional, consistente en el honor

⁶³⁸ LLABRÉS FUSTER, ANTONI, *Comentarios al Código Penal* (Dir. Manuel Gómez Tomillo), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1738.

⁶³⁹ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., pág. 2006.

⁶⁴⁰ GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, IGNACIO, “Delitos contra la Constitución”, en *Derecho Penal. Parte especial* (VVAA Coord. Carmen Lamarca Pérez), Cóllex, Madrid, 2011, pág. 713.

*estatal, que corresponde a quien constitucionalmente simboliza la unidad y permanencia del Estado español y asume la más alta representación del mismo”.*⁶⁴¹

MUÑOZ CONDE hace un análisis sobre los bienes jurídicos protegidos en este tipo de delitos (insertos en el Capítulo II del Título XXI del CP, relativo a los delitos contra la Corona), en el que sitúa en un segundo plano el honor de las personas afectadas. Así pues, señala que:

*“el bien jurídico protegido no es, sin embargo, el Jefe del Estado, como persona física, sino como titular, representante o cima del poder estatal que, como dice el art. 1.2 de la Constitución, “emana del pueblo español”. En una concepción democrática del poder, no cabe ya ser Rey (o Caudillo, o Presidente de la República) “por la gracia de Dios”. Solo la importancia del cargo para la vida política del país explica algunas prerrogativas funcionales que se conceden al Jefe del Estado, que constituyen la llamada “inviolabilidad” (...); y solo este especial papel funcional explica la protección específica que se le dedica en relación con determinados bienes jurídicos. Estos delitos contra la Corona son, pues, ante todo, delitos contra el Estado y no contra las personas que constituyen la Corona, aunque luego esa protección venga referida a bienes jurídicos concretos de la persona: (...) honor”.*⁶⁴²

Por último, deseamos traer a colación el interesante análisis que hace CARMONA SALGADO, la cual, tras reconocer que *“nos encontramos ante un delito de naturaleza pluriofensiva, en el que el honor es uno de los bienes jurídicamente tutelados”*,⁶⁴³ manifiesta sus dudas sobre la determinación del resto. Así pues, expresamente reconoce que:

“no existe unanimidad de criterio en cuanto a la determinación de cuáles sean los restantes intereses susceptibles de protección, pues, mientras para algunos lo que realmente amparan esos tipos es la dirección del ataque, fundamentalmente política, a la representación suprema del Estado, otros aluden a la representación suprema del Estado, otros aluden a la dignidad o al prestigio de la institución misma, pese a no concretar el contenido de esos bienes, en tanto algún autor se ha referido a la dignidad de la función, entendida en el sentido de pretensión del respeto indispensable para el normal funcionamiento de los poderes públicos, que puede verse entorpecido cuando, además de lesionarse el honor de quien los

⁶⁴¹ POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, “Delitos contra la Corona”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II* (Coord. Miguel Polaino Navarrete) Tecnos, Madrid, 2011, pág. 457.

⁶⁴² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 821.

⁶⁴³ CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 215 y 216.

ostente, se perturbe el desarrollo de las funciones encomendadas a la institución de que se trate (en este caso, la Corona)”.⁶⁴⁴

Nosotros no cuestionamos que los miembros de la Casa Real merezcan, exactamente igual que cualquier otro ciudadano, la protección penal de los artículos 205 y 208 CP. La dignidad de cada una de estas personas es exactamente igual que la de los demás ciudadanos. Y la dignidad, de la cual emana el honor, al igual que el resto de los derechos de la personalidad, es una cualidad única y exclusiva de las personas, no de las instituciones. Si bien, en caso de conflicto de dicho honor con la libertad de expresión, no podemos obviar que la misma tendrá un carácter prevalente, dado que se trata de personajes públicos (el Jefe del Estado y su familia) y, salvo cuestiones exclusivamente privadas, que no puedan tener ninguna relevancia pública, el resto estarán sometidas al escrutinio y la crítica de la ciudadanía, exactamente igual que ocurre con cualquier otro Jefe del Estado de un país democrático.

Como muy acertadamente indica GIMBERNAT ORDEIG, la solución pasa por:

“tratar al Rey y a sus familiares como a simples mortales, ya que para estos últimos la injuria constituye un delito privado en el que no interviene para nada la acusación pública y que solo puede ser perseguido a instancias del ciudadano que se siente lesionado en su honor.

Pero la evolución española en lo que se refiere a las calumnias y a las injurias contra los integrantes de la Familia Real ha caminado precisamente en la dirección opuesta, habiendo extendido el así llamado Código Penal de la democracia de 1995 –a pesar de que, según su Exposición de Motivos, estaría informado por el principio de “intervención mínima”- la protección penal a los padres del Rey (esto es, mientras vivieron, al Conde de Barcelona y a doña María de las Mercedes) y a sus descendientes de tal manera que, actualmente (algo a lo que no se habían atrevido ni los Códigos Penales de la monarquía autoritaria del siglo XIX, ni siquiera el de 1928, de la Dictadura de Primo de Rivera), una injuria contra, por ejemplo, los hijos de la Infanta Elena, Froilán o Vitoria Federica, constituye también un delito del art. 491 CP, sancionado con una pena superior a la que el CP prevé para las injurias comunes, entre otras razones porque, a diferencia de estas últimas, donde la ley distingue entre los delitos y faltas de injurias, las proferidas contra el Rey, sus padres, sus hijos y sus nietos integran siempre, independientemente de su entidad, un delito del citado art. 491, del que entiende, también a diferencia de las comunes, no la jurisdicción ordinaria, sino la especializada de la Audiencia Nacional, creada fundamentalmente para perseguir los delitos de terrorismo.

Por todo lo expuesto, y en atención al principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), hay que proponer al legislador español: que desaparezca el delito del art. 491 CP, que, como sucede en muchos países democráticos no exista diferencia alguna de

⁶⁴⁴ *Ibíd*em, pág. 216

*penalidad entre las injurias expresadas contra el Jefe del Estado y el resto de los ciudadanos, que, sustrayendo la competencia a la Audiencia Nacional, entienda de ellas siempre la jurisdicción ordinaria y pasen de ser un delito público a uno privado. Con esta última exigencia se satisfarían también los supuestos deseos de la Casa del Rey, en el sentido de que, opine lo que opine el MF, las injurias contra los miembros de la Familia Real solo serían perseguibles a instancia de estos, por lo que, si estiman que han sido lesionados en su honor, deberán interponer una querrela firmada por abogado y procurador ante los juzgados de Plaza de Castilla”.*⁶⁴⁵

En este mismo sentido, se manifiesta RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, para la cual:

“En un sistema democrático, la monarquía no puede quedar exenta de la sujeción a la crítica, como pone de relieve el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia. Y resulta sorprendente y preocupante la proliferación de condenas penales a periodistas y particulares que informan críticamente sobre la Monarquía, el Rey o los miembros de la Familia Real. Los argumentos empleados por el Gobierno y antes por el TC acerca de la peculiar posición institucional y su posición de neutralidad en la contienda política no permiten obviar el hecho de que el Rey encarna una institución constitucional y su persona tiene una dimensión pública que no puede hacerle inmune a la crítica cuando se encuentra en el ejercicio de sus funciones, como destaca el Tribunal Europeo.

*Por otra parte, y dado que de la jurisprudencia del TEDH se desprende inequívocamente que la mayor protección frente a la crítica, la opinión y la información del Jefe del Estado otorgada por una ley especial es contraria al espíritu del Convenio, tal vez debería reflexionarse acerca de la conformidad con la Constitución de la protección reforzada que el art. 490.3 CP otorga al Rey y a toda la Familia Real. Un planteamiento que podría hacerse tanto a nivel legislativo – suprimiendo o modificando el tipo penal- como a nivel jurisprudencial, abordando el TC (si se le planteara un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad o al hilo de un recurso de amparo, que le daría ocasión para plantear una autocuestión) la posible inconstitucionalidad del precepto o la necesidad de una interpretación conforme con las exigencias del derecho a la libertad de expresión”.*⁶⁴⁶

En virtud de lo anterior, el Grupo de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, llevó a cabo una iniciativa parlamentaria en el Congreso

⁶⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, “Los privilegios penales de la familia real”, disponible en: http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1024306&titulo=gimbernats%20ordeig&texto=

⁶⁴⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, “Otegi 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 *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (Coord. Alcácer Guirao y otros), Civtas-Thomson Reuters, Navarra, 2013, pág. 639 y 640.

de los Diputados, en fecha 22 de abril de 2008, consistente en la proposición de derogación de los artículos 490.3 y 491 CP.⁶⁴⁷ Con ello se terminaba con este problema.

Comienza, la exposición de motivos, señalando, algo tan obvio, como que el honor de los miembros de la Casa Real ya se encuentra recogido, al igual que el del resto de los españoles, en los artículos 205 y siguientes del Código Penal. Por tanto, los delitos previstos en los artículos 490.3 y 491 *“solo pueden ser entendidos como hechos lesivos del prestigio y reconocimiento debido a la institución”*.⁶⁴⁸

Sin embargo, sigue indicando la exposición de motivos:

“la necesidad de protección penal del «honor» o el prestigio de las instituciones resulta más que discutible. El propio Código Penal optó, en el momento de su redacción originaria, por eliminar el viejo delito de desacato, consistente en injuriar a autoridades y funcionarios. Correctamente se entendió en aquel momento que conceptos como el prestigio de la Administración o el principio de autoridad, no solo están periclitados como objeto de protección penal, sino que pueden colisionar con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en la manifestación de opiniones contrarias.

La saludable supresión del desacato no alcanzó entonces a las injurias a la Corona, cuyos tipos penales plantean los mismos problemas. En efecto, la protección penal del prestigio de la Corona debe ser revisada a la luz de, al menos, dos principios constitucionales: la prohibición de exceso o principio de proporcionalidad en sentido amplio y el carácter de derecho fundamental especialmente protegido que posee la libertad de expresión”.

En tanto que las instituciones no tienen honor, no solo fue coherente la supresión del delito de desacato (injuriar a autoridad o funcionario público), sino que ello debía de haber venido acompañado de la correspondiente derogación de los delitos de injuria a la Corona, y nosotros añadimos, al resto de las instituciones del Estado.

⁶⁴⁷ Proposición de Ley nº 122/000050. Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la despenalización de las injurias a la Corona, de 22 de abril de 2008. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley. Nº 64-1, disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_064-01.PDF

⁶⁴⁸ *Ibíd*em, Exposición de Motivos: *“El Código Penal vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) sanciona en sus artículos 490.3 y 491 las injurias proferidas contra el Rey y otras personas vinculadas a la Corona; comportamientos que, por su ubicación sistemática (Capítulo II del Título XXI del Libro II del Código Penal, con la rúbrica «Delitos contra la Corona»), solo pueden ser entendidos como hechos lesivos del prestigio y reconocimiento debido a la institución. No son, por tanto, normas protectoras del honor individual de las personas que la encarnan, que está suficientemente protegido, como para los restantes ciudadanos, en los delitos comunes contra el honor (artículos 205 y siguientes del Código Penal)”*.

La proposición legislativa no pretendía que el prestigio de las instituciones (en este caso, la Corona) quedara desprotegida jurídicamente, simplemente se pretendía la derogación de dicha protección penal. Así pues, existen otros órdenes que pueden ofrecer una alternativa al orden penal, que es el represivo por excelencia, y debe ser, siempre, la última *ratio*.⁶⁴⁹

Con gran acierto, se señala en la propuesta de reforma, que:

“lo propio del sistema democrático es buscar el reconocimiento social de sus instituciones por vías distintas de la represión. Históricamente se demuestra que cuanto menor es la solidez y el prestigio democrático de las instituciones, mayor es el recurso a su protección penal y a la inversa. En efecto, los sistemas autoritarios con instituciones apoyadas en la represión de la disidencia y sin sólido apoyo social, necesitan otorgarles la máxima protección legal declarando delictivos los comportamientos que las cuestionan”.

De hecho, la mera existencia del delito de injurias a la Corona, indicarán los promotores de esta reforma, supone una lesión del derecho a la libertad de expresión, pues:

“si con los tipos penales de injurias a la Corona se pretende proteger el prestigio de la institución o su reconocimiento por parte de los ciudadanos, es indudable que dichas normas son aptas para incriminar manifestaciones que la pongan en duda y que deben resultar amparadas por el ejercicio de la libertad de expresión, porque es consustancial a este derecho la posibilidad de cuestionar las instituciones. Y cuando una institución sometida al sistema democrático necesita afianzarse acudiendo a la represión penal de la crítica que se le dirige, sencillamente, deja de ser reconocida como institución propia de un sistema democrático. Este es el principal efecto de una intervención penal como la que aquí se rechaza y se trata de un efecto mucho más lesivo para el interés teóricamente protegido por estas normas, que los comportamientos que pretenden reprimir”.

A pesar de que, con esta iniciativa de reforma legislativa, la gran mayoría de los problemas interpretativos que se han dado en la aplicación práctica de los tipos penales, se habrían podido evitar, la misma no salió adelante, y ello a pesar de la persistencia de los grupos que la promovieron, pues años más tarde, en 2012, y tras el contundente fallo

⁶⁴⁹ *Ibídem*: “La presente Ley no interviene en la cuestión de hasta qué punto es conveniente la protección política del prestigio o, simplemente, el reconocimiento social de las instituciones. Lo que se rechaza es que dicha protección deba ser de carácter penal. La protección penal del prestigio de la Corona resulta desproporcionada en tanto en cuanto las sanciones penales y, especialmente, la privación de libertad no son ni necesarias ni adecuadas a tal fin”.

del TEDH en al caso OTEGI, volvieron a intentarlo,⁶⁵⁰ volviendo a estar la mayoría de los Diputados en contra.

En cualquier caso, el contenido de esta iniciativa legislativa, la cual se limita al delito de injurias (y calumnias) a la Corona, sería extensible al resto de tipos penales, referidos a las injurias (y calumnias) a las instituciones, pues como con acierto señala CARMONA SALGADO, se trata de:

*“problemas todos ellos íntimamente vinculados, de una parte, al principio de mínima intervención penal, y, de otra, al de prohibición de exceso punitivo o de proporcionalidad, entendida esta en sentido amplio, y que se traduce en la especial protección que en democracia merece la libertad de expresión”.*⁶⁵¹

Cabe reconocer, no obstante, sin que ello sirva de excusa para que siga existiendo este delito, que el actual CP de 1995 es más benigno, en cuanto a las penas, que el anterior CP. Pero también se amplía la protección a los diferentes miembros de la Corona, y se castiga el uso indebido de la imagen de los mismos, como más adelante podremos comprobar.

Si leemos los artículos 147 y 148 del Código Penal anterior,⁶⁵² vemos que las injurias al Jefe del Estado, o al del heredero de la Corona, estaba sancionada con pena de prisión mayor, es decir, de seis años y un día a doce años.⁶⁵³ Como hemos

⁶⁵⁰ Proposición de Ley nº 122/000039. Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la despenalización de las injurias a la Corona, de 3 de febrero de 2012. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley. Nº 51-1, disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/B_051-01.PDF

⁶⁵¹ CARMONA SALGADO, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, cit., 221.

⁶⁵² Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

Artículo 147: *“Incurrirá en la pena de prisión mayor el que injuriare o amenazare al Jefe del Estado por escrito o con publicidad fuera de su presencia. Las injurias o amenazas inferidas en cualquier otra forma serán castigadas con la pena de prisión mayor, si fueren graves, y con la de prisión menor, si fueren leves”.*

Artículo 148: *“Los delitos previstos en los artículos precedentes de esta sección, cometidos contra el sucesor del Jefe del Estado o el heredero de la Corona serán castigados con las penas que los mismos establecen para cada caso”.*

⁶⁵³ *Ibídem*, Artículo 30 CP.

comprobado, en el Código Penal actual la sanción penal se ha moderado, alcanzando, como mucho, dos años de prisión. Como señala MUÑOZ CONDE:

*“el carácter carismático y casi mítico con que se rodeaba la figura del Jefe del Estado en la dictadura franquista, como en general en todos los regímenes autoritarios, se reflejaba sobre todo en la especial dureza de las penas que castigaban los atentados a su honor (...) Todavía en la configuración de estos delitos en el Código Penal de 1995 ha pesado esta tradición, si bien las penas no son ya tan graves como en el Código Penal anterior, aunque se amplíe la protección a todos los miembros de la Corona, y se castigue el uso indebido de la imagen de los mismos, lo que anteriormente no estaba tipificado como delito”.*⁶⁵⁴

En la práctica, el problema no se nos dará tanto con la existencia de los tipos en sí mismos considerados, como en el modo en que se aplica por los tribunales, el derecho a la crítica política y a la disidencia (manifestación de la libertad ideológica en su proyección externa, es decir, de la libertad de expresión), cuando se esté juzgando a alguien por la comisión de este delito. Como reconoce GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, *“es, sin duda, harto difícil trazar una línea divisoria entre el legítimo ejercicio del derecho de crítica política y el acto insultante o vejatorio”*.⁶⁵⁵ Así pues, lo realmente complicado va a resultar saber qué se entiende por crítica política, teniendo claro que, en modo alguno, la misma puede comportar un supuesto derecho al insulto, que nada aportaría a la opinión pública, instituto clave del pluralismo político y, por extensión, de la democracia. El problema, de nuevo, será que no podemos dar una solución apriorística, teniendo que analizar la casuística jurisprudencial.

Como señala LLABRÉS FUSTER:

“En este contexto, procede analizar, con sumo cuidado, si nos encontramos o no ante el legítimo ejercicio a la libertad de expresión, del art. 20 1 a) CE, que debe considerarse reforzado cuando, a través suyo, se ejercita la libertad ideológica del art. 16 (...) Ni la monarquía parlamentaria como institución, ni el Rey, como encarnación de la misma, son inmunes a la crítica política. De manera que, todo acto o mensaje que constituya la manifestación de una opinión crítica o disidente por motivos ideológicos debe reputarse, en principio, amparado (...) por el derecho

⁶⁵⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 823.

⁶⁵⁵ GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, “Delitos contra la Constitución”, cit., pág. 714.

fundamental del art. 20.1 a) (en la esfera penal, debe tenerse por justificado por la vía del art. 20.7 CP)”.⁶⁵⁶

En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, considera que *“en una democracia, nadie puede quedar exento de crítica, ni por encima del bien o del mal, no habiendo razón para que la figura del Rey o la de cualquier otro miembro de la Corona deba recibir en esta materia un trato privilegiado”*.⁶⁵⁷

Esa misma defensa de la protección del derecho a la crítica y a la disidencia política la sostienen VIVES ANTÓN y CARBONELL MATEU, cuando señalan que *“La condición pública del agraviado, así como la máxima dignidad resultante de ella, implica, a su vez, un grado máximo de sometimiento a la crítica política, con la correspondiente «relajación de los juicios de valor» en orden a la dignidad del ofendido”*.⁶⁵⁸

No obstante, la jurisprudencia ha sido mayoritariamente renuente a apreciar esta crítica política, en los hechos enjuiciados, limitándose a realizar una aplicación cuasi automática de los artículos 490.3 y 491.1, sin entender que dichas conductas pudiesen estar amparadas bajo el ejercicio de la libertad de expresión (como manifestación de la libertad ideológica). Tenemos que manifestar, no obstante, que en las últimas resoluciones, se comienza a tener un mayor aprecio, por parte de los Magistrados de la AN, a la tesis aquí sostenida, que no es otra que la que sostiene el Consejo de Europa, el TEDH, la mayoría de la doctrina penalista, e, incluso, el relator sobre la promoción y protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión de la ONU, Sr. LA RÚE. A pesar de ello, insistimos, la mayoría de la jurisprudencia sigue siendo impermeable a la modernidad.

⁶⁵⁶ LLABRÉS FUSTER, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 1749 y 1750. Nosotros vamos un paso más allá, y consideramos que, si realmente se está ejerciendo esa crítica política amparada bajo el artículo 20.1 a), la conducta ya será atípica, pues faltará uno de los elementos fundamentales del tipo, como es el elemento subjetivo.

⁶⁵⁷ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 823.

⁶⁵⁸ VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR y CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, *Derecho Penal. Parte Especial* (VVAA), CD, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Dos son los elementos clave que tenemos que tener en cuenta para la resolución de estos asuntos: En primer lugar, la posibilidad o no de alegar la “*exceptio veritatis*”, y, en segundo lugar, la falta de “*animus inuriandi*” como elemento que conllevaría la atipicidad de la conducta.

En cuanto al primero, aquí, de nuevo, hay una división entre la jurisprudencia y parte de la doctrina. Comenzaremos citando, por ejemplo, la Sentencia número 41/2009, de 18 de septiembre, de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la AN,⁶⁵⁹ la cual estableció claramente, en su fundamento jurídico cuarto, que no cabía, en modo alguno, apreciar la “*exceptio veritatis*”. Citamos literalmente el mismo:

*“La exención de responsabilidad criminal que contempla el artículo 210 del Código Penal al permitir que el acusado de injurias pruebe la veracidad de sus imputaciones, exceptio veritatis, no es aplicable al caso de autos por cuanto el texto del referido artículo circunscribe tal posibilidad a que la imputación se dirija a un funcionario público sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, requisito que no concurre en el presente supuesto”.*⁶⁶⁰

Es decir, que aun cuando se pudiese demostrar la veracidad de las afirmaciones, la interpretación efectuada mayoritariamente por los tribunales impedirá poder acreditar la misma. Y todo ello casa con lo que ya señalaba la Sala de lo Criminal del TS, en su Sentencia de fecha 11 de mayo de 1983:

“la persona del Rey es inviolable, lo cual significa no solo que el Monarca es irresponsable de sus actos, sean estos los que fueren, sino que, ocupando la cima de la organización política del Estado y su más alta representación, y hallándose por encima de todo partidismo, se le debe respeto y reverencia, no pudiendo ser sujeto pasivo de ataques a su dignidad, de críticas o de vías de hecho sin que, quien lo haga, reciba la condigna sanción establecida, en el C. P”.

No obstante, como decíamos, una parte de la doctrina se muestra favorable al reconocimiento de la “*exceptio veritatis*”, habida cuenta que las libertades de opinión e ideológica conforman la base del sistema democrático, lo cual supone reconocer el

⁶⁵⁹ SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) núm. 41/2009, de 18 septiembre. JUR 2010\65122.

⁶⁶⁰ En el mismo sentido se manifiesta la SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 5 diciembre 2008. ARP\2009\239. F. Dº. 6º. Se reconoce la “*ineficacia de la exceptio veritatis en los delitos del artículo 490.3 CP, a diferencia de lo que ocurre, no solo en los tipos comunes, sino con las calumnias o injurias contra otras instituciones del Estado*”.

derecho a la crítica y a la disidencia política e institucional. En este sentido, para TAMARIT SUMALLA:

*“debe afirmarse la sujeción del mismo al régimen general de la “exceptio veritatis”, en los delitos contra el honor, aunque la jurisprudencia y un sector de la doctrina han negado la operatividad de la referida excepción invocando el carácter inviolable del monarca y el consiguiente deber de respeto y reverencia (...) El hecho que el Código no haga referencia expresa a la exención de la pena si se dan las circunstancias del artículo 210, a diferencia de lo que prevén los artículos 496 y 505, no constituye obstáculo alguno para seguir manteniendo esta tesis afirmativa, puesto que al tipificarse en el artículo 490.3 ofensas contra personas individuales especialmente protegidas, no se producen (...) problemas de asimilación al régimen general de las injurias y calumnias”.*⁶⁶¹

Más prudente se muestra, sin embargo, LLABRÉS FUSTER, para el cual:

*“Se discute, especialmente, en cualquier caso, si el efecto eximente de la exceptio veritatis resulta proyectable a las infracciones objeto de comentario: de su falta de mención en los delitos contra la Corona y, en cambio, su previsión expresa en los artículos 496 y 504, en los delitos contra las instituciones del Estado, no parece derivarse nada concluyente”.*⁶⁶²

Es cierto que el legislador no recogió expresamente la figura de la “*exceptio veritatis*”, respecto a las injurias y calumnias a la Corona, como sí lo hizo, cuando reguló estos mismos tipos de manera genérica, o referidos a las instituciones. Pero también lo es que negar la posibilidad de probar la veracidad de aquello que se está diciendo supone tanto como desconocer lo dispuesto por el TEDH, en el caso CASTELLS. Recordemos que dicho organismo condenó a España, por violación del derecho a la libertad de expresión (artículo 10 CEDH), precisamente porque el TS no le dejó, al Senador CASTELLS, demostrar la veracidad de lo manifestado, negándole la posibilidad de probar aquello que estaba afirmando. De hecho, es curioso comprobar cómo dicha Sentencia sí que provocó que, en la reforma del CP, se introdujera la figura de la “*exceptio veritatis*”, respecto de las instituciones, pero no respecto de la Corona. Así pues, entendemos que sí que debe poder acreditarse la veracidad de lo que se dice, puesto que mantener una tesis contraria, supone, de nuevo, ignorar la interpretación efectuada por el TEDH, y obviar el mandato del artículo 10.2 CE.

⁶⁶¹ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., pág. 2009.

⁶⁶² LLABRÉS FUSTER, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 1748.

La figura del “*animus iniuriandi*” supone una de las más complejas, puesto que, dependiendo de cuál sea su conceptualización, la respuesta será diferente. La apreciación de ese ánimo de injuriar, es decir, de lesionar el patrimonio moral de la persona referida, ha sido un elemento que, a lo largo de la jurisprudencia, ha dado lugar a diferentes matizaciones, que son fundamentales para la concurrencia o no del tipo penal.

La Sentencia que mejor refleja la dificultad que supone la apreciación de esta figura, la dictó la Sala de lo Penal del TS, en fecha 27 de enero de 1992,⁶⁶³ en cuyo fundamento de Derecho Segundo se indica que:

“El elemento subjetivo exigible en los delitos contra el honor como todos los componentes anímicos que mueven la voluntad de una persona no puede ser establecido de una manera directa ya que resulta complejo, y desborda la tarea de juzgar, la realización de cualquier introspección en el espacio espiritual de la persona, por lo que habrá que deducirlo del contenido, ocasión y circunstancias de las expresiones proferidas o acciones ejecutadas”.

El problema se dará, por tanto, en la interpretación, que el tribunal haga del contenido, ocasión y circunstancias de las expresiones o acciones concretas. De nuevo, nos encontramos ante otro elemento más de inseguridad jurídica. Ello será analizado, con mayor profusión, cuando tratemos la cuestión concreta del lenguaje simbólico, totalmente amparado, por la jurisprudencia norteamericana, bajo la Primera Enmienda, y también, por el TEDH, conforme el artículo 10 CEDH. En este tipo de lenguaje queda patente que la intención no es, en modo alguno, vejar la dignidad del sujeto pasivo, sino manifestar claramente la crítica política.

No obstante, y por lo que ahora respecta, la jurisprudencia ha dado un paso adelante y ha reconocido que los conflictos entre derechos fundamentales conlleva una serie de consecuencias importantes respecto de la figura del “*animus iniuriandi*”. Así pues, aunque concurra dicha intencionalidad, la misma ya no será suficiente para apreciar la existencia del delito, debiendo comprobar si, efectivamente, quien hace uso

⁶⁶³ STS (Sala de lo Penal) de 27 enero de 1992. RJ 1992\465.

de la libertad de expresión (en sentido amplio) ha respetado los límites intrínsecos y extrínsecos de la misma. Si se aprecia que así ha sido, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta, pues unos mismos hechos no pueden ser al mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito. En este sentido, por su claridad, nos vemos obligados a citar literalmente el Fundamento de Derecho tercero, de la STC (Sala Primera) núm. 39/2005, de 28 de febrero:

“En lo que se refiere a la esgrimida lesión del derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1 a) CE], conviene comenzar nuestro análisis recordando que, como indicamos en la STC 127/2004, de 19 de julio, citando las SSTC 2/2001, de 15 de enero (F. 5), 42/1995, de 18 de marzo (F. 2) y 107/1988, de 8 de junio (F. 2), si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del animus iniuriandi tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FF. 4 a 7; 107/1988, de 25 de junio, F. 2; 105/1990, de 6 de junio, F. 3; 320/1994, de 28 de diciembre, FF. 2 y 3; 42/1995, de 18 de marzo, F. 2; 19/1996, de 12 de febrero, F. 2; 232/1998, de 30 de diciembre, F. 5; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 4; 2/2001, de 15 de enero, F. 6).

Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, si los hechos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta (STC 104/1986, de 13 de agosto, FF. 6 y 7, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio, FF. 3 y 4; 85/1992, de 8 de junio, F. 4; 136/1994, de 9 de mayo, F. 2; 297/1994, de 14 de noviembre, FF. 6 y 7; 320/1994, de 28 de diciembre, FF. 2 y 3; 42/1995, de 18 de marzo, F. 2; 19/1996, de 12 de febrero, FF. 2; 232/1998, de 30 de diciembre, F. 5). Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (SSTC 2/2001, de 15 de enero, F. 2; 185/2003, de 27 de octubre, F. 5), de manera que la ausencia de ese examen al que está obligado el Juez penal, o su realización sin incluir en él la

*conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, no es constitucionalmente admisible. En ese obligado análisis de la aplicación del tipo penal el Juez debe valorar, desde luego, si en la conducta enjuiciada concurren aquellos elementos que la Constitución exige en su art. 20.1 a) y d) para tenerla por un ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que le impone comprobar, si de opiniones se trata, la ausencia de expresiones manifiestamente injuriosas e innecesarias para lo que se desea manifestar, y, de tratarse de información, que además de tener interés público, sea veraz. Pues si la opinión no es formalmente injuriosa e innecesaria o la información es veraz no cabe la sanción penal, ya que la jurisdicción penal, que debe administrar el ius puniendi del Estado, debe hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar, ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada, ya que así lo impone la interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales, rigurosamente motivada y ceñida al campo que la propia Constitución ha dejado fuera del ámbito protegido por el art. 20.1 CE. Cuando el Juez penal incumple esta obligación y elude ese examen para comprobar si la pretendida antijuridicidad de la conducta ha de quedar excluida, al poder ampararse el comportamiento enjuiciado en lo dispuesto por el citado precepto constitucional, no solo está desconociendo las libertades de expresión e información del acusado al aplicar el «ius puniendi» del Estado, sino que las está, simplemente, vulnerando”.*⁶⁶⁴

Ello no resta importancia a la figura del “animus”, en sentido negativo, pues, si bien es cierto que su existencia no determinará de suyo la comisión del delito, como acabamos de ver, su inexistencia sí que convertirá la conducta en atípica. Así pues, la apreciación del “*animus criticandi*”, en lugar del “*animus iniuriandi*” ha sido determinante en algunas resoluciones judiciales que han tratado esta cuestión. Solo a título de ejemplo, y por resultar la más reciente, citaremos el Auto de archivo, de 19 de agosto de 2014, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de la AN, en virtud del cual, en fase de Diligencias Previas, el Juez Instructor, manifiesta que:

“Tanto del título general de esa parte del programa, cuanto del disparo a la presentadora y posterior pregunta, que contextualizan la totalidad de la entrevista (...) se concluye con claridad la ausencia de intención de ofender o menoscabar a La Corona. Bien al contrario, se trata de un programa de crítica socio-política, con mejor o peor gusto e incluso en ocasiones rayano en lo grosero, que queda amparado por la libertad de expresión y a la difusión libre de ideas, pensamientos y opiniones, reconocidos en el artículo 20 de la CE. Dentro del contexto indicado - para lo que hay que ver la grabación en su totalidad- las expresiones en las que el

⁶⁶⁴ F. Dº. 3º de la STC (Sala Primera) núm. 39/2005 de 28 febrero de 2005. RTC 2005\39.

*Ministerio Fiscal se basa para solicitar la incoación de procedimiento abreviado están desprovistas de toda carga ilícita”.*⁶⁶⁵

Insistimos, en la importancia de este Auto en favor de la libertad de expresión, pues no se trata de una Sentencia que determine que el ejercicio del derecho a dicha libertad opera como una eximente de responsabilidad penal (es decir, como carencia de antijuricidad), sino que es un auto de sobreseimiento (archivo en fase de diligencias previas), por ausencia de carga delictiva en la conducta, es decir, por atipicidad.

2.- ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS INJURIAS Y CALUMNIAS A LA CORONA

Podemos reconocer, sin riesgo a equívoco, que ha habido una cierta progresión jurisprudencial, resultado también de la lógica evolución de los tiempos y de la implementación, lenta pero constante, de las tesis más avanzadas de la jurisprudencia del TEDH, en nuestros tribunales internos, a favor de comprender que la crítica político-institucional no puede ni debe ser objeto de sanción penal. No obstante, aún con el nuevo siglo, se siguen dando Sentencias que realizan una interpretación cicatera de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e ideológica.

No obstante, en honor a la verdad, muchos de los supuestos que ahora veremos no podían ser amparados bajo la libertad de expresión, pues, en el fondo, no suponen más que insultos gratuitos, que en nada suponen una crítica política, ni ayudan a la formación de una opinión pública libre. Así pues, vamos a señalar, en primer lugar, aquellas que recogen supuestos fácticos que, de ningún modo, podían ser considerados como subsumibles bajo la figura de la crítica o disidencia política.

En la STS (Sala de lo Criminal) de 31 enero de 1979,⁶⁶⁶ se confirmó la condena por injurias al jefe del Estado a quien profirió públicamente las siguientes expresiones:

⁶⁶⁵ F. Dº. 3º del Auto de la AN (Juzgado Central de Instrucción Nº 3), de 19 agosto de 2014. JUR 2014\246508.

⁶⁶⁶ STS (Sala de lo Criminal) de 31 enero 1979. RJ 1979\280.

“si le explotara una bomba, cabrón, gediondo, gordo asqueroso, que solo da de comer a los curas”.

En la STS (Sala de lo Criminal) de 20 mayo de 1983,⁶⁶⁷ también se confirma la condena por injurias al Jefe del Estado, a quien dijo la expresión *“Rey mierda”*.

En un sentido muy similar al anterior, nos encontramos con la STS (Sala de lo Penal) de 6 junio de 1987,⁶⁶⁸ que confirma la condena por injurias a quien dijo en voz alta, en medio de un bar, y refiriéndose al Monarca, que era un *«mierda»* y un *«hijo de puta»*, expresión oída por los que se encontraban en el establecimiento.

Lo mismo cabría decir de la STS (Sala de lo Penal) de 27 de enero de 1992,⁶⁶⁹ en la cual se condena por injurias a un militar que llama tonto y payaso al Rey, tras verlo en televisión, delante de otros militares.

En el mismo sentido, se manifiesta la SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de fecha 18 de octubre de 2005,⁶⁷⁰ en la cual, se confirma la Sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Penal, en virtud de la cual se confirma la condena por injurias a quien, en las inmediaciones del TS, y aprovechando que ese día iba a estar allí el Rey, empezó a dar voces, que rezan como siguen: *“El Rey me importa un bledo, él no paga impuestos y yo no le tengo ningún respeto, es un gilipollas, yo no me muevo de aquí porque pago mis impuestos y el Rey no. Es un borracho y un putero y se va de putas con mi dinero”*.

Tampoco es enmarcable en la crítica política el supuesto resuelto por la Sentencia dictada en fecha 7 de febrero del año 2005, por la Sala de lo Penal (Sección 1ª) de la AN.⁶⁷¹ En la misma, tuvo oportunidad de resolver el recurso interpuesto frente

⁶⁶⁷ STS (Sala de lo Criminal) de 20 mayo 1983. RJ 1983\2745.

⁶⁶⁸ STS (Sala de lo Penal) de 6 junio de 1987. RJ 1987\4526.

⁶⁶⁹ STS (Sala de lo Penal) de 27 enero de 1992. RJ 1992\465.

⁶⁷⁰ SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 64/2005 de 18 octubre de 2005. JUR 2008\326161.

⁶⁷¹ SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 4/2005, de 7 febrero de 2009. ARP 2009\104.

a una Sentencia dictada por el Juzgado inferior, siendo que confirmó su condena de injurias al Rey, considerando probados los siguientes hechos como fundamento fáctico:

“A las 11,30 horas del día 3 de Junio de 2.003, en la Plaza de España de Avilés (Asturias) estaba prevista la visita de SM. el Rey D. Aurelio . En el mencionado lugar se habían concentrado 750 personas, manifestándose "por el Convenio del Metal", entre las que se encontraban Íñigo, Germán y Juan Enrique, llevando bolsas de supermercado en cuyo interior había cartones de huevos y hortalizas que distribuían a los manifestantes.

Antes de la llegada de SM. el Rey, los manifestantes comenzaron a dirigir insultos contra el dispositivo policial que allí se encontraba, lanzando diversos objetos, como huevos y petardos contra la fachada de la sede del Partido Popular.

Alrededor de las 14,35 horas, coincidiendo con la llegada de la comitiva real, y habiéndose colocado los tres acusados en primera línea del grupo de manifestantes, profirieron insultos con el brazo en alto como "cabrón, hijo de puta", lanzando los tres citados huevos contra el vehículo donde viajaba el Rey, momento en el que fueron detenidos por la Policía”.

Es indudable que las expresiones que recoge la Sentencia, como hechos probados son, en sí mismas, injuriosas. Y aun cuando no tenemos claro que realmente lo que pretendiesen los manifestantes era tanto zaherir el honor de Su Majestad, como realmente manifestar su posición ante un conflicto de orden laboral, entendemos que el fallo fue acertado. Es cierto que no se tuvieron en cuenta las circunstancias (contextualización) en las que se producían esas expresiones, en medio de un conflicto social, siendo que los trabajadores se manifestaban no en contra del Rey, sino en defensa de sus derechos, por la negociación del Convenio del Metal, expresando así su malestar. No obstante, también es cierto que el Jefe del Estado no tenía, en este punto, ningún tipo de conexión directa ni indirecta, ni tan si quiera simbólica, con el conflicto laboral, ni tan poco de dichas expresiones se puede deducir crítica político-institucional alguna, siendo ellos elementos relevantes que pueden ayudar a comprender el sentido de la Sentencia dictada.

En ninguno de los supuestos antedichos podríamos encontrar ejercicio de la crítica política alguna, siendo, en todo o en parte, simples insultos gratuitos, perfectamente encuadrables bajo la figura penal de la injuria.

A continuación, traeremos a colación aquellas Sentencias que juzgan manifestaciones, en las que se entremezcla la legítima crítica política (por dura y ruda que esta sea), con expresiones abiertamente injuriosas, innecesarias para la formación de la opinión pública, que por haber sido vertidas junto a aquellas, provocan la censura jurídica de los juzgadores. Mantenemos nuestras reservas frente a las mismas, porque se han descontextualizado las expresiones que sirven de justificación para la condena, del discurso general en que se producen. Recordemos, en este sentido que, expresiones aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica, experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible. La consecuencia de esta línea jurisprudencial es clara: el perverso efecto silenciador. No obstante, cabe reconocer que muchas de las expresiones concretas por las que se producen las condenas, son abiertamente injuriosas e innecesarias, no pudiéndose aprovechar la legítima crítica político-institucional, para introducir de soslayo en la misma, injurias innecesarias para el acto comunicativo en sí.

La Sentencia núm. 41/2009 de 18 septiembre, de la AN (Sala de lo Penal, Sección 4ª),⁶⁷² la cual confirma la condena dictada por el Juzgado Central de lo Penal, condenando por un delito de injurias, en virtud de los siguientes hechos probados:

“El día 14 de abril de 2.008 en el curso de un acto de conmemoración del 77 aniversario de la proclamación de la 2ª República, celebrado en la casa de la cultura de la villa de los Barrios (Cádiz), José Ignacio, que ostenta, además, el cargo de alcalde de Puerto Real (Cádiz) pronunció un discurso en que tras realizar un panegírico de aquel régimen, comenzó a proferir expresiones tales como " El Borbón es el hijo de un crápula", " El Borbón (era) de condición deleznable y el presente no es menos de lo que su padre fue" e " hijo de una persona de condición licenciosa, deplorable, deleznable, no menos licenciosa que la de su esposa", añadiendo que "si atropellara a una niña lo haría por su acostumbrada vinculación étlica". Asimismo y al serle entregado en el mismo acto un diploma que lo acredita como socio de honor del Ateneo Republicano de Campo de Gibraltar en el capítulo de agradecimientos proclamó la "condición corrupta del Jefe del Estado", manifestando que "El Rey, es de naturaleza corrupta, porque lo es de condición, pero también lo es en lo personal", insistiendo en que " El rey es corrupto por procedencia, como corrupto es el sistema". Todas esas declaraciones, entre otras,

⁶⁷² SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) núm. 41/2009, de 18 septiembre. JUR 2010\65122.

se reprodujeron en diversos medios de comunicación escritos y hablados de la provincia de Cádiz”.

El supuesto anterior encarna el ejemplo paradigmático de un discurso en el que se entremezclan manifestaciones totalmente amparables bajo la libertad de expresión, como fórmula de crítica política, y expresiones totalmente injuriosas e innecesarias. Así pues, el discurso político pierde su amparo, cuando se adereza con insultos, que no aportan nada a la opinión pública. Como señalan los Magistrados:

*“En el caso de autos, las frases entrecuilladas en el relato de Hechos Probados, no contienen ningún pensamiento, ninguna defensa de ninguna idea u opinión, son simplemente descalificadoras, humillantes, afrentosas, molestas, ofensivas, desabridas, oprobiosas, impertinentes, vejatorias e innecesarias, tanto para manifestar su descontento con la institución monárquica, como para ensalzar y defender a ultranza las bondades de un sistema republicano, y por tanto, injuriosas para quien encarna la Monarquía española”.*⁶⁷³

Si bien, no creemos, en absoluto, que todas las “frases entrecuilladas” puedan ser calificadas como injuriosas, como lo hacen los Magistrados, sino como auténtica crítica institucional, sí que es cierto que, alguna de ellas sí lo es (sobre todo, por innecesaria), y queda desamparada por la libertad de expresión.

El Juzgado Central de lo Penal de la AN, en Sentencia núm. 24/2012 de 27 marzo,⁶⁷⁴ condenó por un delito de injurias y calumnias a los cantantes de una canción recogida en un cd que:

“Conforme resulta de su audición (...) tiene conforme resulta de las transcripciones realizadas (...) como estribillo muy reiterado: El hijo puta, el rey Juan Carlos (esta expresión se repite ¡en 16 ocasiones!) y solo constatar un ligero matiz en ambas transcripciones, en la facilitada por la Alcaldía, en la 4ª alocución de cada grupo de 4 que contiene la canción, se sustituye el término Rey Juan Carlos por Rey Bastardo. Dada la sinonimia es jurídicamente irrelevante la diferencia pues en todo caso lo que hace es reiterar el insulto con el que empieza cada grupo de 4 del estribillo.

De una manera algo menos explícita el cuerpo o texto de la canción atribuye al Rey, consignándose sin ánimo de exhaustividad y a "grosso modo", un delito de homicidio de su hermano para algo más sibilinamente imputarle delitos de cohecho, malversación y prevaricación para culminar imputándole directamente y sin ambages la autoría de un delito de rebelión militar (golpe de Estado 23-F)” Para el

⁶⁷³ *Ibíd.*, F. Dº. 5º

⁶⁷⁴ SAN (Juzgado Central de lo Penal) núm. 24/2012 de 27 marzo de 2012. JUR 2012\121366

Juzgador, “los acusados se han excedido, y en mucho, de la crítica política cayendo y descendiendo hasta el vilipendio y escarnio personal para censurar la Monarquía Parlamentaria”.

De la lectura de la letra de la canción,⁶⁷⁵ resulta obvio que, de nuevo, junto a la sana crítica político-institucional al Jefe del Estado, se expresan una serie de improperios, que no pueden ser calificados de otro modo a como lo hace la AN. De nuevo, nos encontramos ante el uso de expresiones abiertamente injuriosas y, de suyo, innecesarias para la formación de una libre opinión pública.

Terminaremos este punto, trayendo a colación el recorrido judicial que tuvo el conocido caso de un coronel que fue condenado por injuriar el Rey. Es muy interesante este asunto, porque la Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN, en la resolución del recurso, aunque mantiene la condena, contiene un voto disidente firmado por cuatro Magistrados, que plantean una tesis totalmente contraria a la asumida por la mayoría. Este es, desde luego, el ejemplo, por excelencia, de situación límite, en la que se nos muestra que la calificación de determinadas expresiones como crítica político-institucional o injuria es una tarea hartamente compleja.

El Juzgado Central de lo Penal de la AN, en su Sentencia núm. 16/2013, de 14 marzo de 2013,⁶⁷⁶ condenó a un coronel por un delito de injurias graves contra la

⁶⁷⁵ Letra de la canción “Una historia Real”, del grupo “Ardor Destómago”, disponible en:

<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/06/10/castillayleon/1276184216.html#letra>

“Quién mató a su propio hermano? Con una escopeta de caza En circunstancias poco aclaradas

Quién fue nombrado sucesor Por un asqueroso dictador Quién era el Elefante Blanco

Quién se llevaba bien con Franco

El hijoputa del Rey Juan Carlos El hijoputa del Rey Bastardo

A quién le regalan barcos Los banqueros y empresarios Quién está por encima de la Ley Se las da de campechano asuntos escabrosos

Quién se codea con mafiosos

Quién habló mal de Adolfo Suárez delante de los militares

El hijoputa del Rey Juan Carlos El hijoputa del Rey Bastardo

Quién hizo levantarse a Tejero y Armada Dejándolos en la estacada Quién salió luego por televisión

Como líder de la Transición

A quién le cubren las espaldas Con los secretos de Estado Quién tiene lameculos pegados como lapas Siguiéndole a todos lados

El hijoputa del Rey Juan Carlos El hijoputa del Rey Bastardo”.

⁶⁷⁶ SAN (Juzgado Central de lo Penal) núm. 16/2013 de 14 marzo de 2013. ARP 2013\235.

Corona, por la redacción de un artículo publicado en el periódico digital "Canarias-Semanal", cuyo texto literalmente indicaba que:

“Sí, sí, regio suegro del atlético Urdanga; divino monarca enviado por el Espíritu Santo a este bendito país para velar por la democracia, la felicidad, la salud y el bienestar de sus sufridos ciudadanos; rey sin par que crees provenir del testículo derecho del emperador Carlomagno cuando en realidad lo haces de la pérfida bocamanga del genocida Franco. Sí, tú, último representante en España de la banda de borrachos, puteros, idiotas, descerebrados, cabrones, ninfómanas, vagos y maleantes que a lo largo de los siglos han conformado la foránea estirpe real borbónica culpable del atraso, la ignorancia, la degradación, la pobreza, el odio y la miseria generalizada de centenares de generaciones de españoles; presunto (estamos en un Estado de derecho aunque no lo parezca) malversador de fondos públicos para pagar francachelas sexuales; corrupto máximo en un país donde, desgraciadamente, la corrupción se mama desde la cuna; impune muñidor de una descomunal fortuna personal que nadie en este país sabe de dónde ha salido; vil auto golpista castrense en aquel recordado 23F que organizaste in extremis para salvaguardar tu detestable corona franquista; fratricida confeso (o presunto asesino) en tu juventud; reo de un delito de alta traición a la nación española al pactar en 1975 con el Departamento de Estado norteamericano, ostentando interinamente la Jefatura del Estado español por enfermedad del dictador Franco, la entrega vergonzante a Marruecos de la totalidad de la antigua provincia española del Sahara Occidental (territorio bajo administración española, según la ONU) en evitación egoísta de una guerra con ese país que hubiera puesto en peligro tu tambaleante corona; corresponsable, en consecuencia, del espantoso genocidio posterior (más de tres mil víctimas) cometido por el rey alauí, Hassan II, para dominar el inmenso territorio abandonado por España... tú que mandas callar a voz en grito a jefes de Estado extranjeros. ¿Por qué callas ahora? ¿Por qué no hablas, y cuanto antes, a los españoles? Primero ¡faltaría más! De las andanzas presuntamente delictivas (los jueces hablarán próximamente) de tu deportivo yerno, ese caradura integral que se ha valido de su matrimonio (con el, seguramente, también delictivo consenso de su gentil esposa) y de la impunidad casi absoluta de que ha gozado hasta ahora la llamada familia real española, para apropiarse de millones de euros del erario público. Con la gentil colaboración de políticos y altos cargos de las derrochadoras y detestables administraciones públicas de este país (central y autonómicas).

Y en segundo lugar, supremo líder de la ya amortizada monarquía franquista del 18 de julio, y ya va siendo hora, háblanos de todas las irregularidades y presuntos delitos cometidos por tu regia persona, algunos de los cuales acabo de señalar y que este humilde mortal (o plebeyo, como quieras) ha denunciado repetidas veces en los últimos años ante las Cortes Españolas, única institución que puede entender de los mismos en base a la absoluta impunidad constitucional de la que gozas gracias a tu amado generalísimo, el tercer dictador más sanguinario de la historia europea después de Hitler y Stalin. Presuntos delitos de los que más tarde o más temprano tendrás que responder ante el pueblo español y que, no te quepa la menor duda, ocuparán algún día páginas y páginas en la triste historia de este país de la modélica transición y gaitas parecidas. Porque, amigo monarca, ya conoces los populares dichos: "A todo cerdo le llega su San Martín" y "El tiempo coloca a cada uno en su lugar". Y a ti, y a toda tu familia y parentela más o menos cercana de enchufados, vagos y maleantes de toda laya, parece ser que está a punto de llegaros esa suculenta y tradicional onomástica de ancestral raíz gastronómica a la vez que

el justiciero" de venir temporal de la historia" os arrincona sádicamente contra vuestro propio latrocinio y contra vuestra y escandalosa corrupción; decidido a bajaros a todos a las negras profundidades del infierno político y social. El largo tiempo del vino (Vega Sicilia, naturalmente) y las rosas de palacios y lujosas residencias veraniegas (más de siete lustros), gastándoos a espuestas el escaso dinero de los amados y tontorrones súbditos, toca a su fin. Y todos, absolutamente todos los componentes de esa tu despreciable familia real, tendréis que comparecer algún día ante la justicia; unos, como el atlético y descerebrado deportista de elite que creyó que le había tocado la bonoloto cuando la infantita de marras le eligió como dulce esposo de su particular cuento de hadas, muy pronto, porque las pruebas son irrefutables y porque, aunque torpe y lenta, la bella diosa ciega celtibérica de la balanza de oro, no podrá esta vez mirar para otro lado y tendrá que castigar como se merece tanto derroche, tanto latrocinio y tanta vagancia familiar e institucional; otros, como las infantitas borbónicas casadas o separadas temporalmente de sus parejas, que se dejan querer cobrando espectaculares sueldos millonarios de grandes empresas españolas y multinacionales y que, con tribunales o sin ellos, pronto tendrán que renunciar a tanta bicoca; y tú, todavía rey franquista de todos los españoles, aún protegido como estás por la larga mano del dictador y por la nefasta herencia constitucional de unos cuantos pelotas de intramuros del régimen (padres de la patria, qué risa) que parieron una Carta Magna a tu medida haciéndote divino e inviolable... no te confíes demasiado que el horno no está para bollos y muy pronto pintarán bastos en las calles y avenidas de muchas ciudades españolas.

¡Deja ya de hacerte el muerto! ¡Deja ya de emplear medios del Estado (aviones militares y demás) para acudir a grandes premios de Fórmula I o torneos internacionales de tenis a la par que eludes con total desvergüenza las escasas y ridículas obligaciones de tu medieval cargo...y habla! Cuéntanos a los españoles si conocías o no las presuntamente delictivas andanzas de tu todavía yerno, el Urdanga ese, y porqué te hiciste el sueco si, como es de cajón, las conocías. Y, también, nos pones al corriente de a cuánto asciende a día de hoy tu amañada fortunita, de cómo se desarrollaron (sin entrar en detalles morbosos, desde luego) tus pícaras alegrías amatorias con cargo a los fondos reservados del Estado español, de cómo transcurrió el tortuoso día (23F del 81) en el que salvaste a todos los españoles...y de todas las demás guarrerías personales y familiares cometidas en tu ya largo reinado. Así los españoles nos iremos enterando de todo ello sin tener que acudir a Internet y los jueces y los diputados electos del Partido Popular del hoy "muy asustado y mudo Rajoy" podrán ir tomando nota. Para cuando haga falta, naturalmente..."⁶⁷⁷ (DeKaosenlared)

Este artículo fue valorado por el juzgador, el cual lleva a cabo una interesante distinción entre algunas expresiones que considera injuriosas, de aquellas otras que, aunque resulten chocantes o hirientes, no llegan a rebasar el límite penal. Así pues entendió que:

"se dan las notas que permiten concluir la comisión del delito pues se vierten expresiones de forme innecesaria para la finalidad perseguida de crítica a la Corona, y también se ataca la privacidad en cuanto el Rey como cualquier

⁶⁷⁷ *Ibídem*, Hechos Probados.

ciudadano tiene derecho a mantener un espacio inmune a intromisiones exteriores dentro de la esfera que es propia de su intimidad personal.

Literalmente en el párrafo 2º del artículo de autos el autor llama al Rey, borracho, putero, idiota, descerebrado, cabrón, ninfómana ¿....? sic, vago y maleante y aunque la defensa ha realizado una tímida alegación refiriendo los epítetos a la dinastía borbónica en general, es evidente que la intención del autor del artículo era referirse el actual Monarca. Tanto en cuanto en el párrafo primero lo denomina "regio suegro del atlético Urdanga" como que en este segundo utiliza la expresión último representante en España de la banda de etc... El representante, sin entrar en disquisiciones jurídicas, es el que se coloca en lugar de otro, o personifica a otro, por lo que es claro que pese el circunloquio o perífrasis retórica utilizada por el autor que sin duda consciente de los expresiones altamente ultrajantes utilizadas prefirió tratar de evitar responsabilidades sin hacer una designación nominal, no va a eludirlas teniendo en cuenta lo expuesto y lo evidente de la designación del Rey actual conforme resulta por el párrafo anterior y subsiguientes y no va a impedir el reproche penal pues pese al rodeo lingüístico empleado es clarísimo, hasta para el lector menos avisado, que se está refiriendo a D. Juan Carlos I".⁶⁷⁸

No ampara la alegación del ejercicio de la libertad de expresión, porque aprecia, que dichas expresiones son innecesarias y desmesuradas:

"Para manifestar el rechazo a la Monarquía no es necesario vilipendiar al Rey hasta la desmesura de llamarle, entre otras cosas, cabrón, putero y borracho. Y con todo esto llegamos a la nota de la literalidad de las expresiones utilizadas: es decir expresiones formalmente injuriosas constituidas por epítetos y locuciones que tanto una interpretación jurídica como vulgar concluyen que son obviamente hirientes e insultantes (...) o más bien aquellas que no requieren interpretación alguna en cuanto cualquier persona las entiende como injuriosas".⁶⁷⁹

Sin embargo, otras frases del artículo sí que las ampara bajo la libertad de expresión:

"También se explaya sobre acontecimientos pretéritos desde la muerte del hermano del Rey en 1956 que le achaca, hasta supuestos gastos excesivos de dinero público, se le denomina auto golpista (literal) en el 23-F, autor de alta traición por el tema del Sáhara y otras opiniones sobre su modo de vida y fortuna personal, así como su papel en la transición y la nefasta (sic) Constitución Española. Y en este caso estas meras opiniones o ideas del acusado aunque plasmadas en el fondo y en la forma con un lenguaje especialmente hiriente o vejatorio, si podrían verse exentas de reproche penal".

Frente a esta Sentencia, se interpuso recurso de apelación, dando lugar a la Sentencia de 21 de mayo de 2013, dictada por la AN (Sala de lo Penal, Sección 3ª),⁶⁸⁰

⁶⁷⁸ *Ibídem*, F. Dº. 2º

⁶⁷⁹ *Ibídem*, F. Dº. 2º.

⁶⁸⁰ SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) de 21 mayo de 2013. ARP 2013\562.

por la que se desestima la alzada. En la misma se realiza un repaso jurisprudencial de los criterios utilizados, en el orden penal, para resolver este tipo de cuestiones.⁶⁸¹ Así mismo, se da un voto particular discrepante firmado por cuatro magistrados.

⁶⁸¹ *Ibíd.*, F. Dº. 3º: "El argumento principal a través del que se impugna la Sentencia de instancia es que el artículo se encuentra amparado en el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 a) como "derecho" a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, a lo que según la argumentación de la defensa podría añadirse el derecho a la libertad ideológica del art. 16.1 del texto constitucional, derecho a la libertad de expresión que en la Sentencia se reconoce como excluyente de la antijuridicidad del artículo en la parte que claramente es una crítica hacia D. Juan Carlos I en relación a un acontecimiento público actual, el proceso penal seguido contra su yerno.

En relación a los epítetos antes ya referidos y que el a quo tipificó penalmente a tenor del art. 491.1º del Código Penal la Sala concluye igualmente la existencia de un reproche penal no amparado en aquellos derechos a la libertad de expresión y de ideología que aun básicos en el Estado de Derecho no son ilimitados como expresamente determina la CE en el art. 20.4 al señalar que "estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, a los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

La STS de 31 de octubre de 2005 señala que el Tribunal Constitucional reconoce entre otras en su Sentencia 39/2005, de 28 de febrero que "si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y el honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información han modificado profundamente la forma de enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en el ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del *animus inuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina del TC no basta por sí solo para fundamentar una condena penal por un delito de injurias (SSTC 104/1986, 107/1988, 105/1990, 320/1994, 42/1995, 19/1996, 232/1998). Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el juez debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1 a) y d), de la CE, si los hechos no han de encuadrarse en rigor dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que de llegar a esta conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d), operarían como causas excluyentes de antijuridicidad (SSTC 104/1986; 105/1990; 85/1992; 136/1994; 297/1994; 320/1994; 42/1995; 19/1992; 232/1998). Los hechos no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de delito (SSTC 2/2001 y 185/2003)".

La STC 20/1990 afirma que "sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 de la CE no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se protegen en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de Derecho que en dicho precepto se instaura.

La misma Sentencia señala que "si bien es cierto que no hay derechos absolutos o ilimitados, también lo es que la libertad ideológica por ser esencial para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político, hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni tenga más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, limitación que por la singularidad y necesidad con que se precisa en el propio precepto que la determina no puede hacerse coincidir en términos absolutos con los límites que a los derechos de expresión e información reconocidos en el art. 20.1 a) y d), impone el nº 4 de esta norma; la equiparación entre una y otras limitaciones requiere que cuando el hecho imputado afecta

principalmente al derecho a la libertad ideológica a través de su manifestación externa se pondere y valore de qué manera se ha vulnerado el orden público protegido por la ley".

El auto 231/2006, de 3 de julio, del Trib. Constitucional con cita de las SS 120/1990 de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio, añade que "la libertad ideológica comporta la adopción o el mantenimiento de una determinada ideología o pensamiento e indudablemente no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierna y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones, sino que comprende además una dimensión externa de agere licere con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos. En las manifestaciones que conlleva esa dimensión externa de agere licere, se encuentra la libertad de expresión y muy principalmente figura la de expresar libremente lo que se piense".

La libertad de expresión no es solo un derecho individual de cada ciudadano dirigido a garantizarle un ámbito exento de limitaciones y favorecer su autorrealización personal, sino que las libertades reconocidas en el art. 20 de la CE significan también el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, valor fundamental y requisito del funcionamiento del Estado democrático (Auto del TC 213/2006, de 3 de julio, con cita de la Sentencia 12/1982, de 31 de marzo). Se trata según dicho Auto de la formulación de pensamiento, ideas y opiniones sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, que dispone de un campo de acción muy amplio solo delimitado por la ausencia de expresiones innecesarias para la expresión de la idea que se pretende - STC 107/1988, de 8 de junio - ya que la Constitución no reconoce un derecho al insulto - STC 6/2000, de 17 de enero -, ello en el sentido de que no es que la Constitución vede en cualquier circunstancia el uso de expresiones hirientes, sino que de la propia protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir las que, en las concretas circunstancias del caso y al margen de la veracidad o inveracidad, sean ofensivas y resulten impertinentes para expresar las opiniones de que se trate".

En la medida en que la Constitución no prohíbe su propio cuestionamiento ni su reforma por las vías legítimas, en tanto el pueblo español lo decida, la crítica de una institución constitucional no está excluida del derecho a la libertad de expresión, y en tales casos este derecho adquiere, frente al derecho al honor, el carácter de un derecho constitucional prevalente en tales materias. La Constitución no acuerda el derecho a la libertad de expresión solo para algunos puntos de vista considerados correctos, sino para todas las ideas dentro de los límites que ella misma establezca (STS de 26 de abril de 1991 y Auto del TC 19/1992, de 27 de enero de 1992).

Naturalmente, dice el Auto ya citado 213/2006 del TC, "en una sociedad democrática, con libertad ideológica y de expresión, la caracterización del Rey y de la Institución que encarna en su persona como símbolo de la unidad y permanencia del Estado, confiándole el arbitrio y moderación del funcionamiento de las instituciones (art. 56.1 CE), posición que le hace acreedor de un respeto institucional cualitativamente distinto al de las demás instituciones del Estado, no le hace inmune a la crítica de su persona ni en relación al ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas, si bien tal eventual crítica no puede servir de pretexto para menospreciar gratuitamente su dignidad o su estima pública afectando al núcleo último de su dignidad.

Por lo que se refiere a los límites del derecho a la libertad de expresión, dado que la propia Constitución no obstante la trascendencia y la preponderancia que se debe atribuir a la misma; reconoce en el art. 20.4 que no es un derecho ilimitado y absoluto y que existen límites por el respeto debido a otros derechos fundamentales y en concreto hace expresa referencia al derecho al honor; el TC en Sentencia 39/2000, de 28 de febrero, dice que "el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información no puede configurarse como absoluto, puesto que, si bien reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejercitan de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la CE les concede su protección preferente (STC 171/1990, de 12 de noviembre)". Ello no significa según la STC 336/1993, de 15 de noviembre con cita de las 190/1992 y 105/1990, que

El voto discrepante⁶⁸² es muy interesante, porque, entrando en el fondo del asunto, hace una interpretación totalmente contraria a la que mantienen la mayoría de sus compañeros.

Este voto discrepante se fundamenta en los siguientes argumentos:

En primer lugar, entienden que ha habido un error en la valoración de la prueba. Así pues, en los fundamentos jurídicos de la Sentencia recurrida:

“se identifican insultos innecesarios que atacan, se afirma, la privacidad del Rey; en concreto se acepta que el acusado habría llamado "literalmente" al Rey desde borracho a ninfómana. Sin embargo, no entendemos que sea así. Leemos: "tú, último representante en España de la banda de....que a lo largo de los siglos han conformado la foránea estirpe mal borbónica". Luego, en dicho apartado, se emite, con el auxilio de esos epítetos y calificativos, una opinión negativa sobre los representantes de la casa real a lo largo de tres siglos, un juicio sobre la institución

en atención a su carácter público las personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el art. 18.1 de la CE garantiza, también en este ámbito es preciso respetar la reputación ajena - art. 10.2 C.E.D.H según SS.T.E.D.H de 8 de julio de 1986 caso Lingens y de 20 de mayo de 1999, caso Bladet Tromso y Stensaas - y al honor, porque estos derechos constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar (SSTC 232/2002; 297/2000; 49/2001 y 76/2002), En modo alguno la libertad de expresión comporta un pretendido derecho al insulto ya que la CE no veda el uso de expresiones hirientes o molestas, pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias. Por último, las SS del Trib. Supremo de 26 de abril de 1991 y 31 de octubre de 2005 - Sentencias respecto de las que el TC inadmite sendas demandas de amparo por autos 19/1992, de 27 de enero, y 213/2006, de 3 de julio - afirma que el derecho a la libertad de expresión no alcanza a justificar intervenciones en el derecho al honor que afecten al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda injerencia de parte de terceros, Sentencias que además recuerdan que "la singular significación de este ámbito de la personalidad determina que su afección resulte en todo caso innecesaria, pues siempre será posible verter las opiniones aún más hirientes sin afectar al aspecto del honor que coincide íntegramente con el núcleo intangible de la dignidad de la persona, consecuentemente, cuando las expresiones de menosprecio se extienden a este núcleo último y más estrecho de la persona en cuanto tal, el ejercicio fundamental de la libertad de expresión resulta innecesaria, dado que el ejercicio de este derecho, como todos, está no solo sometido al límite, más o menos flexible, que expresamente contiene el art. 20 CE, sino también, al respeto de los fundamentos del orden público y de la paz social que establece el art. 10.1 de nuestra Constitución".

En aplicación de dicha jurisprudencia, los magistrados mayoritarios llegan a la conclusión de que *“aquellos calificativos, ya literalmente significativamente injuriosos, atacan el honor de D. Juan Carlos y consecuentemente a la Corona por él encarnada al incidir en el núcleo duro de su personalidad, siendo por lo demás innecesario para ejercer la crítica político-histórica con la que se presenta el artículo publicado por el acusado Luis Pablo”.*

⁶⁸² *Ibídem*, voto particular que formulan los magistrados FERNANDO GRANDE MARLASKA GÓMEZ, RAMÓN SÁEZ VALCÁRCEL, JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA y GUILLERMO RUIZ POLANCO.

y quienes han ostentado la jefatura. Pero en el contexto de una crítica al jefe del Estado por acciones que se dicen en el ejercicio de su cargo (golpe de estado) y por sus comportamientos económicos privados (patrimonio, actividades de negocios de sus familiares, gastos para viajar a eventos deportivos), de los que es irresponsable e impune (...)

El artículo no llama al Rey borracho, ni putero, ni ninfómana, ni los otros calificativos que se mencionan; que se utilizan para adjetivar a algunos de los miembros de una dinastía histórica (art. 57.1 CE), la de los Borbón. Una Casa real cuyo primer duque data de 1317, que reinó en Francia desde 1589 y en España desde 1700. En ese ámbito de valoración histórica no hay privacidad, como sin embargo afirma la Sentencia, ni honor, ni prestigio, ni reputación. Solo ideas que se deben discutir en el plano de las ideas; y ello al margen de la opinión que nos merece el suelto periodístico y su estilo”.

En virtud de lo anterior, los Magistrados llegan a la conclusión de que:

“Se trata de un ejercicio de crítica política dirigido a la primera autoridad del Estado, en un sistema que establece la herencia como forma de sucesión y la inviolabilidad personal e irresponsabilidad (art. 56 y 57 CE).

La conducta objeto de condena soporta una disidencia política, por lo que su sanción penal cuestiona la vigencia de derechos humanos fundamentales como la libertad ideológica y la libertad de expresar opiniones, libertades reconocidas en los art. 16.1 y 20.1-a de nuestra Constitución, así como plantea el ámbito de lo permitido en una sociedad democrática que pretende respetar y proteger la crítica a las instituciones, porque dicha crítica realiza los valores superiores de la libertad y el pluralismo (art. 1.1 CE)”.

En segundo lugar, porque la concepción que hace el juzgador *ad quo* del honor es radicalmente errática, porque, como dicen los Magistrados disidentes, *“el primer problema que se plantea es de orden conceptual: el honor es un bien jurídico personal, incluso personalísimo. Designa y remite a la fama, la reputación y la propia estima; se protege la dignidad de la persona, dignidad que se convierte en la esencia del honor”*. Esta no es una cuestión menor, y enlaza con lo que indicábamos respecto a que las instituciones, como tal, no tienen derecho al honor. En este sentido, señalan que:

“El tipo aplicado del art. 490.3 CP, que no es de injurias a la Corona sino al Rey - la Corona carece de honor-, es una forma específica de las injurias que protege la dignidad de la persona, su fama o propia estima.

La Sentencia no se aquieta a la redacción del tipo (“el que calumniare o injuriare al Rey”) y de la definición que el código ofrece del verbo que constituye el núcleo de la acción (“es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”), propiciando un concepto extensivo que abraza también la incolumidad de la institución en toda su historia frente a su posible menoscabo, de ahí que hable de injurias a la Corona”.

Y aquí deseo recordar lo que ya dijimos respecto a los artificios jurídicos a los que se ha tenido que recurrir para poder justificar este tipo penal, recurriendo a diferentes bienes jurídicos protegidos por el mismo. En este mismo sentido crítico, continúan reconociendo que *“Es evidente la peligrosidad que para las libertades relacionadas con la palabra, la expresión de ideas y pensamientos, representa el tipo de injurias que protege a las personas que encarnan las magistraturas del Estado. Porque resulta problemático identificar qué se quiere proteger”*.

Y precisamente, estos Magistrados, aciertan cuando señalan la raíz de todo el problema: el equivocado reconocimiento del honor a las instituciones. Así se desprende de las siguientes palabras:

“Porque las instituciones no tienen atributos personales, carecen de honor o, en su caso, el honor no es relevante. Lo importante es la legitimidad en el ejercicio de sus funciones; que ha de medirse en el respeto por los derechos y las libertades que demuestre la autoridad en el ejercicio de sus potestades, de ahí la importancia de la acomodación a pautas legales y a los procedimientos establecidos para la toma de decisiones”.

Pero en caso de que se reconociese dicho honor, este jamás podrá ser mayor al que se reconoce a las personas físicas: *“No puede aceptarse una mayor protección penal del honor de los miembros de la Casa Real”*. Es más, el hecho de que se trate del Jefe del Estado, le conlleva una servidumbre propia de toda sociedad verdaderamente democrática: el estar sometido al escrutinio de la opinión pública. Así lo podemos deducir de las siguientes palabras:

“de ahí no podemos inferir que el espacio de la crítica sea inferior, ni que las conductas prohibidas sean diferentes o que la protección fuera mayor; al contrario, se deben aplicar los estándares que regulan y amparan el derecho a la información y opinión libre. Que nos enseña a diferenciar al personaje público, de quien no lo es, porque cuanto más arriba en la pirámide de poder, mayor sometimiento al control, el escrutinio y la crítica pública”.

Nos congratula enormemente que en este voto particular se haga mención a la jurisprudencia del TEDH, que sirve de fundamento para esta tesis, para llegar a nuestras mismas conclusiones:

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que los delitos de injurias no pueden convertirse en un privilegio exorbitante que sustraiga al Jefe del Estado de la crítica pública por razón de su función o estatuto, porque no se concilia con las prácticas y las concepciones vigentes (caso Colombani y otros contra Francia, 25.9.2002). Y respecto al Rey de España afirmó que la neutralidad y condición de árbitro que contemplaba el ordenamiento no le ponían a resguardo de la crítica en tanto representante del Estado, especialmente frente a quienes cuestionan la forma monárquica (caso Otegi contra España 15.3.2011)”.

Para los Magistrados, resulta patente el efecto disuasorio (o de desaliento), para el discurso político, que conlleva toda condena penal:

“La conjugación de esos factores es concluyente, en el sentido de requerir más necesidad de crítica, más exposición al debate y cuestionamiento. La condena penal disuade la crítica y el cuestionamiento de la forma de Gobierno, en detrimento del interés público que demanda una opinión plural, informada y formada; atenta a la ejecutoria y a la actuación de un poder con una conformación distinta a los de elección popular. La política en democracia significa un cuestionamiento permanente de la legitimidad de ejercicio de los poderes instituidos”.

Y por último, respecto al lenguaje duro, hiriente, el voto particular, apoyándose en la jurisprudencia del TEDH, lo entiende amparado bajo la libertad de expresión, en su modalidad de crítica político-institucional, pues es precisamente en este ámbito, en el que se produce una mayor protección de dicha libertad. Así lo reconocen, cuando indican que:

“la libertad de expresión o crítica política goza del máximo nivel de protección, ya que el libre debate político "pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira el Convenio" (TEDH caso Lingens contra Austria, 8.7.1986).

Cuando el objeto de la crítica es un político o el Gobierno, el espacio permisible de la crítica, aún de la que se exprese de manera acerba e hiriente, incluso falsa si no hubiera mala fe, es especialmente amplio (TEDH Castells contra España, 23.4.1992), aunque la crítica afecte a la persona misma, porque "la invectiva política a menudo incide en la esfera de lo personal", debiendo aceptarse esos ataques como "azares de la política y del libre debate de las ideas" (TEDH Lopes Gomes da Silva contra Portugal, 25.6.2000 , que habla sido tildado de grotesco, bufón y basto).

Además, quien interviene en el debate público de interés general, como es el caso del cuestionamiento de la legitimidad del jefe del Estado y de la forma de gobierno, está autorizado a recurrir a ciertas dosis de exageración o provocación, incluso a mostrarse un poco inmoderado (TEDH Mamare contra Francia, 7.11.2006)”.

Y con base en todo lo anterior, llegan a la conclusión de que *“el artículo del Sr. Luis Pablo estaba amparado por el ejercicio del derecho a la libre expresión, luego no era antijurídico desde la perspectiva del delito de injurias al Rey”*.

Por tanto, como ya decíamos desde un principio, las tesis del TEDH, del Consejo de Europa y del Relator de las Naciones Unidas sobre libertad de expresión, el Sr. LA RUE, que, en definitiva, son las que se defienden en la presente tesis doctoral, van implementándose en la jurisprudencia interna, aun cuando de momento, vaya siendo a través de votos particulares o Sentencias minoritarias.

Ahora nos vamos a centrar en aquellas Sentencias en las que claramente se produce un discurso político, pero el mismo es ignorado abiertamente por los juzgadores, condenando, de un modo cuasi automático, por la comisión de delitos de injurias.

La Sala de lo Criminal del TS, en su Sentencia de 11 mayo de 1983,⁶⁸³ desestimó el recurso de casación frente a la condena impuesta por la AN, por injurias, al Jefe del Estado.

Los hechos que se tuvieron en cuenta para dicha condena:

“en síntesis, enseñan que, el Alcalde, Teniente de Alcalde y Concejales -que se citan-, de una pequeña localidad vasca, el 29 enero 1981, tras aprobar una moción de la agrupación electoral «Herrigintza» que criticaba la acción Política del Gobierno de Euzkadi y desaconsejaba la visita del Rey Don Juan Carlos I a Guernica, prevista para la primera semana del mes de febrero siguiente, acordaron también, con sus votos, una propuesta en la que se calificaba a la Monarquía Española, «indigna de pisar el suelo vasco»”.

Es decir, para los Magistrados del TS, calificar a la Monarquía Española *“indigna de pisar suelo vasco”*, no forma parte de la crítica política. De hecho, tal es el nivel de negación de este *“political speech”*, que en un momento dado, llegan a manifestar que al Rey *“se le debe respeto y reverencia, no pudiendo ser sujeto pasivo*

⁶⁸³ STS (Sala de lo Criminal) de 11 mayo de 1983. RJ 1983\2696.

de ataques a su dignidad, de críticas o de vías de hecho sin que, quien lo haga, reciba la condigna sanción establecida, en el C. P”. Esta concepción servil es la que justifica este fallo, a todas luces incomprensible, si se entiende mínimamente lo que supone un régimen de libertades en una sociedad democrática.

La STS (Sala de lo Criminal) de 10 de abril de 1984,⁶⁸⁴ acordó desestimar el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia dictada por la AN, condenando a los procesados por un delito de injurias al Jefe del Estado. Los hechos son los siguientes: los recurrentes, miembros del Comité Regional del Movimiento Comunista de Euskadi, publicaron en el diario «Egin», el día 12 abril 1981, un artículo titulado «Cincuenta Aniversario de la II República; somos antimonárquicos», en cuyo texto se examina y critica el comportamiento del Monarca frente a los sucesos referentes a la rebelión militar acaecida el 23 de febrero de 1981, presentándole como sospechoso de connivencia o favorecimiento del fallido golpe de Estado. Ello, que entraba dentro claramente de la crítica político-institucional, no era entendido así por el TS, para el cual no ofrecía:

“la menor duda que tienden a desprestigiar a su Majestad el Rey, que según el art. 56 de la Const. es el Jefe del Estado, símbolo de la unidad y permanencia que arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones y asume la más alta representación del Estado Español en sus relaciones internacionales, redundando todas las insinuantes sospechas vertidas en el citado artículo en menoscabo de su crédito, prestigio y acendrado respeto que por razón de su Alta Dignidad es acreedor, por lo que, al hacerse por escrito y publicada, la Sala de instancia procedió con acierto al incardinar tales hechos en el art. 147, párr. 1.º del C. P., al haberse proferido intencionadamente en referido artículo expresiones, frases y conceptos gravemente injuriosos contra su Majestad fuera de su presencia, y con la publicidad que supone el haber sido publicadas en un diario, por lo que procede desestimar el único motivo de ambos recursos”.

Vamos ahora a analizar los supuestos en los que la jurisprudencia sí que ha valorado dicha crítica político-institucional como amparable por la libertad de expresión (ligando la misma a la libertad ideológica).

⁶⁸⁴ STS (Sala de lo Criminal) de 10 abril de 1984. RJ 1984\2342.

Merece ser destacada una Sentencia dictada por el TC, ya en la lejana fecha de 15 de febrero de 1990,⁶⁸⁵ que, precisamente, sí que hizo una interpretación extensiva de la crítica político-institucional como manifestación del derecho fundamental a la libertad de expresión, cuando la crítica se refiere a la Corona.

Los hechos son los siguientes:

*“El recurrente, periodista de profesión, coincidiendo con la celebración en España del Campeonato Mundial de Fútbol celebrado en la primavera-verano de 1982, publicó en la revista semanal «Punto y Hora», un artículo titulado «Junio de los Mundiales y agosto de las multinacionales». En dicho artículo se hacía una crítica política y social de la organización y finalidad del Campeonato Mundial de Fútbol, y desde posiciones ideológicas se hacía una dura crítica de la utilización que habían hecho de los campeonatos de fútbol diferentes políticos a lo largo de la historia. Dentro de la valoración genérica, político-ideológica, que hacía el recurrente en el artículo, se efectuaba una referencia a la Monarquía Española, a sus orígenes, a su relación con el Régimen anterior, situándolo todo dentro del campo de los sentimientos políticos del autor”.*⁶⁸⁶

El artículo versaba tal que así:

*“Spain is not different?, del uso por los políticos (en especial los dictadores: Mussolini, Hitler, Franco, Videla, ...) del fútbol espectáculo y de los grandes acontecimientos deportivos casi no hace falta hablar, de tan sabido. Este Mundial va a servir para hacer aún más propaganda del Rey Español representándolo como la democracia en persona. Por supuesto ocultará que la monarquía fue restaurada por Franco. Se ocultará también la foto de Juan Carlos presidiendo el mitin fascista en la Plaza de Oriente, justificando los fusilamientos de opositores en 1975, atacando la democracia europea. Dicen que la memoria no es política. Por lo visto tampoco es político de que haya quien esté en la cárcel (Amuriza, Idígoras y Gorostidi) por disentir del Rey. A lo mejor no decir "amén" a todo lo que digan y hagan el Borbón y su Corte es antidemocrático. A lo mejor resulta que el "Eusko Gudariak" es un himno fascista. En cualquier caso los presos políticos, el pasado fascista del Rey, las bases y composición de esta monarquía, el ruido de sables, y lo que haga falta se esconderán bajo la alfombra. España es una unidad ... ¡perdón!, es una democracia ejemplar, donde el pueblo está unido en torno a un Rey demócrata de toda la vida”.*⁶⁸⁷

La Sección Segunda de lo Penal de la AN, con fecha 12 de abril de 1984, dictó Sentencia por la absolvía al periodista, en virtud del siguiente razonamiento jurídico:

⁶⁸⁵ STC (Sala Primera) núm. 20/1990 de 15 febrero. RTC 1990\20.

⁶⁸⁶ Ib ídem, antecedente de hecho segundo.

⁶⁸⁷ Ibídem,

“Que el contexto del artículo notoriamente apasionado en la crítica de instituciones, personas e incluso de la propia Monarquía Española, no se destacan vocablos, ni incluso frases, que objetivamente puedan encuadrarse en el concepto que de injurias suministra el art. 457 del C. P. y la doctrina que lo interpreta, y como del total escrito entrecomillado en el exponendo fáctico tampoco es dable inferir un animus iniuriandi respecto al Monarca reinante (elemento subjetivo del delito tema del proceso), sino tan solo los sentimientos políticos de su autor -no precisamente monárquicos- y tales ideas no son susceptibles de incardinar en orden punitivo, en cuanto amparadas por los principios constitucionales de libertad ideológica, de pensamiento e información con arreglo a las previsiones contenidas en el art. 16 y letras a) y d) del art. 20 de nuestra Ley Fundamental, se impone la absolución del procesado del delito de injurias al Jefe del Estado que viene acusado por el Ministerio Fiscal”.

La claridad del fallo no deja lugar a dudas.

Sin embargo, esta Sentencia fue recurrida en casación por el Ministerio Fiscal, y la Sala Segunda del TS, en fecha 19 de octubre de 1987, falló casando la Sentencia, y condenando al periodista por injurias al Jefe del Estado, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, del derecho de sufragio y del ejercicio de su profesión durante el tiempo de la condena privativa de libertad, y al pago de las costas procesales.

Habida cuenta que se lleva a cabo una interpretación radicalmente distinta (por los distintos órganos judiciales) tanto en los presupuestos, como en las consecuencias de los mismos, nos vemos obligados a traer a colación los argumentos utilizados por el TS, para revocar la Sentencia de la AN:

“Procede estimar el único motivo de este recurso de casación por el que el Ministerio Fiscal denuncia, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la inaplicación a los hechos probados del párrafo 1.º del artículo 147 del Código Penal, en relación con su artículo 457, y ello en atención a los siguientes razonamientos: A) El delito de injurias al Rey constituye hoy un desacato cualificado por el sujeto pasivo, cuya personalidad pública e institucional requería -y requiere- una particular protección, de manera que, aun abandonada a partir del Código Penal de 1848 su tradicional consideración como modalidad del delito de traición (ley 17 del Título XIII de la Partida II Ley 6 del Título II de la Partida VII, y Ley 2.ª del Título I del Libro III de la Novísima Recopilación), el legislador -aparte las circunstancias todas que rodean a la conducta enjuiciada- valor en primer término la condición de dicho sujeto pasivo, a quien la Constitución de 27 de diciembre de 1978 se refiere en su artículo 56 con la afirmación de que «el Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra, y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume las más alta representación del

Estado Español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes». B) Si bien el número 4.º del artículo 458 del Código Penal no resulte aplicable como criterio distintivo entre las injurias graves y leves -ya que la dignidad del ofendido aparece como inherente a estos tipos específicos [Sentencias de 19 de diciembre de 1968 y 31 de enero de 1979]-, es lo cierto que en el párrafo 1.º del artículo 147 del repetido texto legal se incluyen por igual las injurias graves y las leves, pues si así se desprende tanto de la falta de adjetivación de las injurias de ese párrafo, como, comparativamente, de la distinción explícita recogida en el párrafo 2.º de aquel artículo y de las consecuencias penales que ofrece dentro del mismo la indicada diferenciación. c) El examen del concepto de injuria -básicamente igual en el artículo 147 que en el 457 del Código Penal- aconseja recordara que el principio de libertad de expresión proclamado en el artículo 20 de la Constitución tiene, cualquiera que sea su manifestación (ejercicio de derecho a comunicar libremente información, a la crítica política y a la difusión ideológica, etc), la limitación derivada del respeto a los derechos fundamentales de los demás, entre los que el número 4 del mencionado artículo 20 de nuestra Ley Fundamental individualizada el relativo al honor, sin que ni las críticas a los cargos públicos, ni la actividad periodística puedan moverse extramuros del ordenamiento jurídico -Sentencias de 10 de abril de 1984, 25 de febrero y 26 de junio de 1985 y 3 de mayo de 1986-, aunque sus peculiaridades deban ser tenidas en cuenta para la fijación del marco concreto en el que el ejercicio de la libertad de expresión es enteramente constitucional, legal y legítimo. D) El «animus iniuriandi» o elemento subjetivo de la injuria conecta hasta cierto punto con el elemento objetivo representado por unas manifestaciones o acciones externas merecedoras, en sí y «prima facie», del reproche consistente en su idoneidad para la defensa, pudiendo coexistir con otros «animi» diferentes, cuando estos -el «criticandi», el «narrandi» y el «iocandi», etc.- no lo eliminan por completo, sino que lo acompañan y forman con él una intención pluridireccional, como señalan las Sentencias de 12 de marzo de 1975, 10 de diciembre de 1977, 8 de junio de 1979, 3 de mayo de 1982, 31 de octubre de 198) y 11 de febrero de 1985. E) La referencia del párrafo 1.º del artículo 147 del Código Penal vigente a que la injuria o amenaza se realice «por escrito o publicidad» tiene su antecedente en el artículo 149 del Código de 1932, sin que la Exposición de motivos de este explique el abandono de la fórmula anterior «por escrito y publicidad» (artículo 162 del Código de 1870), más acorde con el empleo de esta última expresión -la que usa la conjunción copulativa- en el artículo de las disposiciones generales (hoy artículo 463); pero la cuestión carece de relevancia práctica por cuanto tal requisito se cumple tanto si se acude a dicha exégesis acumulativa como si se atiende a la alternativa, bien entendido que este caso concurrirán -innecesariamente- los dos términos de aquella, es decir el escrito, de un lado, y la publicidad de otro, gravitando ambos sobre la realidad de un artículo aparecido en una revista periódica y F) Si de las consideraciones generales se desciende al caso de los autos y, más exactamente, al relato fáctico de la resolución impugnada, basta su lectura para constatar que su conjunto supera con mucho lo justificable por vía de la crítica política, y esto, más por el tono gravemente despectivo de todo lo escrito en cuanto a sus referencias al Monarca, que por sus frases particulares e individualizadas, lo que no significa que alguna de ellas no alcance relevancia penal propia, como sucede con la afirmación de que «haya quien esté en la cárcel (Amuriza, Idígiras y Gorostidi) por disentir del Rey»; debiendo concluirse en consecuencia -y conforme a los criterios mantenidos en otras Sentencias, como las de 11 de junio de 1980 y 26 de enero de 1983- que, sin perjuicio del reconocimiento de un determinado componente de crítica política (de interés para graduar el alcance de la faceta injuriosa del escrito e individualizar la

*pena), ha existido una injuria leve al Jefe del Estado por escrito y con publicidad fuera de su presencia, con lo que se integra el tipo delictivo previsto y penado en el párrafo 1.º del artículo 147 del Código Penal”.*⁶⁸⁸

En resumen, el TS fundamenta su fallo en el tono gravemente despectivo del artículo (sin hacer mayor referencia a cuál es el dato del que se deduce esta conclusión, limitándose a señalar que “basta una lectura”) y a una frase concreta (la única a la que hace referencia como relevante penalmente), como es que “*haya quien esté en la cárcel (Amuriza, Idígiras y Gorostidi) por disentir del Rey*”, de la cual tampoco se deduce que se atribuya responsabilidad alguna al Monarca, por la situación de estas personas, habida cuenta que quien tiene la Potestad Judicial no es el Rey. Y con esos fundamentos tan escuetos y escasamente consistentes, condenan a un periodista a seis años y un día de prisión. Resulta remarcable señalar que no se hace mención alguna, en toda la Sentencia, a la libertad ideológica del recurrente, pues este punto será luego tenido muy en cuenta por el TC.

La STC, que, resuelve el recurso de amparo frente a la anterior, es un punto de referencia jurisprudencial en el reconocimiento y garantía de los derechos a las libertades de expresión e ideológica. En primer lugar, porque reconoce la libertad ideológica como fundamento de los valores sobre los que se basa la propia CE (art. 1.1 CE), debiendo resultar, por tanto, muy escrupulosos a la hora de interpretar cualquier límite a la misma. Además, realiza una interpretación muy interesante sobre la imbricación de ambas libertades, siendo que la proyección exterior de la libertad ideológica quedaría cercenada si no se protegiese la libertad de expresión, siendo, además, que la libertad ideológica no se encuentra formalmente limitada (conforme a la CE) por lo dispuesto en el art. 20.4 CE.

Así pues, señala dicha STC que:

“Para la adecuada solución del recurso, examinando la queja en él planteada exclusivamente, como hemos dicho, desde su dimensión constitucional, hay que tener presente que sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 de la

⁶⁸⁸ STS (Sala de lo Penal) de 19 octubre de 1987. RJ 1987\7502.

Constitución, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaure. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978. Interpretar las leyes según la Constitución conforme dispone el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, exige el máximo respeto a los valores superiores que en ella se proclaman.

Pues bien, aunque es cierto que, como ha declarado este Tribunal en numerosas Sentencias y recuerda el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, no hay derechos absolutos o ilimitados, también lo es que la libertad ideológica invocada por el recurrente, por ser esencial, como hemos visto, para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político, hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni tenga «más limitación (en singular utiliza esta palabra el art. 16.1 C.E.), en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». La limitación, por la singularidad y necesidad con que se precisa en el propio precepto que la determina, no puede hacerse coincidente en términos absolutos, pese a lo afirmado por el Ministerio Fiscal, con los límites que a los derechos de libertad de expresión y de información reconocidos por el art. 20 de la Constitución, apartados a) y d), impone el núm. 4 de esta norma. La equiparación entre una y otras limitaciones, requiere, en todo caso, que, como ocurre en este supuesto, cuando el hecho imputado a un ciudadano afecte principalmente a su derecho a la libertad ideológica, su enjuiciamiento ha de ponderar y analizar también principalmente de qué manera a través de su manifestación externa se ha vulnerado «el orden público protegido por la ley».

Desde el punto de vista de la libertad ideológica al que nos estamos refiriendo en este fundamento, hay que decir desde el primer momento que la Sentencia del Tribunal Supremo, a diferencia de la dictada por la Audiencia Nacional, no contiene razonamientos explícitos que pongan en relación la libertad ideológica del recurrente con el límite que a la misma señala el art. 16.1 de la Constitución. Se centra en contemplar el escrito enjuiciado desde la perspectiva penal de los arts. 147.1 en relación con el 457 del Código Penal como delito de injurias al Rey. Lo hace así, porque así fue planteado -por inaplicación de dichos preceptos penales- por el Ministerio Fiscal en el motivo de casación acogido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pero lo cierto es que olvida una referencia incriminatoria concreta frente a la libertad ideológica del autor del escrito, pese a reconocer que el mismo contiene «un determinado componente de crítica política». Entiende la Sentencia que este componente es «de interés para graduar el alcance de la faceta injuriosa del escrito e individualizar la pena», pero, fuera de esto, ningún otro alcance atribuye la Sentencia a dicha libertad ni analiza expresamente si el escrito en cuestión excede o no del límite que a la libertad ideológica señala el art. 16.1 de la Constitución.

La omisión es importante, porque al trasladar todo el problema a los límites que señala el núm. 4 del art. 20 -que es el marco en el que exclusivamente se centra la Sentencia del Tribunal Supremo- a los derechos que se reconocen y protegen en los apartados a) y d) del núm. 1 de este artículo, se equipara en punto a limitaciones la libertad ideológica con esos otros derechos fundamentales y por esta vía se restringe la mayor amplitud con que la Constitución configura el ámbito de aquel derecho.

No se trata, naturalmente, de que la libertad ideológica en su manifestación externa a través de un artículo periodístico, pueda ser utilizada para eludir los límites que a

la libertad de expresión impone el art. 20.4 de la Constitución, pero la visión globalizada de ambos derechos, o de las limitaciones con que han de ser ejercidos, no puede servir solamente «de interés para graduar el alcance de la faceta injuriosa del escrito e individualizar la pena», como afirma la Sentencia recurrida, sino que han de servir también y principalmente para determinar si la «faceta injuriosa», por no ser esta la finalidad del artículo -como claramente resulta de la total lectura del mismo-, puede o debe desaparecer ante la protección a la libertad ideológica del autor que consagra el art. 16.1 de la Constitución. Hay, pues, que partir de este derecho fundamental y no entenderlo simplemente absorbido por las libertades de expresión e información del art. 20”⁶⁸⁹.

La STC hace referencia a la doctrina referida a supuestos similares, pues supondrá la base jurídica sobre la que posteriormente fundamentará el fallo:

“Pues bien, respecto de estos otros derechos se ha pronunciado reiteradamente este Tribunal, estableciendo una doctrina que, referida a supuestos que guardan cierta similitud con el caso ahora enjuiciado -límites penales al ejercicio de los derechos del art. 20-, podemos resumir en la siguiente forma:

a) Desde las SSTC 6/1981, de 16 de marzo (RTC 1981\6), y 12/1982, de 31 de marzo (RTC 1982\12), hasta las SSTC 104/1986, de 17 de julio (RTC 1986\104), y 159/1986, de 16 de diciembre (RTC 1986\159), viene sosteniendo este Tribunal que «las libertades del art. 20 (STC 104/1986) no son solo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (STC 12/1982) o, como se dijo ya en la STC 6/1981: «El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y 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». En el mismo sentido se pronuncia la STC 159/1986, al afirmar que «para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas». Y, recordando esta Sentencia la doctrina expuesta en las que hemos citado anteriormente, insiste en que los derechos reconocidos por el art. 20, no solo protegen un interés individual sino que son que son garantía de la opinión pública libremente formada, «indisolublemente ligada con el pluralismo político».

b) La posición preferente que, por la doctrina expuesta y en razón de su dimensión institucional, ha de reconocerse a los derechos consagrados en el art. 20 de la Constitución, y -añadimos-, al menos por la misma razón a la libertad ideológica que garantiza el art. 16.1, implica de una parte -como dicen las SSTC 159/1986 y 51/1989, (RTC 1989\51), «una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la infracción, pero de otra exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio». Por ello -añaden estas Sentencias- cuando la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política

⁶⁸⁹ F. Dº. 3º STC (Sala Primera) núm. 20/1990 de 15 febrero. RTC 1990\20.

respaldados, como ocurre en este caso, por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto pueden derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado.

c) Con base en la doctrina expuesta, las SSTC 107/1988, de 8 de junio (RTC 1988\107), y 51/1989, de 22 de febrero (RTC 1989\51), declaran que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que incide en este derecho haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades. La dimensión constitucional de estas «convierte en insuficiente el criterio del animus iniuriandi, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos». Y esta insuficiencia dimana de que, como ya hemos visto, los derechos fundamentales que consagra el art. 20 de la Constitución, y también por la misma razón las libertades que garantiza el art. 16.1, exceden del ámbito personal por su dimensión institucional y porque significan el reconocimiento y la garantía de la opinión pública libre y, por tanto, del pluralismo político propugnado por el art. 1.1 de la Constitución como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

d) Finalmente, hemos de recordar que, si bien es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos -como recuerda la STC 159/1986, de 16 de diciembre-, «tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades». Toda vez que, como dice esta Sentencia, «tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción». Hay, pues, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión «de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción -añade esta Sentencia-, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos»⁶⁹⁰.

Aplicando la anterior doctrina, el TC llega al convencimiento de que al recurrente se le han vulnerado sus derechos a la libertad ideológica y de expresión, fundamentalmente porque no se han ponderado correctamente los derechos en juego, puesto que el TS ha descontextualizado las expresiones que sirven de justificación de la condena, del discurso de crítica político-institucional general que se mantiene a lo largo de todo el artículo. La libertad ideológica, en una democracia avanzada, exige que aquel que la ejerza lo haga con la máxima amplitud, debiéndose amparar tanto aquellas opiniones que coinciden con la Constitución, como aquellas que no coinciden. Los límites a la libertad ideológica, la cual es el fundamento del pluralismo político y, por

⁶⁹⁰ Ib ídem, F. D^a 4^o.

extensión, de la democracia, deben ser restrictivamente interpretados. Las expresiones enjuiciadas, interpretadas en su contexto de crítica político-institucional, no justifican, por tanto, dicha restricción que aplica el TS.

Así pues, el TC concluye indicando que:

“sin necesidad de realizar una valoración jerarquizada de cuál sea el valor preferente entre los citados derechos, lo cierto es que el escrito enjuiciado examinado en su totalidad y no en la mínima parte que se recoge en los hechos declarados probados, se desprende que no rebasa los límites que los arts. 16.1 y 20.4 de la Constitución establecen para las libertades y derechos fundamentales que en ellos se garantizan. Ciertamente que, tomando únicamente en todo el artículo las frases recogidas en los hechos probados, la conducta de su autor podría ser encuadrada en el tipo penal aplicado por la Sentencia recurrida y, pese a la desproporcionada sanción que al mismo corresponde, nada podría hacer este Tribunal para mitigar una condena ajustada a la Ley; pero si como se ha señalado en el fundamento primero de esta Sentencia, el artículo tenía la finalidad que allí se ha destacado y las palabras despectivas para S.M. el Rey se han utilizado, contrariando sin duda el respeto debido a la más alta Magistratura del Estado, con la finalidad prevalente de robustecer la idea crítica que preside todo el artículo, tales palabras, rechazables moral y socialmente por innecesarias, injustas y contradictorias con una conducta que ha merecido la adhesión mayoritaria del pueblo español y que ha hecho posible la transición política y la consolidación democrática, según se reconoce incluso en el propio recurso de amparo, no pueden ser sancionadas con una condena penal sin vulnerar las libertades invocadas por el recurrente que, entendiéndolo hacer uso de las mismas dada la relevancia que desempeñan para la efectividad del régimen democrático y la amplitud con que por tal razón han sido interpretadas por la doctrina de este Tribunal, se ve privado de su libertad y de su profesión por expresar de forma censurable en el ámbito político y social, sus propias ideas, criterios y sentimientos acerca de un acontecimiento deportivo cuya crítica constituía la finalidad prevalente del artículo enjuiciado. Y es aquí donde quiebra la ponderación que, entre unos y otros de los derechos fundamentales en juego, ha realizado la Sentencia del Tribunal Supremo. Se ha detenido más en las limitaciones de los derechos y libertades del recurrente que en el ámbito de la configuración de los mismos. Así, frente a la libertad ideológica del art. 16.1 de la Constitución, no señala en qué forma el escrito enjuiciado, ni siquiera en la parte reproducida en los hechos probados, incide en la única limitación que allí se impone a esta libertad («la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley»); equipara las limitaciones que el núm. 4 del art. 20 impone a las libertades de información y de expresión, siendo así que en esta última -que es la aplicable al caso- por no estar condicionada obviamente por la veracidad que se establece para la primera, es más flexible o menos rigurosa la medida de sus limitaciones; y olvida en fin que la «faceta injuriosa» o las «palabras despectivas» utilizadas, no constituyen más que un argumento del autor para reforzar la tesis crítica que mantiene en todo su artículo. En estas circunstancias y por reprobables que sean los términos con que el autor expresa sus propias opiniones -y ciertamente lo son, en el párrafo que sirve de base a la condena- no alcanzan los límites de una conducta merecedora de tan grave sanción penal, puesto que han sido emitidas en el ejercicio de los derechos

fundamentales invocados por el recurrente. Lo serían con base en los criterios tradicionales para el enjuiciamiento de los delitos de injurias, pues el animus criticandi no ampararía quizás dichas expresiones; pero no pueden serlo a partir de la Constitución, porque la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 y el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1 a), no son compatibles, como se deduce de la doctrina de este Tribunal que ha quedado recogida en los anteriores fundamentos, con sancionar penalmente el ejercicio de dichas libertades. La libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquella y, naturalmente, no solo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada. De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla, sin el cual carecería aquella de toda efectividad.

*En conclusión, la condena penal impuesta al recurrente por la Sentencia del Tribunal Supremo revocatoria de la dictada en la instancia, no ha ponderado suficientemente las garantías que a la libertad ideológica y de expresión otorga la Constitución y, en consecuencia, ha de restablecerse al recurrente en la integridad de sus derechos”.*⁶⁹¹

3.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 491.2 DEL CÓDIGO PENAL. EL USO DE LA IMAGEN

Hemos querido dejar para el final el último supuesto, incardinado bajo el tipo de injurias a la Corona, recogido en el artículo 491.2 CP, que literalmente indica que:

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

Se trata de una novedad del Código de 1995 pues, con carácter previo, no se sancionaba penalmente el uso de la imagen del Rey o de su familia.

Para GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, *“el bien jurídico protegido es el prestigio de la Corona, que, de ponerse en peligro, puede afectar a la propia seguridad del Estado”*.⁶⁹² Para no resultar reiterativos, nos remitimos a lo ya expuesto sobre la

⁶⁹¹ *Ibídem*, F. Dº. 5º.

⁶⁹² GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, “Delitos contra la Constitución”, cit., pág. 714.

necesidad de justificar una pluriofensividad del delito de injurias a la Corona, a fin de amparar su propia existencia.

Este artículo ha sido el que mayor unanimidad ha concitado en la doctrina respecto a sus críticas. Así pues, en palabras de TAMARIT SUMALLA:

*“El tipo de delito introducido en el artículo 491.2 es uno de los más desafortunados de este capítulo. De entrada, debe destacarse que, a diferencia de lo ocurrido con el resto de las figuras delictivas del capítulo, no existe un delito común respecto al cual se establece la cualificación, pues, pese a mencionarse el “derecho a la propia imagen” en la rúbrica del Título X, ello no se ha traducido en la creación de un delito específico asimilable en cuanto a su estructura típica al que ahora se comenta. Pero más que esta extensión material de la protección del Rey y su entorno familiar, motivada por una discutible voluntad de preservar la indemnidad de la imagen del mismo en el tratamiento de los aspectos noticiables de su vida pública o privada por ciertos medios de comunicación (preocupación a la que no son ajenos los escándalos producidos respecto a otras Monarquías), resulta inquietante la técnica legislativa empleada, que adolece de la taxatividad necesaria en un delito de esta naturaleza. El contenido del tipo se agota en la utilización de la imagen “de cualquier modo que pueda dañar el prestigio de la Corona”. La yuxtaposición de elementos de contornos inciertos, como la idea de “prestigio”, la mera exigencia de una posibilidad de dañarlo y la admisión que este posible daño pueda acaecer “de cualquier modo”, deja a los Tribunales absolutamente huérfanos de las mínimas referencias normativas sobre las que pueda determinarse el ámbito de lo prohibido. No solo eso, sino que de hecho encarga a los órganos jurisdiccionales la inaceptable misión de garantizar de un “prestigio” que debe conseguirse en su caso por otros cauces o, incluso, la de convertirse en censores estéticos. Todo ello hace de este, un tipo de delito difícilmente aplicable”.*⁶⁹³

El mismo sentido crítico muestra LLABRÉS FUSTER, cuando indica que:

*“Por último, el artículo 491.2 con el que la doctrina se ha mostrado muy crítica, sanciona con una multa de seis a veinte meses la utilización de la imagen del Rey o del resto de personas que gozan de la misma sobreprotección “de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona”, en lo que viene a constituir una suerte de cláusula de recogida. Se trata de un daño (pueden dañar), que condiciona su operatividad a algo tan difícil como aprehender como el prestigio de una institución y que, a diferencia del resto de figuras delictivas de este capítulo, carece de referente genérico”.*⁶⁹⁴

A) El caso *El Jueves*

Este es el artículo del CP que sirvió de base para la famosa Sentencia número

⁶⁹³ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., pág. 2010 y 2011.

⁶⁹⁴ LLABRÉS FUSTER, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 1753.

62/2007, de 13 noviembre, dictada por el Juzgado Central de lo Penal de la AN,⁶⁹⁵ por la que se resuelve el caso de “*El Jueves*”. Merece ser destacado que se denegaron casi todas las pruebas solicitadas por la defensa (38 documentos de 40). Se reconocen como hechos probados que:

“Lorenzo y Luis Francisco, humoristas gráficos de profesión y colaboradores habituales de la Revista “EL JUEVES”, recibieron del director de la misma el encargo de elaborar una portada con motivo del anuncio por parte del Presidente del Gobierno de España de otorgar una subvención de 2.500 euros para cada familia con residencia legal en España por cada nuevo hijo que nazca o adopte. Así, en ejecución de tal encargo, los acusados obrando en todo momento de común acuerdo, realizaron el dibujo que figuró como portada de la revista mencionada N° 1.573 del Año XXX que se publicó el 18 de julio de 2007, distribuida en toda España, además de su difusión a través de la propia página web de la publicación. En dicha portada aparecen caricaturizados, desnudos, pero perfectamente identificables, Su Alteza Real el Príncipe de Asturias, Heredero de la Corona, junto a su esposa, Su Alteza Real la Princesa de Asturias, bajo el titular “¡SE NOTA QUE VIENEN ELECCIONES, ZP! 2.500 € POR NIÑO”, en una explícita postura sexual, atribuyendo al Príncipe de Asturias las siguientes expresiones; “¿Te das cuenta? Sí te quedas preñada... ¡esto va a ser lo más parecido a trabajar que he hecho en mi vida!”.

Basándose en esta portada, se les condena, por la comisión del delito de injurias del artículo 491.2 CP, en virtud de los siguientes argumentos jurídicos:

La acción, dice la Sentencia, reúne en primer lugar el elemento objetivo del tipo:

*“Bajo un titular en grandes caracteres relativo a la promesa gubernamental de un subsidio de natalidad de 2.500 € aparece el Príncipe Heredero manteniendo relaciones sexuales con su cónyuge por causa de dicha promesa mientras se congratula que tal acto es lo más parecido a trabajar que ha hecho nunca. O sea que se tilda al Príncipe, esencialmente, de vago y, por ende, codicioso. Que tales imputaciones unidas indisolublemente con el dibujo que refleja la situación citada son indudablemente ultrajantes y ofensivas, objetivamente injuriosas sea cual fuere la finalidad que digan perseguir sus autores no parece que admita discusión alguna en cuanto encajan exactamente en la clásica definición de injurias de deshonorar, desacreditar o menospreciar a otro”.*⁶⁹⁶

Así mismo, para los Magistrados, la acción reúne también el elemento subjetivo del tipo:

⁶⁹⁵ SAN (Juzgado Central de lo Penal) num. 62/2007 de 13 noviembre. ARP\2008\559.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, F. D°. 2°

“Si la portada es injuriosa en sentido estricto técnico-jurídico hay que analizar a continuación, tal como ha reclamado la defensa y como han venido manteniendo los acusados la alegación de que, en realidad, no tenían intención de insultar al Príncipe Heredero, curiosa alegación a tenor de lo expuesto y la propia realidad material, objetiva, del dibujo y el texto. Los acusados mantienen desde las primeras diligencias que en realidad recibieron el encargo de la redacción de "El Jueves" de hacer una crítica al subsidio de natalidad anunciado en el Congreso por el Sr. Presidente del Gobierno y no recibieren instrucción, orden o mandato alguno de criticar al Príncipe Heredero. Y llegados a este punto es donde se evidencia de manera determinante cuál era el ánimo que guiaba a los acusados cuando concibieron la tan repetida portada pues reclaman en su amparo los derechos fundamentales de libertad de expresión e información (art. 20, 1 de la C. E.) soslayando, que en su punto 4 el mismo artículo establece, entre otros que "estas libertades tienen su límite... especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen".⁶⁹⁷

Pero, por si cupiese la más mínima duda al respecto, el Magistrado, para terminar de justificar su posición, se ve obligado a recurrir a argumentos democráticamente cuestionables:

“Pero es que no estamos, exclusivamente, ante un ataque al honor o imagen del Príncipe Heredero donde seguir un método ponderativo en que esos derechos fundamentales como ciudadano que desempeña un relevante cargo público podrían ponderarse con los derechos reclamados por la defensa de los acusados a la libertad de expresión y a difundir información (por cierto esta, además, tendría que ser veraz art. 20 CE citado) es que la cuestión hay que enfocarla en la especial protección que el Poder Legislativo ha considerado necesaria para preservar a la Corona de ataques como los enjuiciados pues conviene no olvidar que las injurias contra el Príncipe Heredero se encuentran dentro del capítulo II (delitos contra la Corona) que forman parte del Título XXI del CP vigente y que lleva por título "Delitos contra la Constitución" donde también se protege, por ejemplo, a otras Instituciones del Estado desde las Cortes Generales al Consejo de Ministros pasando por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. En definitiva al estar el hecho, que ya se interpretado como objetivamente injurioso o si se prefiere obviamente injurioso, contemplado en la norma penal, la conclusión culpabilizadora es la consecuencia inevitable en derecho de un ataque a una Alta Institución que se considera esencial por el legislador para el Estado democrático y constitucional. Y es una falacia que el Estado Constitucional deba permanecer impasible e inerte porque se considere, gratuitamente, que el ejercicio de los derechos fundamentales tiene un carácter absoluto e ilimitado. Pura y simplemente no es cierto. Y tampoco hay que hacer complicadas disquisiciones para concluir que las injurias al Príncipe Heredero de la naturaleza de los enjuiciados encaja, exactamente, en el n° 2 del art. 491 del Código Penal pues se utiliza la imagen del Príncipe Heredero "de forma que puede dañar el prestigio de la Corona". Obsérvese, por un lado, que lo que defiende esencialmente el legislador es la Institución de la Corona en cuanto el insulto a cualquiera de las personas que establece (El Rey, descendientes, Reina Consorte, Regente, Príncipe Heredero) es constitutivo de delito y, por otro, que ese ataque por una utilización torticera de la

⁶⁹⁷ *Ibídem.*

imagen de las personas expresadas (sean cuales fueran en un momento determinado) no necesita un daño real, constatado, efectivamente producido al prestigio de la Institución, por lo que, en definitiva, la protección establecida en el Código vigente incluso se adelanta configurándose el tipo penal como de mera actividad o de consumación anticipada, no siendo pues, necesario, que llegue a producirse el daño prevenido (el desprestigio de la Corona).

*Parece evidente que el presentar al Príncipe Heredero, (una de las personas concretamente designadas en el precepto penal) como aparece en la portada de la Revista, es la ilegal utilización de la imagen de este para, en una relación de medio a fin, atacar el valor protegido en el tipo penal, es decir, el prestigio, (o sea la reputación, autoridad o consideración pública) de la Corona que es, en suma, el bien jurídico que se defiende y a la que se otorga especial protección como singularmente valioso en la estructura constitucional”.*⁶⁹⁸

Por último, hace uso de un argumento, el de la innecesariedad que, si bien es cierto que se ha recogido por el TC (y el TEDH) como límite a la libertad de expresión, no tiene ningún tipo de aplicación a una revista de humor, cuyo “*animus iocandi*” es palmario. De hecho, llegados a este punto, ningún humorista (gráfico o no) podría hacer chistes ni bromas, sobre nada, porque siempre se interpretarían como innecesarios, y, por tanto, jamás estarían amparados por la libertad de expresión. Así pues, manifiesta que:

*“Como ya se declaró al anticipar oralmente el fallo y como reclamó el M. Fiscal la nota de innecesariedad, recogida por el TC es especialmente significativa. Carece de toda lógica, común y jurídica, que se diga criticar o satirizar la promesa gubernamental del subsidio de natalidad como alegan los acusados y se utilice para ello al Príncipe Heredero en la situación y con el texto que consta. Lo que evidentemente resulta, como ya se ha considerado es que con dicho pretexto se trata de desprestigiar a la Corona, con un ánimo palmario de escarnio y desprecio para una persona que forma parte de aquellas especialmente protegidas por el legislador no tanto como tal sino, digámoslo una vez más, como parte de una Institución constitucional digna de especial protección”.*⁶⁹⁹

Dicha Sentencia fue recurrida por los condenados, siendo que la Sala de lo Penal de la Audiencia confirmó la misma, pero, hubo un voto discrepante, firmado por cuatro Magistrados, que coincide en la misma posición que se viene defendiendo a lo largo de la presente tesis.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, en su Sentencia número 2/08, de fecha

⁶⁹⁸ *Ibídem*, F. D°. 2°.

⁶⁹⁹ *Ibídem*, F. D°. 3°.

24 de abril de 2008, rechaza el recurso de apelación de los condenados, en virtud de los siguientes argumentos:

En primer lugar, ratifica que todas las pruebas solicitadas eran inútiles (argumento que luego comprobaremos que no se sostiene, conforme se indica en el voto particular).⁷⁰⁰

Tras ello, centra el debate en la cuestión fundamental, cual es “*si el ejercicio de los derechos constitucionales de expresión e información ha sido correcto y legítimo, no se han rebasado sus límites, y no ha habido excesos amparados por tales derechos. Cuando no se ajuste el ejercicio de estos derechos a esos límites, estaremos ante una conducta típica y antijurídica*”.⁷⁰¹ Y para sostener este argumento, se trae a colación la eximente séptima del art. 20 CP: ejercicio legítimo de un derecho. Así pues, manifiesta que:

“para determinar si la expresión de opiniones o ideas o la difusión de informaciones merecen o no reproche penal, no se tratará de indagar en el ánimo del agente, sino, con carácter previo, constatar si esa información o esas expresiones encuentran adecuado cobijo en el art. 20 de la Constitución Española. Si la respuesta es afirmativa, no existirá injuria, por no ser antijurídica la conducta al concurrir causa de justificación de ejercicio de un derecho constitucional: el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, o el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión”.⁷⁰²

En este punto somos muy críticos porque, desde un punto de vista penal, primero se debe comprobar si la acción enjuiciada efectivamente es típica, y solo si lo es, entonces, deberemos comprobar si es antijurídica o existe alguna causa que determine la inexistencia de esa antijuricidad, como ocurriría, por ejemplo, con la eximente consistente en el ejercicio de un derecho fundamental. Para que una conducta sea típica, deben darse en ella los dos elementos, el objetivo y el subjetivo. En el caso de las injurias, la carencia del “*animus iniuriandi*” determina, de suyo, la inexistencia del

⁷⁰⁰ SAN (Pleno de la Sala de lo Penal) nº 2/08 de fecha 24 de abril de 2008.

⁷⁰¹ *Ibidem*, F. Dº. 3º

⁷⁰² *Ibidem*.

elemento subjetivo (no hay intención de lesionar la dignidad del perjudicado), con lo cual, la conducta ya no sería típica. La inexistencia de antijuricidad, por el contrario, supone asumir que la conducta es típica, pero justificada por el Derecho.

Para justificar la aplicación de este tipo penal, los magistrados mayoritarios asumen la doctrina de la naturaleza del delito pluriofensivo. Así pues, se indica que:

*“el bien jurídico protegido presenta una triple vertiente como objeto de tutela penal, porque mientras en las injurias comunes y también en la figura cualificada es la dignidad u honor personal, derecho fundamental propio de la condición humana, al que se refiere la CE en su art. 18.1, dignidad que puede ser lesionada por la injuria como acción o expresión que lesiona o menoscaba la fama o reputación de una persona, o atenta contra su propia estimación, como se recoge en la definición legal de la injuria en el art. 208 CP, en los tipos de injurias contra la Corona, se protege además el concepto categorial de honor integrado por el honor funcional, en que se defiende la dignidad que corresponde al desempeño de una función por el legítimo titular de la misma (lesión de la dignidad de la función como pretensión de respeto indispensable para el normal funcionamiento de los poderes públicos), y también, en otra vertiente, de honor estatal, que corresponde a quien constitucionalmente simboliza la unidad y permanencia del Estado Español y asume la más alta representación del mismo, vista la equiparación del Príncipe Heredero al Monarca Constitucional, por ser titular “in fieri” de la Jefatura del Estado. De otra parte, atendida la ubicación típica dentro de los delitos contra la Constitución, también es bien jurídico protegido el interés general del Estado en la sumisión general a la Constitución, a las Leyes y a las Autoridades legítimas, y el interés en el mantenimiento de la paz pública, y, en otros términos, la organización democrática del Estado”.*⁷⁰³

Por tanto, con el delito de injurias contra la Corona se protege, para estos Magistrados, los siguientes bienes jurídicos: el honor o la dignidad personal de la persona física afectada (honor personal); la dignidad que corresponde al desempeño de una función por el legítimo titular de la misma, requisito indispensable para el normal funcionamiento de los poderes públicos (honor funcional); la representación del estado Español (honor estatal); el interés general del Estado en la sumisión general a la Constitución, a las Leyes y a las Autoridades legítimas; y el interés en el mantenimiento de la paz pública, la organización democrática del Estado. Como vemos, estos magistrados fuerzan la interpretación del tipo penal de injurias, cuyo tipo genérico única y exclusivamente protege el honor de la persona, pues solo esta tiene dignidad.

⁷⁰³ Ibídem, F. D°. 4°.

El “*animus iniuriandi*”, indicará la Sentencia, llevando a cabo lo que a nuestro juicio es un oxímoron, se presume, pero, a la vez, se debe probar. Así pues, indican que:

*“la presunción de animus iniuriandi se mantiene, pero no basada en esa presunción legal derogada, sino en una presunción humana. El animus iniuriandi, a partir de 1983, ha de probarse (...), pero en muchos casos el tenor ofensivo y deshonrante del texto permitirá tener por probado tal propósito, por la mera constatación de esas circunstancias (...) Así, expresiones determinadas y concretas, como la que supone la viñeta de autos, revelan de modo necesario la existencia de dicho ánimo”.*⁷⁰⁴

No obstante, a pesar de que cualquier demócrata de este país sabe y conoce que “El Jueves” es una revista satírica, de humor, que siempre se ha mostrado irreverente con el poder, sea este el oficial o el oficioso, cuyo personaje icónico es un bufón (con todo lo que históricamente significa, pues era al único al que se le permitía la burla sobre temas espinosos que a los demás (cortesanos o no) permanecía vedada), ello no es entendido así por los magistrados, para los cuales ese “*animus iocandi*”, o el “*animus criticandi*” no justifican lo expresado en la viñeta, y ello porque:

*“se le niega eficacia exculpante cuando se sobrepasan los límites de la crítica, incurriendo en la infamia (...) y el segundo, como intención de bromear, divertir o satirizar, consiste en expresar algo de tal forma que no deje en el ánimo de quien lo oye la sospecha de que no fue realizado en broma y solo excluye la injuria cuando sea puro y no vaya acompañado con la intención de deshonrar, deslindándose del “animus iocandi”, la forma burlesca que puede revestir una injuria, en los parámetros concurrentes de befa (no solo grosera, sino insultante expresión de desprecio) mofa (burla y escarnio que se hace de las personas de la viñeta) y escarnio (befa tenaz que se hace con el propósito de afrentar)”.*⁷⁰⁵

Se podría concluir indicando que para los juzgadores, bajo la forma de sátira, se puede esconder una verdadera lesión del honor de la persona referida. No negamos que, junto al “*animus iocandi*” o el “*animus criticandi*”, puede darse el “*animus iniuriandi*”, pues los mismos no son incompatibles entre sí. O, incluso, que se utilicen aquellos como excusa, para llevar a cabo esta última. Por ello, habrá que analizar, en el caso concreto, si lo que se está llevando a cabo es una manifestación abiertamente injuriosa, disfrazada de broma o crítica; o si, simplemente, se trata de humor gráfico sin más aspiraciones que realizar una crítica política a través de una viñeta humorística (como

⁷⁰⁴ F. D^a 4^o de la SAN (Pleno de la Sala de lo Penal) n^o 2/08, de 24 de abril de 2008.

⁷⁰⁵ *Ibidem*.

aquí ocurre). Sin embargo, no es esta la visión de los Magistrados mayoritarios, para los cuales la viñeta no vendría amparada por la libertad de expresión, dado que:

*“la crítica al Gobierno que se opone como excusa, se diluye en un mero ataque, independiente en sí mismo, de personal o gratuito menosprecio hacia las personas afectadas, en cuanto su reflejo en la viñeta incriminada es innecesario absolutamente, para el interés público de la información que se alega se intenta transmitir en la que ninguna intervención tenía, ni el Príncipe Heredero, ni su Consorte, terceros ajenos a la política gubernamental, revelándose como una pretendida excusa sin fundamento justificante”.*⁷⁰⁶

Muy interesante resulta el voto particular, firmado por cuatro Magistrados de la misma Sala de lo Penal de la AN.⁷⁰⁷ Para entender este voto particular, debemos entender que estos Magistrados parten de una serie de premisas distintas, estas sí, totalmente respetuosas con lo dispuesto por el Consejo de Europa y el TEDH. Desafortunadamente para la democracia en España, esta concepción respetuosa con un régimen de libertades avanzado, no fue la que asumió la mayoría de los Magistrados.

En primer lugar, entienden que se debió de haber admitido la prueba consistente en la pericia semiótica, y ello porque:

*“hubiera permitido conocer cuál es el estatuto de la caricatura y no confundir, como hacía la Sentencia recurrida en el relato de hechos probados y en la calificación jurídica, la imagen del Príncipe heredero y de su cónyuge con su representación deformada en una viñeta satírica (...) No en balde, la semiótica es una disciplina que analiza el discurso mediante el estudio de los sistemas de significación y su realización en textos, lugar, donde los signos adquieren sentido”.*⁷⁰⁸

En segundo lugar, definen la caricatura como *“un dibujo satírico en el que se deforman las facciones y el aspecto de una persona, también –según el Diccionario de la Real Academia- una obra de arte que ridiculiza o toma a broma el modelo que tiene por objeto”.*⁷⁰⁹ En concreto, se centran en la caricatura política, dado que la misma está

⁷⁰⁶ *Ibídem.*

⁷⁰⁷ Voto particular a la Sentencia anterior, firmado por los Iltres. Magistrados Sres. D. RAMÓN SÁEZ VALCÁRCER, MANUELA FERNÁNDEZ PRADO, JOSÉ RICARDO DE PRADA y CLARA BAYARRI GARCÍA.

⁷⁰⁸ *Ibídem*, Punto 2.

⁷⁰⁹ *Ibídem*, Punto 3.1.

en el centro mismo de la formación de una opinión pública libre. Así pues, este tipo de caricatura:

“pasó a convertirse en un medio de lucha ideológica y de crítica social desde sus orígenes en la prensa satírica francesa. Luego, el estatuto de la caricatura política –algo sobre lo que podría haber ilustrado al juzgado el semiólogo y el teórico de la comunicación- no es el de un medio de expresión que trate de representar o describir la realidad, sino de ofrecer, mediante la deformación de ciertos rasgos o características constitutivas del personaje, el aspecto risible, absurdo y grotesco de las instituciones que funcionan en la cosa pública, desnudándolas de la seriedad y rigor con las que las protege el discurso oficial y permitiendo su contemplación como creación humana imperfecta. Por ello, la caricatura política está asociada al desarrollo de una opinión pública crítica y libre.

*La caricatura es una forma de expresión que no se toma en serio, que se presenta en sociedad desde la lógica y con los signos de lo estafalario, de lo extravagante, del exabrupto y de lo irracional. La verdad de la caricatura no obedece a argumentos de lo políticamente correcto, de suyo va en contra de la moda, del orden y de lo que se tiene por ordinario, del gusto medio comúnmente aceptado. Sirviéndose de la exageración y de la crítica surge como manifestación de disenso frente al conformismo de lo instituido”.*⁷¹⁰

Además, para ilustrar históricamente aún más dicha obviedad, que no lo fue para la mayoría de los Magistrados más interesados en negar la evidencia, se sigue indicando que:

*“Modelo de todo ello fue el cuaderno Sem Los Borbones en pelota, realizado por los hermanos Bécquer, el poeta Gustavo Adolfo y el pintor Valeriano, un álbum de ochenta y nueve acuarelas con pies de texto, de una acritud, liberal formal e irreverencia insólitas, no solo para la época, 1868 y 1869, acogido entre los fondos de la Biblioteca Nacional”.*⁷¹¹

Por todo ello, entienden que *“la caricatura política es un género periodístico que tiene relevancia desde la perspectiva de la libertad de expresión de ideas, pensamientos y opiniones y también de la libertad que ampara la creación artística (art. 20.1 a y b), porque el género ha traspasado las puertas de los museos”.*⁷¹²

Pero quizá, lo más absurdo, y aquí tenemos que ser muy críticos, es que los Magistrados mayoritarios confunden, de un modo inexplicable, lo que es una caricatura (un dibujo deformado) de lo que es la imagen del Príncipe heredero. Lo que se penaliza

⁷¹⁰ Ibídem

⁷¹¹ Ibídem.

⁷¹² Ibídem.

es la utilización de dicha imagen, no de ninguna caricatura. Y, precisamente, en apoyo a esta postura, traen a colación lo dispuesto en la L.O. 1/1982, de protección del honor, la intimidad y la propia imagen, pues la misma:

“da un trato diferente a la caricatura de las personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad, cuya utilización se permite de acuerdo con los usos sociales, poniendo de manifiesto que, una cosa es la propia imagen, bien constitucional, y otra la caricatura de los personajes públicos (art. 8.2 b)”.⁷¹³

También indican que, evidentemente, el tema que se denunciaba a través de la viñeta era de interés público. Así pues:

“su tema principal era una iniciativa del gobierno de contenido social, orientada a la campaña electoral inmediata, para promover la natalidad, que consistía en la concesión de una subvención económica, de carácter lineal y universal, por nacimiento de hijo, sin distinción alguna. Por lo tanto, sin contemplar las necesidades de los destinatarios ni su nivel de ingresos. Precisamente por ello, la propuesta fue objeto de críticas desde diversas posiciones ideológicas y sociales, estaba en el debate público. Uno de los argumentos sobresalientes esgrimidos en la controversia fue que la iniciativa significaba un derroche de medios, una medida populista y regresiva, porque se desentendía de la desigualdad social y de las circunstancias económicas de los posibles perceptores. Opinión que se expresaba así en el motivo de la portada: “¡Se nota que vienen elecciones, ZP! 2.500 euros por niño”.

Precisamente porque, a juicio de los humoristas gráficos, este subsidio, de llegar a implantarse, supondría un auténtico derroche de recursos públicos, pues lo acabarían cobrando todos los padres, con independencia de su capacidad económica, es por lo que resulta pertinente la aparición en la viñeta del Príncipe y su mujer. Con gran acierto, indican los Magistrados disidentes que:

“El Príncipe heredero y su consorte, como potenciales destinatarios de la subvención son un buen ejemplo de la falta de adecuación de la medida a un política social coherente. Sostuvo el catedrático de Derecho Penal, Gimbernat Ordeig, en un artículo de prensa, que los miembros de la Familia Real llevan “una regalada vida a costa del erario público” (diario El Mundo, 1 de agosto de 2007). Es una opinión crítica, que no ha de compartirse necesariamente, pero, sin duda, un legítimo ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, normalizado en el debate público de nuestra sociedad”.⁷¹⁴

⁷¹³ *Ibídem.*

⁷¹⁴ *Ibídem.* 3.3.

Pero es que la mayor prueba de que ello es así, la encontramos en que el bocadillo de la viñeta, en la que se el Príncipe le está indicando a la Princesa: “¿Te das cuenta? Si te quedas preñada... ¡esto va a ser lo más parecido a trabajar que he hecho en mi vida!”. Como indica el voto discrepante “el texto quiere expresar lo inadecuado de la prestación económica por nacimiento de un hijo, si les correspondiera a personas que no necesitan subsidio alguno por su elevada capacidad económica”.⁷¹⁵

También se muestran muy críticos con la decisión de la mayoría, relativa a que, habida cuenta que la Familia Real no tiene nada que ver con la medida que aprueba el Gobierno, la aparición en la viñeta es totalmente gratuita e innecesaria. Así pues, acusan de manera velada, y con razón, que el resto de los Magistrados están actuando como censores, cuando indican que:

*“el intérprete viene a delimitar, por su cuenta, el imaginario del comunicante, al margen de la libertad del autor y del proceso de creación. Muy al contrario, los caricaturas, como era evidente y defendieron en el juicio, querían criticar una propuesta gubernamental sirviéndose de personajes públicos en la ejecución gráfica y desarrollo conceptual de su idea. Ninguna razón sustenta la pretendida prohibición de utilizar en la viñeta a unos personajes con la caricatura de los Príncipes”.*⁷¹⁶

Además, los Magistrados discrepantes dejan patente que el honor únicamente es predicable de las personas físicas, simple y llanamente porque las instituciones carecen de dignidad, de la cual emana este bien de la personalidad. Como así se indica, “las instituciones carecen de honor, la esencia de ese bien jurídico es la dignidad humana (...), de ahí que resulte cuestionable utilizar expresiones como el “honor funcional” o el “honor estatal”, que se recogen en la Sentencia mayoritaria”.⁷¹⁷

Los Príncipes, como el resto de miembros de la Familia Real, son personajes públicos, pertenecientes a una institución, la Casa Real, cuyo titular es, además, el Jefe del Estado. Ello les convierte en posible objetivo de la crítica política. Como indica el voto discrepante:

⁷¹⁵ Ibídem. 3.5.

⁷¹⁶ Ibídem. 3.3.

⁷¹⁷ Ibídem 3.4.

*“la opinión pública libre es la sustancia de la democracia y la crítica política realiza el necesario control y el cuestionamiento de las instituciones, lo que constituye la entraña de la democracia en su concepción clásica. Ninguna autoridad, ni institución pública, se sustrae a la crítica política. En puridad, cuanto más poder, más cometimiento a la crítica, y, desde luego, menor esfera de protección del honor de las personas que encarnan u ostentan la representación de dichas instituciones (...) Por lo tanto, no puede admitirse en una interpretación constitucional una mayor limitación de la libertad de expresión cuando la crítica se dirija al Rey o al Príncipe heredero”.*⁷¹⁸

Se trata de una ficción caricaturesca, que *“no ha de ser valorada moralmente. No hay zafiedad objetiva en representar a una pareja en el goce sexual, no parece coherente, con el estatuto de la caricatura, una mirada moral”.*⁷¹⁹ Esta es la cuestión fundamental: los magistrados mayoritarios parten de una posición moral concreta, y a partir de ahí adecúan toda la interpretación de los hechos y del Derecho, de un modo totalmente contrario a la libertad de expresión. Como se indica en el voto discrepante, *“la valoración que hace la Sentencia no parece ajustada a la realidad de la obra incriminada, supone una lectura sesgada en perjuicio de los acusados para permitir la subsunción del hecho en el tipo penal de injuria”.*⁷²⁰

En cuanto al *“animus iniuriandi”*, para los magistrados discrepantes, no cabe apreciarlo ni en la viñeta, ni en el texto que lo acompaña. Esta conclusión, obvia para cualquier lector habitual de la revista, no es, como ya vimos, la que comparte la mayoría. Así pues, en el voto discrepante, se indica que *“la intención de los acusados, profesionales de un medio de prensa, en su calidad y condición de humoristas gráficos, era criticar, por medio de la ironía y el humor (...) lo que excluye el dolo que precisa el tipo de injurias”.*

Se muestra muy crítico el voto particular, como no podía ser de otro modo, con la presunción en contra del reo asumida por los Magistrados mayoritarios. Así pues, manifiesta que:

“no resulta convincente, porque es una especie de petición de principio carente de

⁷¹⁸ *Ibídem.*

⁷¹⁹ *Ibídem.* 3.5.

⁷²⁰ *Ibídem.*

*motivación y una presunción en contra del acusado vedada por el derecho, la argumentación de la Sentencia cuando dice “así expresiones determinadas y concretas, como la que supone la viñeta de autos, revelan de modo necesario la existencia de dicho ánimo”, la intención de difamar. Porque en el análisis del discurso no hay tal necesidad en función de una pretendida, por inexistente, naturaleza de las cosas, todo dependerá del tipo de signos empleados y del contexto del relato, es decir, del sentido que cabe atribuir a las palabras y dibujos en el texto discutido. Y porque la crítica irónica o bufa sigue siendo crítica y ha de demostrarse con un esfuerzo argumental contrario, es decir, la presencia del elemento subjetivo del tipo”.*⁷²¹

Pero es que, además de que no cabe apreciar ninguna presunción contra el reo, el voto particular denuncia el desconocimiento de los Magistrados mayoritarios de los distintos registros y formas del acto comunicativo, ignorando la naturaleza de las viñetas. Así pues:

*“los acusados son periodistas profesionales del humor gráfico, y su mensaje se expresa de forma no habitual, pero con un código comunicativo preciso: la opinión ha de transmitirse de modo inteligente, con ingenio e impacto, en estilo provocador. La gracia es la verdad de la viñeta, una verdad sutil. Y la provocación, su lenguaje, ya que la ironía política pretende servir de revulsivo social, animar al lector a no aceptar lo que se le proponer como normal en el consenso político de lo correcto”.*⁷²²

Los condenados recurrieron en amparo ante el TC, siendo que fue inadmitido por ausencia de acreditación de la especial trascendencia constitucional del mismo.⁷²³

Merece ser destacado que el Instructor del Juzgado de Instrucción nº 6 de la AN,⁷²⁴ ordenó, en pleno siglo XXI, el secuestro de la revista, siendo retirada de inmediato de todos los quioscos. Esta medida, que supone, en definitiva, asumir el papel de censor, amén de ser propia de un régimen no democrático, resultó absolutamente

⁷²¹ Ibídem, Punto 3.7.

⁷²² Ibídem.

⁷²³ Resolución del TC (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2008, por la que se resuelve la inadmisión recurso de amparo nº 4683/2008: “La Sección ha examinado el recurso presentado y ha acordado no admitirlo, toda vez que el recurrente no ha satisfecho la carga consistente en justificar la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, redactado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), que es algo más y distinto a la mera afirmación – sobre cuya verosimilitud nada cabe decir– de que el propio derecho fundamental ha sido violado. Esta omisión impide la admisión a trámite del recurso (art. 50.1 a) LOTC)”.

⁷²⁴ Auto de la AN (Juzgado de Instrucción nº 6) de 20 de julio de 2007, dictado en el seno de las diligencias previas nº 220/2007, por el que se ordena el secuestro de la revista y su retirada de todos los puntos de distribución y/o venta de todos los ejemplares de la citada publicación, así como que se proceda a recoger el molde de la citada publicación. TOL1.093.410.

estéril, pues la portada ya estaba colgada en Internet por personas ajenas a la revista. Dicho de otro modo, fue una decisión equivocada que, además, resultó inútil, porque aún hoy en día, haciendo una simple búsqueda en Internet, nos aparece la portada pretendidamente censurada. Sobre este secuestro, una crítica muy acertada la lleva a cabo CARMONA SALGADO, para la que:

*“valoraciones personales aparte, desde un punto constitucional la decisión judicial del secuestro fue desproporcionada por excesiva, sin desdeñar el efecto “rebote” que automáticamente, desencadenó entre el público el conocimiento de dicho secuestro, ya que, como se recordará, a raíz de tomarse esa drástica decisión judicial, la difusión de la portada de marras a través de Internet incrementó el morbo del asunto multiplicándose el número de personas que, desconocedoras hasta entonces de su existencia, se tornaron ávidas de contemplarla”.*⁷²⁵

Volviendo a la Sentencia, todos y cada uno de los argumentos expuestos en esta Sentencia son criticables, bien directamente porque no son ciertos, bien porque suponen una aplicación cuestionable del Derecho,⁷²⁶ con una consecuencia perversa, cual es la de servir de efecto disuasorio (también llamado de desaliento o silenciador), cuando la información o la opinión implica de un modo directo o indirecto a la Monarquía. Quizá la crítica más incisiva y que asumimos íntegramente como propia, la hizo el Muy Ilustre Catedrático de Derecho Penal, D. ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG,⁷²⁷ para el cual:

“Que el chiste publicado en El jueves no integra delito alguno se sigue: en primer lugar, de que constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión [art. 20.7.º CP en relación con el art. 20.1 a) de la Constitución Española (CE)]; a continuación, de que en ese ejercicio de la libertad de expresión, como establece la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 1986 (caso Lingens contra Austria), “los límites de la crítica admisible son más amplios respecto de un hombre político”, a diferencia de lo que sucede cuando se dirige contra un particular, ya que el personaje público “se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por los ciudadanos y debe, por tanto mostrar una mayor tolerancia” (en el mismo sentido, y entre las innumerables, la Sentencia del TC 216/2006, de 3 de julio), siendo así que en España, naturalmente, en la jerarquía de los hombre políticos, el Príncipe de Asturias figura en segundo lugar detrás del Rey; y finalmente, de que, si bien es cierto que el animus iniuriandi (elemento

⁷²⁵ CARMONA SALGADO, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, cit., pág. 225 y 226.

⁷²⁶ En ambos casos, nos remitimos a lo ya expuesto por los Magistrados que firmaron el voto discrepante.

⁷²⁷ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Los privilegios penales de la Familia Real*, disponible en: http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1024306&titulo=gimbernata%20ordeig&texto=

subjetivo imprescindible para que pueda concurrir un delito de injurias) puede coexistir con el animus criticandi y con el animus iocandi, en este caso la presencia de estos dos animi excluye la existencia del primero, ya que es perfectamente creíble que, con su chiste, los autores no hayan pretendido vulnerar el honor de los Príncipes, sino simplemente criticar, por una parte, la subvención lineal por nacimiento de 2.500 euros, poniendo como ejemplo de ello a Felipe y a Leticia, de que estén atravesando por una difícil situación económica y, por otra parte, y como es perfectamente legítimo, la regalada vida que llevan los miembros de la Familia Real a costa del erario público, formulando esta crítica dentro de un marco satírico y jocoso”.

En este mismo sentido, como también señalan VIVES ANTÓN y CARBONELL MATEU *“el análisis de la Sentencia pone de relieve las enormes dificultades que presenta la defensa, en un Estado democrático, de la «sobrepotección» de una Institución Constitucional, cuando se pretende excluirla de los criterios esenciales por los que se rige la Democracia”*.⁷²⁸

B) El caso Mitrofán

A diferencia del anterior, ya adelantamos que, en este caso, el Juzgado Central de lo Penal de la AN, en su Sentencia nº 86/2008, de 22 de diciembre,⁷²⁹ absolvió a los acusados, a pesar de que en el caso anterior hubiese sido más evidente un fallo absolutorio, que en este.

Con carácter previo al análisis del caso concreto, debemos señalar, aun cuando sea por una precisión técnica, que la acusación del Ministerio Fiscal se fundamentó en el artículo 491.1 y no en el 491.2 CP. Sin embargo, como a continuación comprobaremos, en este caso sí que hubo una utilización de una foto del Rey (retocada).

La Sentencia indicada, recoge, como hechos probados, que:

“en fecha 28 de Octubre de 2.006 se publicó, en el suplemento semanal humorístico “Caduca Hoy” del diario Deia, una fotocomposición en la que aparece la imagen de S.M. el Rey con un rifle de caza junto lo que aparenta ser un oso muerto que a su vez está apoyado en un barril de lo que se da a entender que es un licor, rotulándose al margen izquierdo: “Mitrofán era un oso de feria, le metieron en una

⁷²⁸ VIVES ANTÓN y CARBONELL MATEU, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit.

⁷²⁹ SAN (Juzgado Central de lo Penal) núm. 86/2008, de 22 diciembre. ARP\2008\677.

jaula y lo pusieron a tiro del Rey tras emborracharlo con vodka y miel". Esta fotocomposición y su texto fue realizada por Juan Pablo y Jose Miguel.

En fecha 31 de Octubre 2.006 el mismo diario publicó un artículo sobre el mismo tema realizado por Miguel, artículo titulado "Las Tribulaciones del oso Yogi". En dicho artículo se hace aparecer como narrador al citado personaje de dibujos animados y, además de vertirse fuertes críticas a la caza mayor, se satiriza la intervención del Rey en la cacería por considerar cierta la noticia publicada de que el oso abatido había sido previamente emborrachado, empleándose expresiones como "por esta vez el rey de Copas no es quien nosotros pensamos sino.... el oso Mitrofán", "soberano irresponsable" (que se enlaza expresamente en el propio texto con el art. 56.3 de la CE), se acusa a S.M. de practicar un "reincidente turismo sangriento" y se solicita que "se diera la alarma a los ositos de peluche, incluidos los de Froilán y toda la cuchipanda no sea que el mequetrefe de su abuelo, despedido por no encontrar ejemplares en la fauna, la emprenda a tiro limpio con ellos". El propio articulista reconoce que la Casa Real ha desmentido rotundamente el incidente pero no da credibilidad al desmentido. La noticia sobre los hechos que sirvieron de base a la fotocomposición y al artículo citado se publicó, entre otros, en los diarios de difusión nacional "El País" y "El Mundo" a partir del 20 de Octubre de 2.006".⁷³⁰

A pesar de estos hechos probados, el juzgador absolvió a los acusados, en virtud de los siguientes argumentos.

En primer lugar, porque no aprecia "*animus iniuriandi*" en el artículo, porque, fundamentalmente, la intención de los acusados es realizar una crítica a la caza y a la institución monárquica, no pudiéndose desligar alguna expresión excesiva y desafortunada, del sentido crítico general del artículo. En relación a este punto, la Sentencia señala que:

"siendo el delito de injurias eminentemente intencional cuando el sujeto activo no está guiado por esta voluntad maliciosa del insulto personal para, a través del menoscabo de la institución que encarna el Rey, atacar al Estado Constitucional, el hecho no será constitutivo de delito, en cuanto, a tenor de las reflexiones anteriores, está amparado en su crítica, aunque sea feroz y hasta cruel, (en la terminología del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), a discrepar de la existencia de la Institución Monárquica".⁷³¹

Tampoco se aprecia dicha intención vejatoria en la fotocomposición porque, aunque también sea feroz y despiadada, se refleja:

"en un semanario de humor, basada en un hecho que ha sido publicado (independientemente de su realidad última) por diversos medios de comunicación,

⁷³⁰ *Ibídem*, Hechos probados.

⁷³¹ *Ibídem*, F. D°. 1°

*es sátira que debe y puede enmarcarse dentro de la crítica a un personaje público, como el Rey, que por las circunstancias del caso (cacería) se encontraba fuera del ámbito estricto de su privacidad”.*⁷³²

Por último, se hace una reflexión muy interesante sobre los límites entre el derecho a la libertad de expresión y la comisión del tipo penal de injurias a la Corona, pues en virtud de la misma, se llega a la conclusión de que no se han traspasado los límites de aquella:

“ A) Privacidad: El Rey, su consorte y las personas singularmente protegidas en el art. 191.3 tiene también, como todos los ciudadanos, derecho a mantener un espacio inmune a las intromisiones exteriores dentro de la esfera que le es propia de su intimidad personal, desprovista de interés público (TC). No afecta al caso en cuanto la noticia desencadenante de la fotocomposición se produce en un espacio público (cacería) y realizando el Rey una actividad social a la que ha sido expresamente invitado.

B) Innecesariedad: En una doble vertiente. Tanto como exceso en la forma de las expresiones vertidas "en cuanto los términos sean desmesurados respecto al legítimo objeto de la crítica perseguida" (TEDH), como puro exceso en la opinión que se defiende, trayendo a colación a las citadas personas, especialmente protegidas, en supuestos en que ni directa ni indirectamente hayan intervenido y con el solo ánimo de vilipendiarles. No afecta al caso en cuanto la noticia base sobre la que se desarrolló la caricatura era relativa a una actividad con intervención del monarca. En cuanto al término desmesura ya se ha analizado anteriormente.

C) Literalidad: Expresiones "formalmente injuriosas" (TC) es decir aquellos epítetos y locuciones en que tanto una interpretación vulgar como una interpretación jurídica concluyen que son obviamente hirientes e insultantes o si se prefiere aquellos que no requieren interpretación alguna en cuanto cualquier persona las entiende como injuriosas o calumniosas.

*Tampoco se da el caso en cuanto los acusados no han empleado tales expresiones y la insinuación, por abierta que sea, vendría amparada por el prevaleciente derecho de crítica a la actividad, no a la persona, por concurrir el "animus iocandi" en el supuesto de autos, es decir el humor satírico”.*⁷³³

Termina concluyendo, por tanto, que *“valorando en conciencia la prueba practicada, considerando tanto que los acusados no han rebasado el límite que separa la crítica del delito, como que existe una duda razonable de que su intención buscada a propósito fuera injuriar al Rey, debe dictarse Sentencia absolutoria”.*⁷³⁴

C) Análisis comparado de los casos *El Jueves* y *Mitrofán*

⁷³² *Ibidem.*

⁷³³ *Ibidem.*

⁷³⁴ *Ibidem.*

Analizadas comparativamente ambas Sentencias, podemos concluir que la inseguridad jurídica es el único elemento destacable. En ambos casos, nos encontramos con una serie de elementos comunes: se trata de dos revistas satíricas, que tienen a gala servir de referente en la crítica humorística al Poder (sea este el que sea y lo ejerza quien lo ejerza) y en ambos casos, la viñeta tiene como finalidad llevar a cabo una crítica político-institucional. Pero hay un par de diferencias, no menores, que nos perturban, y estas son las siguientes: Primero, “El Jueves” se limita a recoger, en portada, una caricatura (un dibujo), mientras que “Caduca Hoy” sí que recoge un fotomontaje (en la que se incluye la imagen del Rey, aunque retocada); y segundo, en la portada del “El Jueves” no se recoge ninguna expresión que pueda ser considerada injuriosa o insultante, refiriéndose toda la crítica a una decisión gubernamental cuestionable (el llamado cheque-bebé), mientras que en el artículo de “Caduca Hoy”, sí que hay alguna expresión que puede ser considerada injuriosa (por ejemplo, mequetrefe) y, además, el tema de fondo, la cacería del Rey, podría considerarse como privado, pues tiene un interés público cuestionable. Por tanto, no alcanzamos a comprender que en el caso de “El Jueves” se condene por el uso de la imagen del Príncipe, cuando de lo que estamos hablando es de una caricatura, mientras que en el caso de “Caduca Hoy” no se articulara la acusación en virtud del artículo 491.2 CP, sino del 491.1 CP, cuando sí que se está haciendo uso de una foto del Rey (aun cuando retocada), y ello sí que podría llegar a ser subsumible bajo el artículo 491.2 CP. Tampoco podemos comprender la estrechez en la interpretación de la viñeta de “El Jueves”, en comparación con la amplitud de miras con la que se contempla, tanto el fotomontaje como el artículo aparecidos en “Caduca Hoy”. Dicho de otro modo, el fallo de un caso deslegitima el otro, sea cual fuere el sentido: o bien en ambos se debió condenar (lo cual no compartimos), o en ambos se debió absolver (que sí habríamos compartido), o en el caso de “El Jueves” se debió absolver, sin lugar a dudas, y en el del “Caduca Hoy” condenar (que no habríamos compartido, por resultar hartamente cuestionable, a la luz de todo cuanto hemos indicado a lo largo de estas páginas, pero que, al menos en abstracto, habría un mínimo soporte jurídico, si se hubiese fundamentado en el artículo 491.2 CP).

Lo que nos parece una aberración, que atenta al régimen de libertades, es la condena de “El Jueves”.

Con lo anterior, lo que queremos denunciar es, precisamente, esa inseguridad jurídica que produce a los periodistas y humoristas gráficos este tipo de resoluciones tan contradictorias. Todo ello tiene un efecto aún más perverso, y es que, por el miedo a ser procesado penalmente, los periodistas y humoristas gráficos se abstengan de llevar a cabo una de sus funciones fundamentales, en un Estado democrático, cual es la crítica satírica. Para evitar estos vaivenes jurisprudenciales e interpretaciones contradictorias, la solución es bien sencilla, y esta es la derogación de los delitos de injurias contra las instituciones.

De hecho, ese perverso efecto silenciador (“*chilling effect*”) se ha materializado en el caso de “El Jueves”. Así pues, en fechas más recientes, como consecuencia de una portada, que volvía a hacer uso de una viñeta del anterior Rey, pasándole la Corona a su hijo, estando esta repleta de porquería, el semanario, decidió cambiar la misma. Dicho de otro modo, se autocensuró, por miedo a las consecuencias que podía conllevar dicha portada, que reflejaba un tema de gran interés público, quizá el de mayor interés general del momento, cual era el cambio de titular al frente de la Jefatura del Estado, sin ningún tipo de refrendo popular. Como consecuencia de esa autocensura, una parte de la plantilla se marchó de la revista, tras estar años al frente de la misma, pues consideraron inaceptable que la editora actuase censurando a sus propios dibujantes.⁷³⁵

⁷³⁵ Esta autocensura, así como la decisión de marcharse de los dibujantes, tuvo un eco mediático considerable. Así, a título de ejemplo, traemos a colación tres titulares a los que se hizo mención en aquellos días: La edición digital de El Periódico, de fecha 6 de junio de 2014, titulaba, “*Los dibujantes de ‘El Jueves’ acusan a RBA de censurar la portada del Rey*”. <http://www.elperiodico.com/es/noticias/politica/dibujantes-jueves-acusan-rba-censura-portada-rey-3292359>

La edición digital de EL PAIS, de fecha 6 de junio de 2014, también se hizo eco de esta situación, titulado “*Varios dibujantes de ‘El jueves’ dimiten tras retirarse una portada sobre el Rey*”. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/06/06/actualidad/1402049847_240998.html

El titular de del periódico digital elconfidencial, de 5 de junio de 2014, era “*RBA retira la portada de ‘El Jueves’ sobre la abdicación del Rey*”. http://www.elconfidencial.com/cultura/2014-06-05/rba-retira-la-portada-de-el-jueves-sobre-la-abdicacion-del-rey_142146/

VI.- LAS INJURIAS Y CALUMNIAS A LAS INSTITUCIONES

1.- ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES

Inexplicablemente, el legislador decidió separar la tipificación del delito de injurias a la Corona, de las injurias a las Instituciones, cuando aquella, si se caracteriza por algo, es por ser la más Alta Institución del Estado, pues el Rey es el Jefe del Estado. Ese es el motivo por el que hemos estudiado, con carácter previo, las injurias y calumnias a la Corona, y ahora estudiemos este mismo tipo penal, respecto a las instituciones del Estado. En cualquier caso, todo lo manifestado y homologable respecto a la Monarquía, como institución, lo hacemos extensivo a este apartado.

Los tipos penales vienen recogidos en los artículos 496 y 504 CP, que versan como siguen:

Artículo 496 CP:

“El que injuriare gravemente a las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, hallándose en sesión, o a alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses.

El imputado de las injurias descritas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas en el artículo 210”.

Artículo 504 CP:

“1. Incurrirán en la pena de multa de doce a dieciocho meses los que calumnien, injurien o amenacen gravemente al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al TC, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma.

El culpable de calumnias o injurias conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas, respectivamente, en los artículos 207 y 210 de este Código.

Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años a los que empleen fuerza, violencia o intimidación para impedir a los miembros de dichos Organismos asistir a sus respectivas reuniones.

2. Los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, serán castigados con la pena de multa de doce a dieciocho meses.

El culpable de las injurias previstas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias descritas en el artículo 210 de este Código”.

Comenzaremos destacando qué instituciones son las que, para el legislador penal, pueden ser sujeto pasivo del delito de injurias: Las Cortes Generales o una Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, siempre que se halle en sesión, o a alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen; los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Sin embargo, y sin entender qué razón le ha guiado a tal discriminación, el legislador también considera que pueden ser sujeto pasivo de calumnias (amén de las injurias) el Gobierno de la Nación, el Consejo General del Poder Judicial, el TC, el TS, o el Consejo de Gobierno o el Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma. No entendemos porqué unas instituciones del Estado pueden ser objeto de injurias y calumnias, mientras que otras solo lo pueden ser de injurias.

En todo caso, es muy importante tener claro este dato: el sujeto pasivo del delito, para el legislador penal, no es la persona o personas que puedan estar al frente de dichas instituciones, ni forman parte de las mismas, sino la institución en sí. Es decir, que para el legislador penal, la institución, de nuevo, es acreedora de un bien jurídico de la personalidad. Ello es objeto de duras críticas por los penalistas, habida cuenta que las instituciones no tienen honor, porque no tienen dignidad, dado que esta cualidad solo es predicable de las personas físicas.

Así pues, para CARMONA SALGADO, *“resultaría absurdo, por incongruente, hacer extensiva al Gobierno, los Tribunales y los Ejércitos, como tales organismos del Estado, una ficticia titularidad de la dignidad personal que el art. 18 CE reconoce como inherente a este derecho fundamental”*.⁷³⁶

En la misma línea se muestra SANTANA VEGA, para la cual resulta:

⁷³⁶ CARMONA SALGADO, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, cit., pág. 229.

*“difícil sostener que tales personas jurídico-públicas o institucionales puedan ser titulares del bien jurídico-penal honor. Esto es así porque si este es entendido como dignidad, solo es predicable con relación a los seres humanos (...) La concepción personalista del bien jurídico-penal honor, derivada del artículo 10.1 CE y de su consideración como derecho fundamental, el cual solo puede tener como titular al ser humano, hacen muy difícil sostener la titularidad del honor del Estado”.*⁷³⁷

Así pues, se ha tenido que recurrir a otros conceptos, como bienes jurídicos protegibles, como el del “*prestigio de las instituciones*”, como fundamento de su protección jurídico-penal. Ello vuelve a ser abiertamente criticado, con gran acierto, por SANTANA VEGA, cuando indica que:

“en los Estados sociales y democráticos de Derecho, el prestigio de las instituciones no puede ser un objetivo en sí mismo, sino que es una consecuencia automática del correcto funcionamiento de aquellas, lo que ya se protege por otros delitos del Código Penal. Para conseguir que las instituciones tengan prestigio no hay que salvaguardar un hipotético y apriorístico honor de aquellas, ya que tal forma de proceder conduciría a una protección incondicional de las instituciones, lo cual es contrario al funcionamiento del Estado democrático. Esto es así porque la protección de aquel honor o prestigio de las instituciones reduce o elimina las citadas condiciones de participación de los ciudadanos, ya que limita la expresión pública de sus ideas y, por tanto, la crítica necesaria para enmendar o mantener aquel correcto funcionamiento.

*Además, para que estuviera legitimada la protección jurídico-penal del prestigio de las instituciones públicas debería estar constitucionalmente prevista la posibilidad de limitar las libertades de expresión e ideológica por aquella, lo que no sucede (...) Como se puede observar, no se encuentran entre los límites del artículo 20 (...) el prestigio de las instituciones, por lo que su castigo penal más bien habría de ser considerado como una especie de “censura previa”. Por lo tanto, mantener la vigencia de este precepto inculpativo de la libertad de expresión supondría tanto como sostener que, por encima de esta y del pluralismo político, se encuentra una concepción abstracta del honor y de las instituciones públicas”.*⁷³⁸

En el mismo sentido se manifiesta TAMARIT SUMALLA, para quien:

“El bien jurídico protegido en estos delitos consistentes en injurias y calumnias no es el honor, cualidad que, por su estrecha vinculación con la idea de dignidad humana, tan solo puede predicarse de las personas físicas, sino el prestigio de las instituciones (...) La posibilidad de que tal bien jurídico, no previsto en el artículo 20.4 CE, pueda erigirse en un límite de un derecho fundamental y que goza de una

⁷³⁷ SANTANA VEGA, DULCE MARÍA, “El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas: ¿protege algún bien jurídico penal?”, Cuadernos de Política Criminal, segunda época, III, 99, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 41.

⁷³⁸ *Ibidem*, pág. 43 y 44.

*posición prevalente como es la libertad de expresión, en el seno de un orden constitucional de orientación netamente personalista, es más que discutible”.*⁷³⁹

Fundamental resulta el análisis que realiza MUÑOZ CONDE, para el cual:

*“la incriminación autónoma de estos tipos delictivos no está, pues, en la creación de un nuevo delito, ni siquiera, en la adición de algunas características nuevas a uno ya existente, sino simplemente en reforzar la protección de unos Órganos importantes en la estructura del Estado, y que hubiera bastado para su tipificación, con aplicar el régimen común de injurias. Pero como lo que se pretende es aumentar la pena en virtud del sujeto pasivo, se crean estos tipos que, juntamente a otros (Delitos contra la Corona), tienen como misión principal la protección de la “maiestas”, de la cual la “dignitas” del representante del poder era importante. Sin embargo, esta concepción va siendo abandonada, precisamente, en la medida en que se piensa en la necesaria desmitificación de la “autoritas” y de la “dignitas”. Para la protección del honor de las autoridades o funcionarios públicos y de las Instituciones del Estado debería bastar con los tipos comunes de injurias o calumnias, si se quiere agravados, pero nada más. Hay algo sospechoso en querer proteger específicamente la dignidad de los representantes de las Instituciones del poder político. Algo, en todo caso, poco democrático. Todo esto quiere decir que la subsistencia de tales delitos en un régimen democrático debe mirarse con reservas e interpretaciones restrictivamente a la luz de los principios democráticos más elementales, como el de la libertad de expresión y de crítica (art. 20 CE)”.*⁷⁴⁰

Ahora bien, el hecho de que las instituciones, como tal, no sean acreedoras del derecho al honor, no significa que las personas que están al frente tampoco lo sean. De hecho, es justo lo contrario. Así pues, como indica CARMONA SALGADO, podrán accionar en defensa de su honor los:

*“miembros integrantes de dichas instituciones (que) sean perfectamente identificables como personas individualizadas (...) al igual que sucedería con cualquier otro ciudadano de a pie (...) Bajo ningún concepto deben admitirse ni los insultos ni las descalificaciones gratuitas, como tampoco las informaciones falsas e inveraces, si bien en estos supuestos la protección penal, que sin duda merecen, equivale a la que recibe el resto de personas físicas, debería articularse a través de los delitos comunes de calumnia e injuria, previstos en los art. 205 y siguientes (...) actuando a nivel procesal bajo el concepto de legitimación por sustitución”.*⁷⁴¹

⁷³⁹ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., pág. 2018 y 2019.

⁷⁴⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 829 y 830.

⁷⁴¹ CARMONA SALGADO, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, cit., pág. 229.

No obstante, en alguna de las ocasiones en que ha tenido la oportunidad de pronunciarse, la jurisprudencia sí que ha aplicado estos tipos delictivos, cuando las expresiones iban referidas a las instituciones como tal.⁷⁴²

⁷⁴² La Sentencia que a continuación citamos resulta muy interesante, porque asume, en parte la tesis anterior, dado que señala que cuando se realizan expresiones injuriosas o calumniadoras respecto de sujetos determinables al frente de las instituciones, no será de aplicación el art. 504 CP. Sin embargo, cuando las injurias o calumnias se refieran a la institución en sí, sí que sería de aplicación.

SAP de Cantabria (Sección 1ª) núm. 2075/2005 de 24 mayo de 2005. ARP 2005\415. F. Dº. 5: *“Las injurias y calumnias a que se refiere ese artículo deben ir dirigidas contra los altos organismos de la nación que se refieren en tal precepto, no contra los miembros que personalmente forman parte del mismo. Así lo señala la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de mayo de 1990 en relación al anterior artículo 161.1 del Código Penal 1973 «las expresiones proferidas por el procesado, evidentemente rechazables moral y socialmente, van dirigidas no contra el Gobierno como órgano del Estado, sino individualizadas en un miembro del Gobierno, el de su Presidente. Por tanto, no puede haber discusión respecto a que la conducta tipificada en el número 1, del art. 161 del Código Penal, no se ha producido, puesto que las frases reputadas injuriosas por el Ministerio Fiscal, se concretan en personas, alguna tan cualificada como su Presidente, integrante del Gobierno, pero no a este como Alto Órgano de la Nación».*

En el presente caso, junto a unas expresiones que, de forma concreta, se refieren al Tribunal Constitucional, que es uno de los altos organismos de la nación que se incluyen en el mencionado precepto, también se vierten otra serie de frases dirigidas contra el propio Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, concretadas la mayor parte de ellas en la Sala que le juzgó, la de lo Civil y Penal, que, en el momento del enjuiciamiento es el propio Tribunal Superior de Justicia como tribunal que, en términos del artículo 152.1 CE, culmina la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma, por cuanto este no es un ente abstracto e ideal sino un órgano jurisdiccional que actúa (al igual que otros órganos colegiados como el Tribunal Supremo) a través sus Salas y la descalificación global de cada una de ellas constituye la descalificación del propio Tribunal Superior de Justicia pues es difícilmente concebible que se viertan imputaciones a dicho tribunal sino es en relación con las decisiones adoptadas en las actuaciones concretas que desarrolla y ello es lo que aquí sucede.

Frente a ello, deben excluirse de la tipicidad del delito del artículo 504 CP varias de las expresiones que contiene el escrito del recurso de súplica y que van dirigidas expresamente contra uno o varios de los miembros del tribunal”.

F. Dº. 7º: *“Lo expuesto en los dos Fundamentos anteriores lleva a efectuar una concreción de los Hechos Probados de la Sentencia recurrida en cuanto en la misma se incluyen expresiones que no encajan en el contenido del artículo 504 CP o que pueden ampararse en el derecho a la libertad de expresión, de forma que entiende este Tribunal que son constitutivas del referido delito atendiendo, por un lado, a su carácter injurioso o calumnioso y, por otro, a estar dirigidas contra los organismos referidos en el tipo del delito por el que se ha formulado acusación, las expresiones: «este tribunal es prevaricador», «no le sorprende nada de este tribunal prevaricador que tiene la norma de hoy por ti, mañana por mi, que está violando sus derechos», «que a su juicio el Tribunal Constitucional ha dictado la Sentencia en el momento en que lo hizo de forma consciente y presionado por el Partido Popular, porque sabía que de ese modo no iba a poder acudir a las elecciones durante años», «que la razón por la que se le ha condenado en este juicio ha sido para robar en el plan de las Cachavas para construir el Corte Inglés y también para hacer méritos políticos y para obtener cargos y nombramientos», «y esta nueva condena lo ha sido por el ponente y demás magistrados de ese tribunal en virtud de prevaricación deliberada. Y decidida con el único y fundamental designio de impedir a mi representado, la posibilidad de presentarse a las elecciones [...] poniéndose presuntamente al servicio ese TSJ, de quienes gobiernan en la Diputación Regional de Cantabria», «la estimación del TSJ de Cantabria, de que la ejecución de una Sentencia del*

Como ahora veremos, de nuevo, tanto la jurisprudencia, como parte de la doctrina, para justificar este delito, se han visto obligadas a recurrir a artificios jurídicos para reconocer como bienes jurídicos amparables por el mismo, otros distintos al honor.

En concreto, respecto a las injurias a las Asambleas Legislativas (Nacionales o Autonómicas), MUÑOZ CONDE afirma que, con estos delitos, se intenta proteger “*la libertad en las resoluciones de estas instituciones y su dignidad*”.⁷⁴³ También VIVES ANTÓN y CARBONELL MATEU hacen referencia a la formación libre de la voluntad del órgano colegiado como bien jurídico protegible; pero además, añaden un aspecto interesante y es que, tras reconocer que “*la injuria, prevista en el artículo 496, debe entenderse, de acuerdo con lo que establece el artículo 208, como la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación,*”⁷⁴⁴ señalan que “*ello conduce al endémico problema de si las Cortes Generales como tales, esto es, las personas que no son personas físicas, tienen o no dignidad*”,⁷⁴⁵ y acaban afirmando que “*las injurias producidas colectivamente a las Cámaras repercuten en la fama y crédito de cada uno de sus componentes*”.⁷⁴⁶ Pero nosotros nos planteamos que si, al final, lo que resulta protegido por este delito es el bien jurídico “honor de los miembros de las Asambleas”, no creemos que resulte

Tribunal Constitucional [...] para en perjuicio de mi representado, volverle a juzgar, y condenarle [...] constituye una prevaricación estentórea».

Tales expresiones son constitutivas del delito reseñado en cuanto, por un lado, van dirigidas a alguno de los organismos contenidos en tal precepto y, por otro, son constitutivas de calumnia o injuria en tanto se trata de expresiones infamantes, que tratan de menoscabar la fama y la estimación de las instituciones contra las que se dirigen; así, resulta injuriosa la reiterada imputación al tribunal de ser «prevaricador», palabra que, dirigida a un tribunal de justicia, tiene en sí misma una carga infamante y denigratoria del buen nombre de dicho organismo. En cuanto al resto de imputaciones cabe afirmar que se efectúan con temerario desprecio a la verdad (como requisito de las calumnias contenido en el artículo 205 Código Penal y en las injurias que consistan en la imputación de hechos para ser consideradas como graves, artículo 208 Código Penal) por cuanto no resultan avaladas por datos objetivos ni se aprecia base para tales afirmaciones; pese a los intentos que realiza el recurrente, carecen de fundamento las manifestaciones referidas a que el Tribunal Constitucional dictara la Sentencia con el propósito recogido en la expresión antes referida, ni que el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria haya cometido prevaricación al ponerse al servicio de la Diputación Regional de Cantabria o por volver a juzgarle después de la Sentencia del Tribunal Constitucional o que la razón de la condena en el juicio sea conseguir unos determinados objetivos espurios”.

⁷⁴³ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 828.

⁷⁴⁴ VIVES ANTÓN y CARBONELL MATEU, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit.

⁷⁴⁵ *Ibidem*.

⁷⁴⁶ *Ibidem*.

necesario un tipo específico, pues para ello ya están los genéricos. En este mismo sentido, se plantea BENÍTEZ ORTÚZAR⁷⁴⁷ que:

“Realmente el tipo parece innecesario e impropio de un Estado Democrático de Derecho, pretendiendo, de esta forma, elevar a categoría de bien jurídico penalmente protegido el prestigio de las Cortes Generales y de los Parlamentos Autonómicos como instituciones del Estado (...) Debe advertirse que el tipo no abarca el desprestigio de parlamentarios identificados o identificables, en tanto que si esta situación se produce, estaríamos ante un concurso de delitos, con el delito de injurias común. Por ello, parece excesiva esta previsión punitiva. El correcto desarrollo del Derecho fundamental a la libertad de expresión dejará muy limitado este precepto penal.

De otro lado, la referencia a la exceptio veritatis del art. 210 CP, es demagógica e inaplicable, entre otras cosas, porque la Cámara legislativa en sí misma no tiene capacidad de realizar hechos constitutivos de delito ni de infracción administrativa, de tal forma que es imposible probar la verdad de lo imputado. Distinto es la falsa imputación de hechos a Diputados (nacionales o autonómicos) o a Senadores, determinados o determinables, en cuyo caso no sería de aplicación este precepto, sino el genérico del art. 208 CP, siendo, en este caso, plenamente aplicable el art. 210 CP, respecto a la prueba de los hechos imputados, tratándose estos de autoridad o funcionario público a los efectos del CP”.

Más dudas se le plantean a MATÍA PORTILLA, analizando también el bien jurídico protegido en el delito de injurias a las Asambleas Legislativas, pues:

*“como es sabido el tipo genérico de injurias (art. 208 CP) se incluye entre aquellos que protegen el honor. Partiendo de este dato, podríamos preguntarnos si el tipo penal recogido en el art. 496 sirve para proteger el honor del Parlamento, concebido este como órgano o institución. La respuesta que se dé a este interrogante no resulta sencilla. Aunque el TC ha considerado que el derecho al honor puede ser invocado por las personas jurídicas (SSTC 139/1995, de 26 de septiembre y 183/1995, de 11 de noviembre), ha subrayado también de forma reiterada que el citado derecho fundamental se vinculaba con la dignidad de la persona (SSTC 20/1990, de 15 febrero y 78/1995, de 22 de mayo, entre otras). Estamos ante dos afirmaciones difícilmente conciliables, ya que la dignidad de la persona alude, manifiestamente, a la persona física”.*⁷⁴⁸

Respecto a las injurias y calumnias a las Altas Instituciones del Estado, el bien jurídico protegido, según VIVES ANTÓN y CARBONELL MATEU, haciéndose eco de la jurisprudencia habida al respecto del antiguo delito de desacato, sería el “*principio*

⁷⁴⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., “Delitos contra la Constitución (III). Delitos contra las Instituciones del Estado y división de Poderes”, en *Sistema de Derecho Penal español. Parte especial* (Coord. Lorenzo Morillas Cueva), DYKINSON, Madrid, 2011, pág. 1086.

⁷⁴⁸ MATÍA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER, *Comentarios al Código Penal* (Dir. Manuel Gómez ToMILLo), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1738.

de autoridad".⁷⁴⁹ También hace mención a la dignidad de los poderes públicos, entendida en sentido funcional, como otro de los bienes jurídico protegidos. CARMONA SALGADO desecha el principio de autoridad, como bien jurídico protegido, entendiendo que el interés digno de protección es "*el correcto funcionamiento de los servicios públicos que les corresponde desempeñar*".⁷⁵⁰ De nuevo, nos encontramos con una omisión del honor personal y, por tanto, las críticas efectuadas previamente también son aplicables en este supuesto.

Como ejemplo de esta disparidad e inconcreción de bienes jurídicos protegidos, debemos citar la STC 51/1985, de 10 de abril, que reconoce, como tal, en el delito de injurias al Gobierno:

"la seguridad exterior e interior del Estado, que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, en las que las fuerzas políticas del país se deben reconocer y que expresan no solo el interés singular de algunos miembros de la comunidad nacional, sino el interés de la colectividad entera, en la medida en que estas instituciones son expresión de la solidaridad de la nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política".⁷⁵¹

Por último, respecto a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y al Ejército, VIVES ANTÓN y CARBONELL MATEU sostienen que:

"Se lesiona aquí la dignidad (en sentido funcional) de la institución (bien jurídico cuya titularidad corresponde al Estado) y el honor de sus miembros (bien jurídico individual). En consecuencia, la referencia a los Ejércitos, etc., no implica la admisión de un sujeto pasivo colectivo, sino una designación genérica de sujetos pasivos individuales (los componentes de la institución de que se trate)".⁷⁵²

Aquí cabe plantearse de nuevo la misma pregunta: si realmente ya existe el tipo genérico que protege el honor de las personas físicas (en este caso de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o del Ejército), no entendemos porqué es necesario este tipo específico. Como acertadamente señala POLAINO NAVARRETE,

⁷⁴⁹ VIVES ANTÓN y CABONELL MATEU, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit.

⁷⁵⁰ CARMONA SALGADO, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, cit. 228.

⁷⁵¹ F. Dº. 10º de la STC núm. 51/1985, de 10 abril de 1985. RTC 1985\51.

⁷⁵² *Ibidem*.

“no se alcanza a comprender por qué se protegen expresamente estas Instituciones (Ejército y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) frente a delitos de injurias”.⁷⁵³ Insistimos en que sus miembros no quedarían desamparados frente a la difamación, como no podía ser de otro modo. Simplemente entendemos innecesaria la existencia de estos tipos específicos. No obstante, también es cierto que, en el caso concreto del Ejército y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sus miembros son meros ejecutores de las decisiones tomadas por el poder político. Esta cuestión debe ser tenida en cuenta, puesto que la crítica tendrá una mayor cabida respecto a quien toma dichas decisiones, que a quienes simplemente las ejecutan, en virtud de su sometimiento al poder político. Cuestión distinta será si se apartan o se exceden de los mandatos ordenados por dicho poder político, o actúan al margen del mismo.

Quizás el punto más interesante, en todos estos delitos, sea que se admite la *exceptio veritatis*. Esta es ya una cuestión sustantiva que hace diferir estos tipos de los relativos a la Corona. En estos últimos no cabe dicha excepción; sin embargo, en aquellos sí. Ello no había sido siempre así. Recordemos que en el caso CASTELLS, uno de los puntos más relevantes que tuvo en cuenta el TEDH para considerar que se había violado su libertad de expresión, fue que no se le dejó demostrar que aquello que decía era veraz, sobre sus acusaciones al Gobierno.

MUÑOZ CONDE señala como razones fundamentales de su aceptación, respecto a las imputaciones referidas a las instituciones, las siguientes:

“1º) En primer lugar, porque la ratio legis de la exceptio es la de asegurar la posibilidad de denuncia por parte de los ciudadanos de un incorrecto funcionamiento, incluso delictivo, del ejercicio de la función pública y este correcto funcionamiento lo mismo puede predicarse de las autoridades y funcionarios públicos individuales, como de los Organismos políticos y demás Entes de gestión de la función pública.

2º) En segundo lugar, porque la necesidad de la exceptio veritatis es mucho mayor, e incluso imprescindible, cuando va referida a la crítica de la actuación de un Órgano o Institución fundamental del Estado democrático, ya que pertenece a uno de los principios más elementales del Estado de Derecho la posibilidad de

⁷⁵³ POLAINO NAVARRETE, “Delitos contra la Corona”, cit., pág. 481.

*denunciar actuaciones incorrectas de la Administración, personificada en el Gobierno o en cualquier otro órgano de gestión pública”.*⁷⁵⁴

Y refiriéndose, en concreto, al ámbito político:

*“en el que en definitiva están situados claramente estos delitos, el ejercicio de la exceptio veritatis no puede desvincularse de lo que es praxis habitual en el ejercicio de la oposición y crítica al Gobierno, al partido político que le sirve de base, etc. Estamos acostumbrados a que diariamente los políticos, dentro del Parlamento o fuera de él, imputen hechos a los adversarios que generalmente constituyen graves acusaciones que, de no estar amparadas por la preeminencia del derecho a la libertad de expresión, de crítica y de información, y por la misma esencia del sistema democrático, podrían estimarse como gravemente delictivas. Acusaciones de malversación, prevaricación, o cohecho, de complicidad o autoría en turbios asuntos financieros o de represión policial excesiva, etc., están a la orden del día y se pueden leer u oír en cualquier medio de comunicación diariamente. Muchas de estas acusaciones se convierten en interpelaciones, mociones de censura, campañas ante la opinión pública pidiendo la dimisión del Gobierno, el procesamiento de Ministros, etc.”*⁷⁵⁵

La “*exceptio veritatis*” en el ámbito penal corresponde exactamente al concepto de veracidad, al cual ya hemos hecho referencia a lo largo de estas páginas. Así pues, MUÑOZ CONDE nos recuerda que:

“la veracidad de estas afirmaciones no consiste tanto en la demostración de la realidad concreta y pormenorizada de cada hecho concreto de los que se acusa al Gobierno, sino en reflejar un estado de opinión, a veces muy extendido, y basado en datos reales, que imputa al Gobierno o sus instituciones un incorrecto ejercicio de la gestión política”.

Para este autor, la apreciación de la veracidad debería conllevar la asunción de estimación de la eximente prevista en el artículo 20.7 CP, esto es, el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, o el cumplimiento de un deber:

“especialmente ineludible para los que, por su condición de parlamentarios, dirigentes de partidos políticos, etc., asumen la tarea de denunciar hechos, defender los intereses de sus mandantes, etc. Por eso, la exceptio veritatis, en estos casos, más que una simple excusa se trata de una auténtica causa de justificación que convierte en lícita la conducta de denuncia y crítica al Gobierno. Realmente (...) es muy difícil admitir en un sistema democrático que se puede hablar de “injurias al Gobierno”, cuando precisamente

⁷⁵⁴ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 831.

⁷⁵⁵ *Ibidem*.

*la crítica y la oposición al mismo es una de las características básicas de la democracia”.*⁷⁵⁶

Lo mismo sería predicable respecto de los periodistas, pues su función social consiste, precisamente, en comunicar a la opinión pública noticias veraces.

Precisamente, ese carácter de escrutinio (de averiguación de la verdad material) y crítica a la acción de las instituciones es lo que comporta que sea: *“difícil de probar el “animus iniuriandi”, básico en el delito de injurias tal como lo entiende el Tribunal Supremo. Porque en la crítica a instituciones políticas solo puede darse un animus narrandi, defendendi, consulandi, criticandi, corrigendi, etc., difícilmente compatible con una finalidad específica de injuriar”.*⁷⁵⁷

Concluye afirmando que *“la exceptio veritatis en este caso constituye un elemento integrante fundamental de la crítica y oposición política al Gobierno, amparadas por el artículo 20 de la Constitución en particular y por los principios del sistema democrático en general”.*⁷⁵⁸

2.- ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

En relación a las injurias a las instituciones (distintas a la Corona), debemos reconocer que hay un número de resoluciones más limitado.⁷⁵⁹ No obstante, aquellas

⁷⁵⁶ *Ibidem*, pág. 832.

⁷⁵⁷ *Ibidem*.

⁷⁵⁸ *Ibidem*.

⁷⁵⁹ Excluimos de este análisis jurisprudencial a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y al Ejército, por cuanto los mismos son (o deben ser) meros ejecutores de las decisiones tomadas por el Poder Civil. Así pues, si bien es cierto que los mismos, en tanto que parte del Estado, pueden y deben ser objeto de escrutinio y crítica (al igual que el resto de las instituciones), no podemos olvidar que siempre obedecen (o deben hacerlo) a un cargo político. Como este estudio se centra en la comparación entre la normativa y la jurisprudencia interna y la europea, en relación a la crítica política, entendemos que debemos centrarnos exclusivamente en las instituciones que toman decisiones políticas u ostentan cargos político-institucionales, y no tanto en los funcionarios que actúan como meros ejecutores.

que recogen conflictos en los que sí que se pueda dar este tipo de crítica merecen ser, cuanto menos, citadas.⁷⁶⁰

Comenzaremos con uno de los ejemplos más polémicos mediáticamente, como fue el relativo a las imputaciones de financiación a organización terrorista, llevadas a cabo por un representante del Foro de Ermua contra el Gobierno Vasco, y ello lo deducía de las ayudas que se concedían por parte del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco a los familiares de presos etarras con el fin de sufragar los desplazamientos de aquellos para poder visitarlos en las cárceles que se encuentran alejadas del País Vasco.

Estas manifestaciones se realizaron en un céntrico hotel de Bilbao, habiendo sido convocados los distintos medios de comunicación al efecto, por lo que tales expresiones tuvieron su reflejo en dichos medios en los días siguientes con la consiguiente repercusión pública.

Ello conllevó la oportuna interposición de la querrela por injurias y calumnias al Gobierno autonómico, por la representación legal del mismo. Así, la misma se fundamenta en que la expresión se excede de lo que debe ser el normal ejercicio de crítica política, para entrar, directamente, en la imputación de delitos, con la clara intención de denigrar al Gobierno Vasco. Además, dichas manifestaciones suponen un temerario desprecio a la verdad, pues las ayudas (sobre las que se apoya la expresión denunciada) se conceden a todos los que tengan familiares presos penados o preventivos, que cumplen prisión lejos del lugar de su residencia, a fin de ayudarles a financiar sus desplazamientos. Además, se conceden con independencia de cuál sea el tipo de delito por el que hayan sido condenados o bien estando todavía en situación de preventivos. Por tanto, en la concesión de estas ayudas, no hay distinción entre presos

⁷⁶⁰ A los efectos de no repetirnos, y por su evidente trascendencia, nos remitimos al análisis que hicimos de la STEDH del caso *Castells*, pues en dicho apartado también se hacía referencia a las distintas resoluciones del TS y del TC relativas al mismo asunto. Recordemos que el TS lo condenó por injurias al Gobierno.

comunes y por delitos de terrorismo. Estas manifestaciones son reiteradas días después, por la propia asociación.

De esta acción conoció el Juzgado de Instrucción nº 5 de Bilbao (Bizcaia), el cual, en auto de fecha 28 de octubre de 2004,⁷⁶¹ decide inadmitir la querrela. Así pues, el instructor entiende que:

“de la manifestaciones supuestamente constitutivas de delito, no puede apreciarse la existencia de ánimo difamatorio, injurioso, o calumniador, entendiéndose que tales manifestaciones deben reconducirse al ámbito del Derecho Constitucional de la libertad de expresión (art. 20 CE), el cual, como suele ocurrir de ordinario, entra en colisión con el derecho al honor (art. 18 CE) lo que obliga a efectuar una ponderación, como tiene señalado la STS de 14-2-01, conforme a reiterada doctrina del TC (SS. TC. 104/1986, 107/1988, 51/1989 y 204/1997) y, en su virtud, otorga preeminencia a la libertad de expresión y ello en base a que la misma se hace valer o se ejercita en referencia a cuestiones públicas y/o personas igualmente públicas, no apreciándose que haya habido exceso o desmesura o se hayan salido dentro del marco de interés general.

*Y esa reiterada jurisprudencia no solo lleva a otorgar preeminencia a la libertad de expresión, sino que incluso llega a situar al Derecho al Honor en un plano, por así decirlo, de inferioridad, en el sentido de restringir, al limitar ese Derecho al Honor cuando el supuestamente ofendido o difamado ostente la condición de Institución o persona pública; pues asumiendo voluntariamente tal condición igualmente debe asumir el riesgo a la lógica crítica adversa que de su actuación puede derivarse (SS TC 27-10-87, 5-11-90 y 11-9-95)”.*⁷⁶²

Frente a este auto de inadmisión, se procedió a interponer el correspondiente recurso de apelación, que recayó en la Sección 1ª de la Audiencia Provincial (AP) de Bizkaia, la cual dictó el auto⁷⁶³ por el que se estimaba el mismo y ordenaba la admisión a trámite de la querrela, ordenando el interrogatorio del querrellado. Ya adelantamos que, con carácter posterior, el Juzgado Instructor sobreseerá y la Audiencia confirmará dicho archivo. Es decir, los argumentos que aquí utiliza la AP, son, radicalmente los contrarios, a los que utiliza con carácter posterior, siendo los hechos juzgados los mismos. Ello incide aún más en una de las denuncias que más insistentemente se hacen a lo largo del presente trabajo, cual es la inseguridad jurídica, a la hora de afrontar el conflicto entre el honor y la libertad de expresión.

⁷⁶¹ Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Bilbao (Bizkaia), de fecha 28 de octubre de 2004.

⁷⁶² *Ibíd*em, razonamiento jurídico único.

⁷⁶³ Auto nº 47/05, dictado por la AP de Bizkaia (Sección 1ª), de fecha 20 de enero de 2005.

Así, los argumentos que utiliza la AP para revocar la inadmisión a trámite de la querrela son, fundamentalmente, los siguientes:⁷⁶⁴

1º) Quien realiza las manifestaciones denunciadas no es un representante político, ni lo hace en sede parlamentaria, ni tampoco se conoce que haya interpuesto denuncia, por estos hechos, a nadie.

2º) La comisión del tipo penal de calumnias no exige ningún “*animus iniuriandi*”, sino simplemente el conocimiento de una imputación falsa o temerario desprecio a la verdad.

3º) La imputación de un delito de participación en terrorismo supone una lesión del bien jurídico protegido por este tipo penal, cual es el recto funcionamiento de los servicios públicos. Si bien es cierto que se puede hacer crítica a las instituciones, por duras que estas sean, la misma no puede suponer la imputación libérrima de delitos, menos, si además se hace utilizando los medios de comunicación, consiguiendo así una mayor repercusión.

El Juzgado de Instrucción, al cual se le devuelve la causa, tras interrogar al querrellado, dicta auto⁷⁶⁵ por el que se acuerda el archivo definitivo de las actuaciones, haciendo uso de los mismos argumentos que utilizó para la inadmisión de la querrela, es decir, que la libertad de expresión, en la crítica política, ampara este tipo de manifestaciones.

Frente a ello, volvió a interponer el Gobierno Vasco recurso de apelación, siendo que, en esta ocasión, la AP decidió desestimar el mismo,⁷⁶⁶ aun cuando los hechos seguían siendo exactamente los mismos que justificaron la revocación de la inadmisión a trámite de la querrela. Es obvio que la admisión a trámite no supone, ni puede conllevar necesariamente, en absoluto, que se dicte, con carácter posterior, un auto de

⁷⁶⁴ Ibídem, F. Dº. 1º

⁷⁶⁵ Auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de Bilbao (Bizkaia), de fecha 9 de septiembre de 2005.

⁷⁶⁶ Auto nº 830/05, dictado por la AP de Bizkaia (Sección 1ª), de fecha 9 de diciembre de 2005.

transformación a juicio oral, pues la finalidad de la instrucción se limita a realizar los actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente, y si el instructor no encuentra indicios delictivos debe sobreseer; pero, ante unos mismos hechos, aplicar fundamentos jurídicos totalmente opuestos resulta, cuanto menos, cuestionable.

Así pues, vamos a ir analizando de modo comparado, los fundamentos jurídicos utilizados en el Auto nº 47/05, de fecha 20 de enero de 2005 (al que nos referiremos como el primero) y los del Auto nº 830/05, de fecha 9 de diciembre de 2005 (al que trataremos como el segundo), para entender la crítica que aquí hacemos.

Así pues, aun cuando en el primero, el propósito infamante del actor no era relevante para la comisión del delito de calumnias, en el segundo sí, siendo que si el mismo no se aprecia en el caso concreto, no podríamos hablar, en puridad de comisión del delito. Así pues, ahora *“el ánimo de infamar o intención específica de difamar, vituperar o agraviar al destinatario de esta especie delictiva, la voluntad de perjudicar el honor de una persona, animus infamandi revelador del malicioso propósito de atribuir a otro la comisión de un delito, con finalidad de descrédito o pérdida de estimación pública”*⁷⁶⁷ se convierte en un elemento nuclear del tipo, y el mismo no se aprecia cuando nos encontramos ante una crítica político-institucional, en la que lo relevante es el *“animus criticandi”*.

En cuanto al bien jurídico protegido, así como en el primer auto se indicaba que con el delito de injurias y calumnias a las instituciones se está protegiendo el recto funcionamiento de los servicios públicos; en el segundo ello se omite, y se limita a señalar que el honor (que es el bien jurídico objeto de tutela de los delitos de injuria y calumnia) es un atributo exclusivo de la persona, siendo que las instituciones no gozan del mismo.

⁷⁶⁷ *Ibíd*em, razonamiento jurídico segundo.

Por último, se basa en lo ya dicho, a lo largo de esta tesis, sobre la libertad de expresión, no solo como derecho fundamental del individuo, sino como garantía esencial de un Estado en el que se reconoce a la libertad y al pluralismo político como “valores superiores de su ordenamiento jurídico” (art. 1.1 CE). Ello conlleva que “no se puede excluir el derecho a expresar las ideas y convicciones cuando este aparezca como un interés preponderante sobre el honor, particularmente cuando se trata de la formación de la opinión pública en cuestiones político estatales, sociales, etc”.⁷⁶⁸ Así, indica que el derecho fundamental al honor “ha de sacrificarse en la medida que resulte necesaria para asegurar una información y crítica libres en una sociedad democrática”.⁷⁶⁹ Termina su ahora repentina defensa numantina de la libertad de expresión manifestando que:

*“se trata de una opción de fondo, de una connotación estructural de las democracias, con traducción, como no podía ser de otro modo, en la política penal. La vigencia de este planteamiento, que subyace sin asomo de duda, al diseño constitucional, no queda subordinada a que el discurso objeto de consideración responda a un cierto estándar de calidad. Pues si así fuera, solo sería tolerable la palabra medida y dotada de algún rigor argumental. Por el contrario, tratándose de manifestaciones animadas de una exclusiva intencionalidad política, la Constitución abre el más amplio espacio a la discrepancia; hasta el punto de admitir exteriorizaciones de desafecto a las instituciones, si se limitan al plano verbal. Es por lo que, en tal espacio tienen cabida declaraciones como las contempladas, toda persona que ostenta un cargo o responsabilidad pública, o, como en el caso que nos ocupa, el Ejecutivo de una Comunidad Autónoma, cuando adopta decisiones y lleva a cabo iniciativas normativas en el ejercicio o desempeño de sus funciones, tiene que soportar esa clase de críticas”.*⁷⁷⁰

Para finalizar el análisis comparado de ambas resoluciones judiciales, queremos destacar que, en la primera, se le daba una importancia mayúscula al hecho de que quien realizó las manifestaciones enjuiciadas no era un representante político, ni lo hizo en sede parlamentaria, ni tampoco se conoce que interpusiese denuncia, por estos hechos. En la segunda resolución, no se hace ni tan siquiera mención a este hecho.

⁷⁶⁸ *Ibídem.*

⁷⁶⁹ *Ibídem.*

⁷⁷⁰ *Ibídem.*

Aplicando toda la teoría anterior, el segundo auto termina reconociendo que las declaraciones efectuadas (otrora abiertamente calumniosas), ahora ya no lo son, pues las mismas se enmarcan en el ámbito del discurso político. Así pues, ahora se indica que:

*“la acusación recae sobre una manifestación de naturaleza y alcance políticos (la decisión del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco de conceder ayudas a los familiares presos de ETA para sufragarles los gastos de desplazamiento hasta las distintas prisiones donde estos están cumpliendo condena privativa de libertad), y producida, además, en el contexto de una rueda de prensa, de ahí que el honor – valor personalísimo, que es el bien jurídico objeto de tutela de los delitos de injuria y calumnia- no se habría visto aquí afectado. Por ello, a juicio de esta Sala, en el tratamiento del asunto debe primar el derecho a la libertad de expresión. Dado el tenor de tales manifestaciones, es patente que en ellas no hay atribución ni imputación a ningún miembro del Gobierno Vasco, ni a dicha Institución en su conjunto, de ningún delito, entre ellos, el señalado por la parte recurrente de colaboración con banda armada. No siendo posible determinar la antijuricidad penal de tales manifestaciones (...) considerándose que en este caso el derecho a la libertad de expresión tiene carácter preponderante respecto al honor (...) Las declaraciones del Sr. Buesa, como portavoz del Foro de Ermua fueron vertidas o se realizaron en el ámbito que puede, sin dificultad considerarse como una crítica política de carácter público, no pudiendo ser consideradas las mismas como desproporcionadas desde esa perspectiva y, dentro del contexto político en el que se desarrollan, no existiendo (...) un “animus iniuriandi”, sino más bien, lo que existe es un “animus criticandi” sobre una actuación concreta del Gobierno Vasco que, considera, a su juicio, inadecuada, desacertada o incorrecta, y realizadas en un contexto de análisis político de la realidad de dicho gobierno”.*⁷⁷¹

Concluimos el análisis de este íter procesal, señalando que no criticamos el último auto de la AP, pues, en definitiva, va en la línea de lo resuelto por el TEDH, en relación a la crítica político-institucional, con independencia de la valoración personal que nos merezcan las expresiones incriminadas. Lo que nos parece una auténtica aberración jurídica es que, en tan breve espacio de tiempo, ante unos mismos hechos, el mismo órgano decisor adopte dos soluciones radicalmente contrapuestas, siendo que, en la segunda, además, omite cualquier fundamento jurídico de los que tuvo en cuenta en la primera, para así evitar entrar en un auténtico oxímoron. Lo que antes era claramente indiciario de un delito de calumnias, no puede, sin que nada haya cambiado, dejar de serlo. O bien lo era antes y ahora lo sigue siendo, o bien, si no lo era antes, ahora tampoco.

⁷⁷¹ *Ibídem.*

Terminaremos por lo que no es una Sentencia, sino un decreto de fecha 17 de febrero de 2009, del Ministerio Público, firmado por la Fiscal Superior de Cataluña, la Ilma. Sra. COMPTE MASSACHS,⁷⁷² el cual se refiere a la conocida expresión que manifestó, el diputado de Esquerra Republicana de Catalunya en el Congreso, D. JOAN TARDÀ: “¡"El TC es un órgano corrupto. Viva la Republica y muera el Borbón. Salud!"”.

Para la Fiscal, y con un gran criterio jurídico, esta expresión debe ser interpretada justo en el contexto en que se produce:

“El pasado día 6 de diciembre del 2008, las Juventudes d’ Esquerra Republicana de Cataluña (JERC) convocaron dos actos en la plaza de los Ángeles de Barcelona, frente al Museo de Arte Contemporáneo de Barcelona- MACBA-, siendo uno de ellos un concierto y el otro un acto político, a desarrollar durante la celebración del primero de ellos.

Una vez recibida la autorización correspondiente, el día 6 de diciembre, por los asistentes al acto se procedió a la celebración de ambos eventos, de manera que, además del concierto, se realizó también una performance, durante la cual, se paseó un ataúd con la palabra "Constitución" y las palabras RIP, que tras ser paseado fue depositado en el Centro de la Plaza, en donde varias personas pronunciaron varios discursos, todos ellos en la línea soberanista e independista propia de su trayectoria política.

Entre dichas personas se hallaba el Diputado por Esquerra Republicana al Congreso de los Diputados, Señor Joan....., que , también se dirigió a los allí reunidos, y, en este ambiente de calle, y de performance, y, por tanto en un contexto que no es el habitual y cuyas características peculiares lo apartan de los actos serenos y meditados, el Sr. Tardà, tras considerar que la Constitución era una infamia y que el pueblo catalán tenía derecho a la secesión, instando al TC a aceptar la legalidad de Cataluña expresada en referéndum, y refiriéndose al Sr. Bono como "barrut", es decir, caradura, finalizó el discurso con la siguiente proclama: ¡"El TC es un órgano corrupto. Viva la Republica y muera el Borbón. Salud!"”.

Como suele suceder en estos casos, y habida cuenta que nos encontramos ante un personaje de evidente trascendencia pública, los medios de comunicación dieron buena cuenta de dicha expresión. A la vista del revuelo causado, el Sr. TARDÀ remitió la siguiente nota de prensa, aclarando el sentido de sus palabras:

⁷⁷² Decreto de fecha 17 de febrero de 2009, del Ministerio Público. TOL1.439.873

“Ante las informaciones aparecidas hoy en los diferentes medios de comunicación a raíz de mi intervención efectuada en el transcurso de un acto de las JERC, quiero manifestar:

- 1.- Nunca he deseado la muerte de ninguna persona. Mi larga experiencia política, siempre en el marco de los valores democráticos y de progreso, así lo avala.*
- 2.-La expresión que ayer pronuncié, que ha estado motivo de polémica, se ha de contextualizar en la historia de Cataluña en lo que siempre ha sido un grito que conmemora la Guerra de Sucesión y los hechos de 1714. Esta expresión se refiere a una crítica a la Monarquía como institución y, en ningún caso se ha de interpretar dirigido a ninguna persona física.*
- 3.- Lamento profundamente que determinados medios de comunicación vuelvan a aprovechar la ocasión para sesgar y descontextualizar unas palabras con el único objetivo de criminalizar determinadas opciones políticas. ¡Salud y Republica!”.*

Dos días después, es decir, el 8 de diciembre del mismo año, el Sr. TARDÀ, en su Blog, manifestó los siguientes extremos:

"Atendiendo al hecho de que el Presidente del Congreso de los Diputados ha hecho público que esta mañana ha tenido una conversa conmigo a raíz de haberlo llamado, es preciso hacer las siguientes precisiones:

- 1.- La llamada la hice ayer por la mañana, pero la conversación no ha podido establecerse hasta hoy. Por educación y por respeto institucional tenía que hacerse. Y lo he hecho.*
- 2.-Le he aclarado la descontextualización que los medios de comunicación de Madrid han hecho de las palabras que pronuncié al final de la intervención, aclarando el significado histórico de las palabras "Muera el Borbón".*
- 3.- Le he hecho saber que nunca no pronuncié aquello que se me imputa, referido a él como un sinvergüenza. Le he dicho que, al cuestionar una Constitución que se pretende moderna y civilizada pero que incluye una apelación al Ejército para garantizar la unidad de España, le atribuí el adjetivo de "barrut" por haber patrocinado cuando era Ministro de Defensa la presencia de un ex-miembro de la División Azul en un desfile del Ejército español, cosa que constituía un insulto a las víctimas de la Dictadura.*
- 4.- Le he corroborado que pronuncié la palabra corrupto atribuida al TC en el sentido de que, tal como lo interpretamos desde Cataluña, se trata de un órgano absolutamente partidista y, en consecuencia, deslegitimado para tocar una sola coma de un texto estatutario plebiscitado por el pueblo de Cataluña, a la vez que le recordaba que los jueces están al servicio del pueblo y no a la revés.*
- 5.- Le he agradecido la ponderación de su reacción, no dejándose arrastrar por el aquelarre montado por la derecha nacionalista española. ¡Salud!”.*

Al manifestar el Presidente del Congreso de los Diputados, Sr. BONO, que aceptaba las aclaraciones y explicaciones ofrecidas por el Sr. TARDÀ, considerando que, en lo concerniente a su persona, el asunto estaba zanjado, todo quedó reducido a comprobar si de las palabras expresadas por el diputado nos podíamos encontrar ante la

comisión de un delito de injurias a las instituciones, en concreto, al TC, del artículo 504 CP, y al Rey, del artículo 490.

Tras hacer un repaso a la jurisprudencia del TEDH y del TC,⁷⁷³ llega a la conclusión de que, en aplicación de la misma al caso concreto, nos encontramos ante expresiones atípicas. Para llegar a esta conclusión, respecto de las injurias al TC, tiene en cuenta fundamentalmente que:

“El propio término "corrupto" admite varias acepciones, desde la de "descompuesto" y "deteriorado", hasta la de sobornado. Y en este punto, es fundamental acudir a las propias explicaciones dadas por el Sr. Joan., a los dos días del acto, al decir que es un órgano partidista, deslegitimado para tocar una sola coma del texto estatutario plebiscitado por el pueblo catalán". Bien, eliminada pues, la imputación de soborno al TC, la acepción de "corrupto", desafortunada, expresa de forma encolerizada y exaltada una opinión respecto al bloqueo del TC, y al cuestionamiento de la forma de designación de sus magistrados, y la permanente

⁷⁷³ *Ibidem*: “Y es el propio Tribunal Constitucional el que, en múltiples resoluciones, ha venido a establecer, en relación con el artículo 20 de la Constitución, que "Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (Por todas STC 174/2006 de 5 de junio). Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que es evidente que al resguardo de la libertad de expresión cabe cualquiera, incluso las que ataquen la propio sistema democrático. La Constitución- se ha dicho- protege también a quienes la niegan (STC 176/1995, de 11 de diciembre). Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte de su población". (STDH de Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997). Y en su línea de jurisprudencia en materia de derechos fundamentales continúa estableciendo el Tribunal Constitucional que, "por circunstancias históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema, a diferencia de otros, no tiene cabida un modelo de democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (...) Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información, pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas". (STC 235/2007 de 7 de noviembre). Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas sea un derecho absoluto, pues encuentra sus límites en los propios términos de la Ley. Y, en relación a la consideración del delito de injurias contra el Tribunal Constitucional es imprescindible atender al ánimo ofensivo del autor de las expresiones, es decir, debemos constatar la voluntad expresa de ofender, es necesario constatar el animus iniurandi”.

división de dicho órgano, especialmente reflejada en la votación del Estatuto de Cataluña.

Por ello, vistas además las explicaciones ofrecidas de forma inmediata por el Sr. Joan..., que contextualizan el elemento subjetivo del injusto, (...) recordando también que, en una sociedad democrática, la libertad de expresión ampara no solo las ideas bien acogidas, sino también las que chocan o inquietan, podemos concluir que no concurre el delito de injurias al TC”.

Para llegar a la misma conclusión respecto del resto de expresiones relativas al Rey, la Fiscal realiza esta necesaria reflexión:

“es obligado deducir si existió animus iniurandi, ya que de estar ausente dicho ánimo, la acción decaería amparada por el derecho a la libertad de expresión que encuentra su límite, precisamente, en la concurrencia de los elementos que configuran no solo la antijuridicidad de la conducta sino también la tipicidad del artículo 490 del Código Penal, uno de los cuales es el elemento subjetivo del injusto subyacente en el animus iniurandi”.

Deduce esa falta del elemento subjetivo del tipo, habida cuenta que “(...) dicha frase hace referencia a la crítica de la monarquía como institución, constituyendo aclamación a la abolición del régimen de monarquía parlamentaria y advenimiento de la república”.

Estamos, por tanto, ante dos ejemplos paradigmáticos de discurso duro, polémico, desabrido, pero que están totalmente amparados por la libertad de expresión, por ser manifestaciones claras de crítica político-institucional.

VII.- EL DELITO DE ULTRAJES

1.- LA REGULACIÓN LEGAL Y LA POSICIÓN DOCTRINAL

El Código Penal prevé, en el artículo 543 CP, que: *“Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses”.*

Este ha sido uno de los artículos que ha merecido una contestación más contundente por parte de la mayoría de la doctrina penalista, solicitándose expresamente

su derogación, puesto que, para empezar, como señala CARMONA SALGADO, este delito:

*“parte de la base de la inexistencia de bien jurídico alguno susceptible de ser penalmente tutelado a través de esta infracción, puesto que ni se trata del honor de las personas públicas, ni del prestigio o el buen nombre de las instituciones, ni de la moral o los sentimientos colectivos (conceptos estos últimos, por lo demás, carentes de naturaleza y entidad jurídica a efectos de esta clase de protección), como tampoco del mantenimiento de la paz social; conclusión que pone de manifiesto que su permanencia a fecha de hoy en el actual texto punitivo no es sino una reminiscencia más del denominado “Derecho penal simbólico”, entre otras tantas, de parecida índole, que todavía sigue recogiendo en su seno”.*⁷⁷⁴

Además, resulta difícilmente compatible con la libertad de expresión. Como sigue indicando esta autora:

*“el tipo penal que encierra afecta de manera injustificada a un derecho fundamental, como es esa libertad pública, ya en su versión ideológica, ya artística, ya de crítica política e institucional (...), por lo que (...) habría que declararlo inconstitucional, en tanto se está penalizando, precisamente, aquello que debe ser protegido sin ningún tipo de reservas, es decir, dicha libertad, y ello pese a que su ejercicio se plasme en comportamientos representativos tan solo de una minoría, y no de una mayoría democrática”.*⁷⁷⁵

De la misma opinión es MUÑOZ CONDE, para el cual *“su posible incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión cuestiona gravemente su mantenimiento en el actual CP”.*⁷⁷⁶

Para VIVES ANTÓN y CARBONELL MATEU, el delito de ultrajes:

*“es probablemente inconstitucional, salvo que altere realmente la seguridad del Estado. Entendemos que, de no constituir, a su vez, una apología o una provocación a los delitos de traición o del resto de las figuras contra la Constitución, debe devenir inconstitucional por atentar claramente a la libertad de expresión. En todo caso, supone una clara vulneración del principio de intervención mínima en derecho penal”.*⁷⁷⁷

⁷⁷⁴ CARMONA SALGADO, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, cit., pág. 230 y 231.

⁷⁷⁵ *Ibidem*, pág. 231.

⁷⁷⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 878.

⁷⁷⁷ VIVES ANTÓN Y CARBONELL MATEU, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit.

LLABRÉS FUSTER también se cuestiona la constitucionalidad del precepto, por su incompatibilidad con la libertad de expresión, añadiendo, además, que, en el fondo, este artículo supone una reminiscencia de la Dictadura, resultando absurdo pretender imponer el sentimiento patriótico por la vía penal. Así, literalmente indica que:

*“se trata de un precepto de dudosa constitucionalidad, por resultar difícilmente compatible con el derecho a la libertad de expresión y a la libertad ideológica. Y es que, efectivamente, las conductas que resultan por obra suya incriminadas, discurrirán, normalmente, por la senda de la legítima manifestación de opiniones políticas (...) Pretender conseguir, a golpe de sanción penal, un patriótico clima de respeto al supuesto honor de entes políticos y a los símbolos que los representan casa mal con un Estado de Derecho en el cual- es pertinente aquí recordarlo- el pluralismo político se erige en uno de los valores superiores del ordenamiento. De modo que, con razón, se ha calificado al delito de ultrajes como un anacrónico vestigio de un Derecho Penal político más propio de épocas no democráticas”.*⁷⁷⁸

Enlazando con la incompatibilidad de la permanencia de este delito, con un régimen democrático, debemos traer a colación a SANTANA VEGA, para la cual:

*“la persistencia del delito de ultrajes en el CP difumina la distinción entre el Estado democrático que proclama la CE (art. 1.1) y el Estado dictatorial que debería estar ya superado tras aquella. En efecto, en los Estados democráticos, a diferencia de los dictatoriales, la disidencia política no solo no se reprime, sino que se posibilita dentro del marco de la Constitución”.*⁷⁷⁹

Con este delito:

*“se penaliza lo que debería estar protegido, por más que contradiga a la concepción de la mayoría democrática, pues, paradójicamente, la protección de la libertad de expresión de las minorías, es una consecuencia del sistema democrático mismo. En modo alguno, la protección de símbolos puede anteponerse a la protección de derechos fundamentales”.*⁷⁸⁰

SANTANA VEGA comparte que se debería derogar el artículo 543 CP o, al menos instar su inconstitucionalidad, por dos motivos fundamentalmente: el primero, porque contraviene un derecho fundamental, cual es la libertad de expresión, sin encontrarse el tipo entre los límites que se prevén en el artículo 20.4 CE; y el segundo,

⁷⁷⁸ LLABRÉS FUSTER, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 1857.

⁷⁷⁹ SANTANA VEGA, “El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas: ¿protege algún bien jurídico penal?”, cit., pág. 53.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, pág. 52 y 53.

porque este delito no protege bien jurídico alguno.⁷⁸¹ Aquellos que apoyan la permanencia de este delito se ven obligados a acudir a auténticos artificios, como bienes jurídicos, difícilmente justificables en una democracia occidental. Así pues, esta autora, de un modo magistral, desarticula cada uno de los argumentos en favor de esos bienes jurídicos:

El honor de las personas jurídico públicas:

“Los autores que sostiene esta teoría parten de una apriorística aceptación consistente en que el reconocimiento de que las personas jurídico-públicas (el Estado, las Comunidades Autónomas, los Municipios, la Provincia, etc.) tienen honor (...)

La concepción personalista del bien jurídico-penal honor, derivada del artículo 10.1 de la Constitución Española y de su consideración como derecho fundamental, el cual solo puede tener como titular al ser humano, hace muy difícil sostener la titularidad del honor del Estado, la nación española o de una comunidad autónoma (...)

La extensión de la protección del honor más allá de la persona física conlleva el peligro de restringir la libertad de expresión en general y la crítica política en particular. De ahí que el interés general en potenciar el debate abierto sobre temas de interés social aconseje propugnar la destipificación de las críticas, por muy duras y minoritarias que sean, a los entes públicos y al poder político.

*En un Estado social y democrático de Derecho, la difusión o expresión de ideas, doctrinas, elogios o críticas hacia las posiciones políticas, incluyendo la forma de gobierno o de Estado, han de quedar fuera del marco penal, por muy heterodoxos, duros o incisivos que puedan ser sus contenidos. La proclamación del pluralismo político, como valor superior del ordenamiento jurídico, supone tanto como declarar que la discrepancia, incluso la más radical, siempre que no entrañe violencia, no es algo a perseguir, sino un valor a proteger”.*⁷⁸²

El prestigio de las instituciones:

“El prestigio, además de ser una circunvalación hacia el bien jurídico-penal honor, introduce unos mayores niveles de indeterminación y mayores necesidades de valoración, lo que es aún menos deseable, sino se quiere menoscabar las libertades ideológica y de expresión (...)

En los Estados sociales y democráticos de Derecho, el prestigio de las instituciones no puede ser un objetivo en sí mismo, sino que es una consecuencia automática del correcto funcionamiento de aquellas, lo que ya se protege por otros delitos del Código penal. Para conseguir que las instituciones tengan prestigio no hay que salvaguardar un hipotético y apriorístico honor de aquellas, ya que tal forma de proceder conduciría a una protección incondicional de las instituciones, lo cual es contrario al funcionamiento del Estado democrático. Esto es así, porque la

⁷⁸¹ *Ibíd.*, pág. 53 y 54.

⁷⁸² *Ibíd.*, 41 y 42.

protección de aquel honor o prestigio de las instituciones reduce o elimina las citadas condiciones de participación de los ciudadanos, ya que limita la expresión pública de sus ideas y, por tanto, la crítica necesaria para enmendar o mantener aquel correcto funcionamiento.

Además, para que estuviera legitimada la protección jurídico-penal del prestigio de las instituciones públicas, debería estar constitucionalmente prevista la posibilidad de limitar las libertades de expresión e ideológica por aquella, lo que no sucede (...)

No se encuentran entre los límites del artículo 20 el honor, los sentimientos colectivos hacia los símbolos o el honor o prestigio de las instituciones, por lo que su castigo penal, más bien habría de ser considerado como una especie de “censura previa”. Por lo tanto, mantener la vigencia de este precepto incriminatorio, de la libertad de expresión supondría tanto como sostener que, por encima de esta y del pluralismo político, se encuentra una concepción abstracta del honor de las instituciones.

Y si esto es así, cómo se puede tolerar que sigan castigándose penalmente el ejercicio de la libertad de expresión plasmada en manifestaciones contrarias a los símbolos y sentimientos nacionales o nacionalistas. La existencia de una respuesta penal en estos casos resulta desproporcionada y es un síntoma de debilidad democrática, y del desconocimiento de que la crítica, incluso la más extrema, solo puede causar el reforzamiento del sistema democrático.

*La libertad de expresión no puede quedar reducida a la libertad de expresión de opiniones “favorables” al orden preestablecido. La democracia supone un constante ejercicio de convivencia en la discrepancia no violenta que delitos, como ultrajes, dificulta seriamente, impidiendo la consolidación de aquella”.*⁷⁸³

El orden público y/o la paz social:

“Se parte de la consideración de que los ultrajes son un atentado a la convivencia en los que se lesiona el orden pública o la paz social (...)

*Sin embargo, estas concepciones son criticables porque añaden elementos no presentes en la configuración típica. De hecho, numerosos casos enjuiciados por ultraje no conllevan peligro alguno para el orden político o la paz social. Pero es que, además, en aquellos casos en que así fuera, la existencia de delitos contra el orden público ya captarían este tanto de antijuridicidad”.*⁷⁸⁴

Los sentimientos colectivos:

“Otros autores consideran que lo que se protege en el delito de ultrajes del artículo 543 es la sacralidad, indemnidad o intangibilidad de determinados sentimientos hacia valores colectivos, extensibles a los símbolos que representan. Incluso no faltan quienes encuentran un fundamento constitucional en la necesidad de proteger el sentimiento de pertenencia nacional y autonómica.

El delito de ultrajes protegería el derecho de los ciudadanos a no ser atacados o menospreciados en los sentimientos que les inspiran ciertos símbolos oficiales del Estado o de las Comunidades Autónomas, de tal manera que las ofensas a estos redundan en una ofensa a todos los que se identifican como miembros de una comunidad histórica nacional o territorial, configurándolo como un bien jurídico

⁷⁸³ *Ibídem*, pág. 42-45.

⁷⁸⁴ *Ibídem*, pág. 45 y 56.

mediato o por representación. Para esta construcción, el sujeto pasivo de este delito es la colectividad, aunque no por ello se deja de afectar a las personas individuales, y a su dignidad, como miembros de aquellos colectivos. Dentro de esta línea, no han faltado autores que se refieren al sentimiento patriótico de los ciudadanos.

Esta concepción es también sumamente criticable. En primer lugar, porque introduce unos niveles de vaguedad o indeterminación en el precepto solamente comparables con los propios términos que se utilizan para describir la conducta, impidiendo que el tipo penal cumpla su función garantista, en cuanto proyección del principio de legalidad.

En segundo lugar, este planteamiento sobre el bien jurídico entronca con los orígenes autoritarios y antidemocráticos que vieron nacer a los precedentes de este delito⁷⁸⁵ y que continúan presentes en la redacción vigente (...)

Se olvida, además, que los sentimientos patrióticos, ya lo sean con relación al Estado o a alguna de sus Comunidades Autónomas, no pueden afectar al superior principio del pluralismo político y al de no discriminación de las minorías disidentes de uno u otro signo político y a las libertades ideológicas y de expresión de cada ciudadano. El patriotismo, como cualquier otro sentimiento, es algo que cada uno interioriza de manera concreta y expresa de manera diferente, por lo que resulta absurdo oficializar y proteger una concreta manifestación de aquel sentimiento, sobre todo, si esta oficialización atenta contra el pluralismo político”.⁷⁸⁶

Sin pretensión de analizar de manera exhaustiva el delito, sí que queremos mencionar tres cuestiones elementales, en la configuración del tipo.

⁷⁸⁵ Ibidem, pág. 36 a 37. La autora hace un repaso de la evolución histórica de la punición de los ultrajes. Así pues, indica que: “El origen de este precepto se remonta a los inicios del siglo pasado y, más concretamente, a la Ley de 23 de marzo de 1906 “sobre represión de los delitos contra la Patria y el Estado” (...) Esta ley fue promulgada en el contexto de la crisis del “sentimiento nacional español” y bajo la presión del Ejército, el cual veía con recelo y hostilidad el desarrollo de los nacionalismos catalán y vasco.

Con posterioridad, este delito se incorpora al Código penal de 1928 (art. 231), desapareciendo en el Código Penal republicano de 1932 y volviendo a resurgir más adelante en la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941. De aquí pasa al Código Penal de la posguerra civil de 1944 (...) En 1967 se incluye, además, la referencia a la forma política, como un mecanismo más de protección del régimen franquista ante cualquier forma de disidencia”.

Así pues, el artículo 123 CP (tras la reforma de 1967) quedaría como sigue “Los ultrajes a la Nación Española o al sentimiento de su unidad, al Estado o a su forma política, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor; y, si tuvieran lugar con publicidad, con la de prisión mayor”.

Sigue indicando la autora citada que “El Código Penal de 1973 mantuvo esta regulación, la cual siguió vigente, incluso, tras la aprobación de la Constitución de 1978 (...) El Código Penal de 1995 mantiene el delito de ultrajes, pero sometiéndolo a un sustancial recorte punitivo y depurando la redacción anterior: En este sentido: (a) deja de considerarse como un delito de traición, aunque para ello, haya tenido que crearse un capítulo especial –el VI- al final del Título XXI, relativo a los delitos contra la Constitución; (b) se suprime la referencia a la forma política y al sentimiento de unidad y se sustituyen los términos Nación Española por España; (c) se protege en condiciones de igualdad al Estado y a las Comunidades Autónomas; (d) se exige, en todo caso, que los ultrajes se realicen con publicidad; (e) se sustituye la pena de prisión por multa”.

⁷⁸⁶ Ibidem, pág. 46 a 48.

En primer lugar, el elemento objetivo, que consiste en la acción de ofender o ultrajar de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, mediando publicidad. Ello conlleva que tres son las formas de cometer el delito: de palabra, por escrito o de hecho. En este epígrafe, nos vamos a centrar exclusivamente en las dos primeras, habida cuenta que la última la incluiremos, como ya hemos indicado previamente, en el llamado lenguaje simbólico.

En segundo lugar, el objeto material⁷⁸⁷ de las ofensas o de los ultrajes, que ha de ser: España como la institución u organización soberana de la comunidad nacional o Estado español; las Comunidades Autónomas, también como personas jurídico-institucionales; los símbolos del Estado y de las Comunidades Autónomas; y los emblemas de aquel y estas.

Finalmente, en tercer lugar, el elemento subjetivo, el “*animus iniuriandi*”, el cual creemos que también debe ser requerido. En caso de inexistencia del mismo (tal como hemos manifestado a lo largo de estas páginas), la conducta debería ser considerada, automáticamente, atípica. Además, no podemos obviar que el derecho a la crítica político-institucional está amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión del art. 20 CE, esto es, que aun cuando la conducta se considerase típica, no sería antijurídica. Como acertadamente dice SANTANA VEGA:

*“el citado tipo, además de ser en muchos supuestos inaplicable, puede llevar al ámbito judicial la contienda política, criminalizando manifestaciones (...) que pudieran considerarse de mal gusto, como pudieran ser las que se derivan de la expresión política o artística más radical, pero no violentas”.*⁷⁸⁸

2.- EL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA RELATIVA AL DELITO DE ULTRAJES, COMETIDO DE PALABRA O POR ESCRITO

Como antes indicábamos, el delito de ultrajes puede cometerse de palabra, por escrito o de hecho. En este apartado nos vamos a limitar a analizar la jurisprudencia

⁷⁸⁷ *Ibidem*, pág. 58.

⁷⁸⁸ *Ibidem*, pág. 65.

habida en relación a este delito, cuando se comete de forma verbal o escrita, dejando el tercer modo, el de hecho, para el epígrafe siguiente, en el que analizaremos el discurso simbólico. Debemos destacar que no hay mucha jurisprudencia, relativa a las formas verbal o escrita, sí de hecho.

La Sala de lo Penal del TS, en fecha 22 de marzo de 1982,⁷⁸⁹ decidió mantener la condena por este delito a un cantante que, en una fiesta popular, con ocasión de la jornada contra la energía nuclear, empezó a entonar una canción, en gallego, que contenía la siguiente expresión: «*Cando me falan de España sempre teño unha disputa, si e que España a miña nai eu son filio de puta*», («cuando me hablan de España siempre tengo una disputa, si es que España es mi madre yo soy un hijo de Puta»).

El TS aprecia el “animus inriuriandi” de la propia expresión utilizada, siendo, además, que compara a la Nación, con la propia madre, la madre común de todos los españoles, a la que todos le debemos respeto reverencial, siendo que le reconoce la cualidad humana de la dignidad. Así señala que:

*“con la más torpe y soez y denigrante de las frases que pueden pronunciarse en nuestro ámbito cultural contra una mujer, extendida simbólicamente a la Nación, quebrantando el respeto reverencial que se debe a esta como madre común de todos los españoles y atacando su dignidad; sin que por ello sea necesaria una mayor indagación sobre la intención injuriosa con que fue efectuada la referida ofensa, que se deduce de la significación semántica o gramatical de la palabra empleada.”*⁷⁹⁰

No se hace mención alguna al conflicto con la libertad de expresión, si bien es cierto que, de la lectura de la Sentencia, se deduce que la línea de defensa del cantante pasaba por negar los hechos, tal cual estaban probados.

La Sala de lo Penal, del TS, en su Sentencia de 14 de marzo de 1983,⁷⁹¹ confirma la condena por ultrajes, a un boxeador canario que, en una velada de boxeo:

⁷⁸⁹ STS (Sala de lo Penal) de 22 de marzo de 1982. CENDOJ, ECLI:ES:TS:1982:264

⁷⁹⁰ *Ibidem*, Considerando 2º.

⁷⁹¹ STS (Sala de lo Penal), de fecha 14 de marzo de 1.983, CENDOJ, ECLI:ES:TS:1983:1114

“en el momento que se subían al ringo las banderas canaria y nacional a grandes voces, con el ánimo de menospreciar la enseña nacional, gritó: Límpiense el culo con esa bandera y dejen solo la de Canarias”; y al sonar el himno nacional se quedó sentado riendo estrepitosamente y tocándose ostensiblemente sus órganos genitales”.

Con independencia del juicio moral que nos merezca la actuación del condenado, y de su acto evidentemente grosero, creemos que la Sentencia parte del error que indicábamos a lo largo de este capítulo, y es que el Derecho Penal no viene concebido para llevar a cabo juicios morales, ni estéticos, ni para imponer sentimientos no deseados.

El Auto de 9 febrero de 2006, de la AP de Guipúzcoa (Sección 2ª),⁷⁹² merece traerse a colación porque lleva a cabo una interpretación extraña del requisito de la publicidad del acto ultrajante o despreciativo, reconociéndolo como un elemento que acreditaría la existencia del *“animus iniuriandi”*.

Así pues, respecto de los hechos sobre los que resuelve el recurso, tenemos que señalar que:

*“La denuncia origen de las actuaciones se interpone el día 12 de Agosto de 2003, cuando los recurrentes tienen conocimiento de que en el periódico el Correo, se publicaba la noticia referente a la celebración en Donostia el día 10 de Agosto, de una manifestación en favor del derecho de autodeterminación, en cuyo transcurso el Sr. Marcelino habría incurrido en un delito de ultraje a la bandera española al proferir la frase “que mal huele la bandera española”, cuando dicho símbolo fue quemado por una de las personas encapuchadas que irrumpieron en el acto que se estaba llevando a cabo en el estadio de Anoeta”.*⁷⁹³

Respecto al *“animus iniuriandi”*, señala el Auto que la misma no existe, al no quedar acreditado que el acusado quisiese que la frase incriminatoria fuese oída por todos los asistentes:

“El art. 543 del C. Penal exige la publicidad como elemento determinante de la infracción. Exigencia que implica la necesidad de que el ultraje se haya realizado conscientemente de manera tal que pueda ser escuchado en un lugar público y en un

⁷⁹² Auto de la AP de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 9 febrero 2006. JUR 2006\168554.

⁷⁹³ *Ibidem*, F. Dº. 1º.

ámbito ajeno al privado o particular de quien profiere la supuesta ofensa de palabra.

En el presente caso la noticia se publica en medios de comunicación, a raíz de lo que escuchan el Sr. Luis Miguel, periodista de la agencia EFE, y el Sr. Rosendo del periódico El Mundo. Estos profesionales oyen decir al Sr. Marcelino la mencionada frase "que mal huele la bandera española", pero de sus manifestaciones no puede extraerse la conclusión de que el denunciado profirió dicha frase con la intención de que fuera escuchada por el público asistente o al menos por el número de personas suficiente para ser conocida por una generalidad. Y la falta de intención de que la frase se escuchara por todos, se infiere del no uso por parte del denunciado de los elementos de megafonía que tenía a su disposición, puesto que ninguno de los periodistas presentes ha podido declarar que la frase fuera escuchada por megafonía puesto que no se observó ninguna reacción del público cuando el Sr. Marcelino la pronunció.

Y por otra parte, una frase pronunciada en un tono distinto al empleado a lo largo de la intervención del Sr. Marcelino dirigida al público asistente, no resulta compatible con la pretendida intención de que la frase se oyera públicamente, sostenida por los denunciados como fundamento de la infracción.

Y tampoco el hecho de que la expresión fuera publicada al ser oída por dos periodistas presentes, permite concluir de que esa era la intención del Sr. Marcelino cuando la pronunció. Puesto que si realmente hubiera deseado que la frase trascendiera a la opinión pública, disponía en ese momento de los elementos necesarios para conseguirlo, al contar con medios de megafonía y con un público dispuesto a escuchar y reaccionar ante cualquier manifestación".⁷⁹⁴

Con independencia de que nos parezca, como de hecho, nos parece, criticable, la existencia de este delito, lo bien cierto es que no compartimos la argumentación efectuada por la AP, puesto que no se puede deducir la carencia de "*animus iniuriandi*" de la falta de publicidad de la frase. Sí que entendemos que, como se indica en el auto, el distinto tono utilizado (y ello entra en la libre valoración de la prueba del juzgador) pueda ser entendido como un elemento a tener en cuenta en la apreciación de la falta de ese propósito despectivo. En cualquier caso, la inexistencia de la publicidad determinaría la atipicidad (porque es un elemento necesario del delito), pero no conllevaría la falta de "*animus iniuriandi*".

VIII.- EL LENGUAJE (O DISCURSO) SIMBÓLICO

El lenguaje simbólico es un término que tiene su origen en EEUU, y que se refiere, fundamentalmente, a aquel tipo de actos de comunicación que utiliza canales comunicativos, ni verbales ni escritos, a través de los cuales estamos manifestando una

⁷⁹⁴ *Ibíd.*, F. Dº. 2º.

idea u opinión, fundamentalmente política. Este tipo de lenguaje goza de amparo bajo la Primera Enmienda Norteamericana. La expresión de un mensaje político que ha tenido una mayor repercusión, considerada como lenguaje o discurso simbólico (“*symbolic speech*”), se refiere a la quema de banderas.

1.- LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE

Creemos que resulta muy oportuno traer a colación la jurisprudencia estadounidense, sobre esta cuestión, pues es la primera que empezó a tratar esta cuestión,⁷⁹⁵ siendo que el TEDH se limitó, una vez más, a acoger las tesis expuestas por la Corte Suprema de EEUU. Así mismo, resulta interesante, porque podremos comprobar cuan diferente respuesta se da por un país, cuya simiente se encuentra en una revolución liberal, como es EEUU, de España, cuyo régimen democrático emana de una dictadura.

Son varios los gestos o las acciones que podrían conformar el lenguaje simbólico, pero aquí nos vamos a limitar a traer a colación la más polémica, y la que constituye, además, una forma de delito de ultrajes, cual es la quema de la bandera.⁷⁹⁶

El Tribunal Supremo Estadounidense se ha tenido que enfrentar, en diversas ocasiones a esta cuestión, siendo que, en todas ellas ha resuelto a favor de entender que la quema de banderas está amparada por la Primera Enmienda.⁷⁹⁷

⁷⁹⁵ SALVADOR CODERCH, PABLO, “Introducción: Difamación y libertad de expresión”, cit., pág. 37 “Desde los inicios de los años 30, la Supreme Court ha venido amparando determinados comportamientos expresivos relacionados, en la mayor parte de los casos, con usos y abusos de símbolos, paradigmáticamente, banderas”.

⁷⁹⁶ *Ibidem*, pág. 38: “La doctrina de la *symbolic speech* ha sido desarrollada en una serie de casos de homogeneidad difícil, pero que incluían un subgrupo de supuestos, los relacionados con ultrajes a la bandera, más fáciles de caracterizar”.

⁷⁹⁷ Primera Enmienda, disponible en: <http://www.archives.gov/>

“El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”.

Así pues, tres son los casos en los que la Corte Suprema se pronunciará al respecto: *Street v. New York*,⁷⁹⁸ *Texas v. Johnson*,⁷⁹⁹ y *U.S. v. Eichman*.⁸⁰⁰ Ya adelantamos que, en todo caso, tampoco fueron Sentencias pacíficas, pues en las tres hubo votos disidentes.

En el primero, *Street v. New York*, la Corte Suprema se enfrenta a un supuesto en el que un hombre de color fue condenado por quemar en la calle una bandera norteamericana, gritando “No necesitamos ninguna condenada bandera”. Para juzgar el caso, el juez ponente, Mr. HARLAN, tiene en cuenta el contexto en que se producen los hechos, para entender cuáles son los motivos que han podido llevar a esta persona a hacer esto. Así pues, de la lectura de los hechos probados, se deduce que el recurrente estaba en su apartamento de Brooklyn, escuchando la radio, cuando dieron la noticia de que JAMES MEREDITH, un líder activista pro derechos civiles de color, había sido asesinado por un francotirador en el Estado sureño de Mississippi. Totalmente alterado por la noticia, se dijo asimismo que “*No le han protegido*” (refiriéndose a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), y cogiendo una bandera del país, que tenía guardada y que lucía en los días de fiesta, salió a la calle, la desplegó y le pegó fuego. Un grupo de gente se acercó, mientras él gritaba, “*No necesitamos ninguna condenada bandera*”. Cuando se acercó un oficial de policía y le preguntó si la bandera era suya, él le respondió: “*Sí, es mi bandera; yo le prendí fuego. Si dejaron que le pasase a Meredith lo que le pasó, nosotros no necesitamos ninguna condenada bandera americana*”.

El Tribunal Supremo de los EEUU, al margen de otras consideraciones, entendió que la actuación del recurrente estaba amparada en la Primera Enmienda, habida cuenta que no se puede condenar a nadie simplemente por no respetar ciertos símbolos. Así

⁷⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense, por la que se resuelve el caso STREET v. NEW YORK, 394 U.S. 576 (1969), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=394&page=576>

⁷⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense, por la que se resuelve el caso TEXAS v. JOHNSON, 491 U.S. 397 (1989), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=491&invol=397>

⁸⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense, por la que se resuelve el caso UNITED STATES v. EICHMAN, 496 U.S. 310 (1990), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=496&page=310>

pues, se apoyan en el anterior caso *Board of Education v. Barnette*,⁸⁰¹ en el cual, se reconoce que el derecho a la libertad ideológica conlleva el derecho a disentir de aquello que afecta, incluso, al corazón mismo del orden existente, lo cual incluye poder expresar las opiniones que cada cual tenga sobre la bandera nacional, por desafiantes o despectivas que las mismas sean. De lo contrario, no nos encontraríamos ante una verdadera libertad, sino ante una mera sombra (apariencia) de libertad.

En el segundo caso, *Texas v. Johnson*, el Tribunal Supremo vuelve a fallar en favor de entender que la quema de la bandera nacional se encontraba amparada por la Primera Enmienda, al ser un evidente acto de expresión política. Esta Sentencia es muy importante, puesto que afronta de modo directo la cuestión del lenguaje simbólico, indicando qué elementos son los que lo caracterizan para que pueda ser amparado bajo la Primera enmienda.

Los hechos sobre los que se pronuncia el Tribunal Supremo estadounidense son los siguientes: En 1984, durante la Convención del Partido Republicano, en Dallas (Texas), el Sr. JOHNSON participó en una manifestación política, en protesta contra la Administración REAGAN y algunas grandes corporaciones. La manifestación concluyó frente al Ayuntamiento de Dallas, donde el Sr. JOHNSON desplegó la bandera americana, la roció con queroseno y le prendió fuego. Mientras la bandera se estaba quemando, los manifestantes coreaban: “*América, la roja, blanca y azul, escupimos sobre ti*”. Después de que los manifestantes se dispersaron, un testigo de los hechos recogió los restos de la bandera y los enterró en su patio trasero. Nadie resultó físicamente lesionado o amenazado de lesión, aunque varios testigos declararon que habían sido gravemente ofendidos por la quema de la bandera.

⁸⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense, por la que se resuelve el caso WEST VIRGINIA STATE BOARD OF EDUC. V. BARNETTE, 319 U.S. 624 (1943), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=319&page=624>
En esta Sentencia, el Tribunal Supremo de EEUU entiende que obligar a los niños a saludar a la bandera en clase supone una violación de su derecho a la libertad ideológica.

A pesar de que el Sr. JOHNSON fue inicialmente condenado por estos hechos, la Corte de Apelaciones Penales de Texas revocó dicha condena, pues la actuación del Sr. Johnson se enmarcaba en lo que se conoce como lenguaje simbólico, amparado por la Primera Enmienda.

El Estado de Texas recurrió al Tribunal Supremo, el cual desestimó dicha alzada, confirmando lo reconocido por la Corte de Apelaciones.

El Magistrado Sr. BRENNAN, ponente de la Sentencia, realiza un interesante análisis del lenguaje simbólico, y de porqué y cuándo el mismo se debe considerar amparado por la Primera Enmienda. Así pues, entiende que las formas de expresión no se limitan a las escritas u orales. También las conductas pueden ser formas de expresión. Para que ello se dé, la conducta debe estar imbuida de elementos de comunicación, cuales son la intención de transmitir un mensaje individualizado y la probabilidad máxima (cuasi-certeza) de que sea entendido por los receptores del mismo. Así pues, cuando nos encontremos con estos requisitos, podremos afirmar que nos encontramos ante una “conducta expresiva”.

Para comprobar si la “conducta expresiva” se encuentra amparada por la Primera Enmienda, habrá que comprobar el contexto en que se produce la misma. Así, en el caso concreto al que se enfrenta la Corte, es evidente que la quema de la bandera no se puede analizar de manera aislada, sino como culmen de una manifestación pacífica, que había recorrido las calles de Dallas (donde se celebraba la Convención del Partido Republicano), en protesta contra la Administración Reagan y las grandes corporaciones. La naturaleza expresiva, abiertamente política, de la quema de la bandera es, para la Corte, indudable. En el juicio, el Sr. Johnson explicó las razones que le llevaron a quemar la bandera, indicando que dicha acción se materializó mientras RONALD REAGAN era postulado, de nuevo, como candidato a la reelección como Presidente de EEUU. En dicho momento, por tanto, no pudo haber una declaración más poderosa, en lenguaje simbólico, que la propia quema de la bandera. Todo ello sirve de base para que la Corte afirme que la conducta del Sr. JOHNSON estaba suficientemente

imbuida de elementos comunicativos como para hacerla merecedora del amparo de la Primera Enmienda.

Los dos alegatos en que se fundamentaba el recurso, la amenaza para la paz y el interés del Estado en preservar la bandera como símbolo de independencia y unidad nacional no fueron acogidos por el Tribunal Supremo. El primero, porque entiende que directamente no se dio. Respecto del segundo, sí que merece un análisis más particular, pues ello tiene que ver directamente con el modo en que se resuelve por nuestros tribunales internos el delito de ultrajes. Así pues, la Corte parte de una evidencia, y es que al Sr. Johnson no se le condena por quemar una bandera, sino porque a través de este gesto estaba expresando su insatisfacción con las políticas que se estaban llevando a cabo por quienes estaban al frente del país.

Es aquí donde se encuentra la diferencia fundamental entre la jurisprudencia española y la estadounidense. Para la Corte Suprema de EEUU:

“Si existe un principio fundamental que subyace en la Primera Enmienda, es precisamente que el Gobierno no puede prohibir la expresión de una idea de por sí ofensiva o desagradable (...) No hemos reconocido una excepción a este principio, aun cuando esté en juego nuestra bandera (...) Hemos sostenido que no se puede penar por pronunciar palabras críticas a la bandera (...) Hemos extraído como conclusión que la libertad garantizada por la Constitución de ser intelectualmente distintos o aún contrarios, y el derecho a diferir en cuanto a las cosas que llegan al corazón del orden existente, abarcan la libertad de expresar públicamente las opiniones propias acerca de nuestra bandera, incluyendo las opiniones que sean insolentes o despectivas (...) Hemos sostenido que tampoco puede el Gobierno imponer una conducta que demuestre respeto a la bandera”.

Citando al juez JACKSON (ponente del caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*), se afirma que:

“Si existe una estrella fija en nuestra constelación constitucional, es precisamente que ningún funcionario de cualquier jerarquía puede prescribir lo que será ortodoxo en política, nacionalismo, religión, o cualquier otra materia opinable u obligar a los ciudadanos a confesar, mediante la palabra o la acción, su fe en aquellos”.

Basándose en lo anterior, para la Corte queda claro que ningún Estado puede fomentar su propia opinión de la bandera prohibiendo la conducta expresiva que no

coincida con la misma. La idea que subyace bajo este axioma es la del propio sistema liberal, en relación a la libertad de expresión: el libre mercado de las ideas. Esta premisa supone que ningún Gobierno puede prohibir la expresión de un mensaje, simplemente porque no esté de acuerdo con su mensaje. Como literalmente indica el Magistrado BRENNAN:

“Si sostuviésemos que un Estado puede prohibir la quema de la bandera cuando existe la posibilidad de que tal hecho ponga en peligro la función simbólica de la bandera, pero que pueda permitirla cuando tal hecho promueva dicha función (...) estaríamos diciendo que (...) la propia bandera puede ser usada como símbolo – reemplazando la palabra escrita, como atajo que va de mente a mente- solo en una dirección. Estaríamos permitiéndole al Estado “prescribir lo que es ortodoxo” (...) Nunca antes hemos sostenido que el Gobierno puede asegurar el uso de un símbolo para expresar solo una opinión de dicho símbolo o de sus referentes (...) Extraer como conclusión que el gobierno puede permitir que los símbolos designados se utilicen para designar solo un conjunto limitado de mensajes sería ingresar en un territorio que no posee límites discernibles o defendibles (...) Para hacerlo nos veríamos obligados a consultar nuestras preferencias políticas e imponerlas a la ciudadanía, justamente lo que la Primera Enmienda prohíbe”.

Termina el juez BRENNAN haciendo un alegato, que, como toda la Sentencia, compartimos plenamente, pues supone el comprender verdaderamente lo que supone vivir en un país regido por un sistema democrático, que se asienta sobre la base del respeto a las libertades:

“Nuestro fallo es una reafirmación de los principios de libertad e inclusividad que mejor refleja la bandera, y de la convicción de que nuestra tolerancia de una crítica como la de Johnson es signo y fuente de nuestra fortaleza (...) No consagramos la bandera castigando a los que la profanan, ya que, al hacerlo diluimos la libertad que su estimado emblema representa”.

Esta Sentencia provocó un gran revuelo en todo el Partido Republicano y en parte de la sociedad americana. Tal es así, que bajo el mandato del Presidente BUSH, se aprobó la llamada Ley de Protección de la Bandera,⁸⁰² precisamente para protegerla frente a acciones como las que había llevado a cabo el Sr. JOHNSON.

⁸⁰² Ley de protección de la bandera, de 1989, 103 Stat. 777, 18 U.S.C. 700, disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/700>

Pues bien, poco después de su aprobación, esta ley fue declarada contraria a la Primera Enmienda, por el Tribunal Supremo norteamericano, en la Sentencia que resuelve el caso *United States v. Eichman* y otros,⁸⁰³ cuyo ponente volvió a ser el juez BRENNAN, fundamentándose básicamente en la Sentencia que había resuelto, poco tiempo antes, el caso *Texas v. Johnson*, argumentos que, como ya hemos expuesto, no reiteraremos de nuevo.

Lo expuesto en este epígrafe, relativo exclusivamente a la jurisprudencia norteamericana es fundamental para comprender el sentido de esta tesis, pues, la misma no hace más que apoyarse en ese libre mercado de las ideas, para defender la importancia mayúscula que tiene, en toda sociedad que se precie de ser realmente democrática, la libertad de expresión, sobre todo, cuando del discurso político se trata. No obstante, veremos que este no es el sentir ni del legislador español, que permite que sigan perviviendo delitos de injurias y calumnias contra las instituciones y el delito de ultrajes. Tampoco Magistrados como el Juez BRENNAN abundan entre nuestra judicatura, los cuales son más proclives a reprimir la libre expresión de las ideas, cuando de la crítica político-institucional se trata, ejercida a través del lenguaje simbólico.

2.- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Recordemos que el TEDH ya se ha manifestado al respecto y, acogiendo la tesis estadounidense, sí que ha incluido, entre otras, la quema de banderas y de fotos de representantes políticos, como formas de expresión, amparadas bajo el art. 10 CEDH.⁸⁰⁴

3.- LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

⁸⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano, por la que se resuelve el caso UNITED STATES V. EICHMAN, 496 U.S. 310 (1990), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=496&page=310>

⁸⁰⁴ Nos remitimos al epígrafe titulado “Lenguaje simbólico”, dentro del capítulo de “LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS”.

En este epígrafe vamos a analizar los diferentes tipos penales que, bajo nuestro punto de vista, pueden entrar en conflicto directo con el ejercicio de la libertad de expresión que ampararía este lenguaje simbólico, haciendo una especial mención al delito de ultrajes.

A) Los ultrajes

Empezaremos analizando el caso más típico, y que ha dado lugar a un mayor número de Sentencias, cual es el de la quema de las banderas. La misma, en abstracto, sería considerada como un delito de ultrajes del artículo 543 CP. No obstante, quedaría amparada siempre y cuando el ánimo del autor no sea ultrajar u ofender, sino manifestar su disidencia política, como manifestación externa de su libertad ideológica, cual es la libertad de expresión, fundamento del pluralismo político, principio indisoluble a cualquier régimen democrático, y también, del español. El art. 1.1 CE no deja lugar a dudas al respecto, cuando indica que *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*. No obstante, veremos que la jurisprudencia, en general, suele obviar la intencionalidad de crítica político-institucional como elemento que conlleva la atipicidad o la falta de antijuricidad de la conducta, por ejercicio de un derecho fundamental. No obstante, también cabe destacar que hay algunas Sentencias en las que no alcanzamos a apreciar ninguna crítica política, sino más bien actos de puro gamberrismo y provocación.⁸⁰⁵ El

⁸⁰⁵ Citamos a continuación, algunas de estas Sentencias, las cuales no entendemos que puedan estar amparadas bajo la libertad de expresión (como exteriorización de la libertad ideológica). STS (Sala de lo Criminal) de 7 febrero de 1981. RJ 1981\500: *“El recurrente, el 9 julio 1978, en la localidad de P. A, con motivo de las Fiestas Patronales en la Plaza principal y ante la mayoría de los vecinos, «con la llama que producida con los cohetes que sucesivamente encendía ... prendió fuego y quedaron destruidas al arder, hasta 14 banderas españolas, que intercaladas con otras de la región valenciana, estaban colocadas en los palcos y balcones», acción recriminada por el numeroso público que lo presenció, aparece inequívocamente reflejando el ultraje inferido a la insignia nacional por antonomasia (...)*

Tal acción de prender fuego y destruir por ignición dicho símbolo, implicaba un móvil perverso de injuriar abiertamente los sentimientos del conjunto de personas, que como las que estaban presentes, integraban por historia, lenguaje, tradición y territorio común, una síntesis colectiva de súbditos componentes del pueblo español”.

STS (Sala de lo Penal) de 6 diciembre de 1985. RJ 1985\5999. En la misma no nos consta ninguna intencionalidad de crítica política. F. Dº. 3º: *“Al constituir, a la postre, este delito de ultrajes a la bandera una modalidad agravatoria del tipo genérico de la injuria -Sentencias de 13 de Julio de 1956 y 16 de Febrero de 1957-, es preciso que la expresión proferida de palabra o por escrito o acción ejecutada, lo sean con el móvil criminal o perverso de bajar o injuriar abiertamente a cualquiera de los elementos protegidos por la norma penal -auto de 15 de Octubre de 1947-; exigiéndose, pues, como elemento subjetivo del injusto, comúnmente denominado dolo específico, un verdadero animus injuriandi, básico sustentáculo antijurídico del tipo, ánimo de deshonar, ofender, vituperar, vilipendiar, lo que, naturalmente, por subyacer tal designio en los arcanos del pensamiento y voluntad del individuo, ha de deducirse de una serie de factores ontológicos y circunstanciales a través de los cuales se trasluce y exterioriza el auténtico propósito impulsor de la dinámica actuacional. Animus injuriante presente de modo manifiesto en el supuesto contemplado en que los procesados, advertidos de la bandera española que, con motivo de las fiestas locales de San Carlos de la Rápita, había sido colgada a unos dos metros y medio del suelo, pendiente de una cuerda asida a dos balcones, tiraron fuertemente de ella hasta hacerla caer al suelo, no limitándose a dejarla abandonada en la calle sino desplazándola después a una pequeña plaza, donde uno de ellos le prendió fuego con un mechero; actos unívocos reveladores del ánimo de menospreciar, de ultrajar, en suma, el emblema referido, intencionalidad que no se ha intentado contrarrestar con ninguna prueba en contrario a través de la cual pudiera enervarse o desvalorizarse lo que, a primera vista, aparece obviamente real. Habiéndose estimado jurisprudencialmente como integrantes de este delito el quemar una bandera en el muelle de un puerto -Sentencia de 26 de Junio de 1969-, así como el hacer caer deliberadamente al suelo la insignia de la bandera nacional -Sentencia de 21 de Noviembre de 1969-, no pudiendo atribuirse al acto de prender fuego y destruir por ignición varias banderas, otro significado que el voluntario, libre y consciente propósito de ultrajar dicho símbolo -Sentencia de 7 de Febrero de 1981-. Procediendo, en razón a cuanto se deja expuesto, la desestimación del motivo del recurso de que se hizo mérito”.*

STS (Sala de lo Penal) núm. 3.926, de 16 de diciembre de 1992. CENDOJ ECLI:ES:TS:1992:13873. Antecedente de Hecho Primero (de los Hechos probados): *“Sobre las cuatro horas del día 11 de agosto de 1983. Domingo, quien regentaba el establecimiento denominado “Pub Cul de Sac”, sito en la carretera de Laureano Miró núm. 155. de la población de Sant Feliú de Llobregat, se encontraba en dicho establecimiento, que acababa de cerrar al público, en unión de uno de sus camareros y de tres amigos suyos, dedicados aquellos a reponer en las neveras los géneros consumidos durante la jornada, cuando concibió Domingo la idea de incendiar las banderas de España y de Cataluña que ondeaban en el exterior del edificio del Ayuntamiento de dicha población, y como quiera que las mismas se hallaban instaladas en uno de sus balcones, y a una altura aproximada de cinco metros sobre el nivel de la vía pública, procedió Domingo en ejecución de su propósito, y auxiliado por algunos de los concurrentes, a tomar cinco cañas y unirlas mediante cinta adhesiva plástica de la utilizada habitualmente para embalaje, una a continuación de otra, consiguiendo así un soporte de unos seis metros de longitud, en el extremo del cual sujetó un trozo de bayeta de la que se usaba para limpieza del establecimiento, y tomando un frasco de alcohol del botiquín de primeros auxilios existente en el mismo, se dirigió, acompañado de alguno de los concurrentes, contra los que no se ha formulado acusación en esta causa, al lugar donde pendían las referidas banderas, y empapando en alcohol el trapo colocado en el extremo inferior de la bandera de España, incendiándola y propagándose las llamas a la de Cataluña que ondeaba junto a la misma, resultando ambas totalmente quemadas, y dándose a la fuga seguidamente Domingo con sus acompañantes”.*

En virtud de ello, el TS condenó por delito de ultrajes. Es obvio, que de la lectura de los hechos probados, no puede apreciarse, en absoluto, mensaje político alguno, siendo un puro acto de vandalismo.

estudio se centrará en aquellos casos en que sí pueda haber conflicto con las libertades ideológica y de expresión.

Sentencia núm. 1112/1996 de 26 diciembre de 1996, de la Sala de lo Penal del TS. RJ 1997\1126. Esta Sentencia es importante, porque deduce el propio “animus iniuriandi” de la quema en sí, recordando que, por término ultraje, debemos entender el hecho de injuriar. En virtud de los hechos probados, entendemos que no es subsumible, en la crítica político-institucional. Hechos probados: “ *Que sobre las 1,00 horas del día 18-6-1995 el acusado Fabio F. M., mayor de edad y sin antecedentes penales, encontrándose en la Plaza de García Arias de la localidad de Chantada (Lugo) ante la presencia de numerosas personas procedió con ánimo de menospreciar a la nación española a quemar una bandera nacional española, colgándola seguidamente en una señal de Stop sita en dicha calle; el acusado, en el momento de ocurrir los hechos indicados, se hallaba notoriamente influenciado por la ingestión de bebidas alcohólicas*”.

F. Dº. 1º: “*En el hecho de quemar una bandera española va implícito el ánimo de injuriar.(...) el término ultraje del art. 123 del Código Penal debe ser entendido como equivalente a injuria, por lo que le es de aplicación lo establecido respecto a ellas en el art. 453.*

Es un delito intencional, y se declara de forma expresa que determinadas expresiones o actos son de tal modo insultantes o agraviantes que el ánimo de injuriar se encuentra ínsito en ellas, por ello no se precisa una mayor motivación. Lo que sí habría que motivar o probar será la posible existencia de otros ánimos.

El acusado hoy recurrente quemó una bandera española que posteriormente y a presencia de otros jóvenes que jadeaban su actitud la colocó sobre una señal de «Stop».

En base a criterios de experiencia, no cabe llegar a otra conclusión que a la que llegó la Sala. Tampoco cabe admitir que existiera otro ánimo que guiase al recurrente. Y si existiese tal ánimo distinto debió alegarse y probarse a través del proceso y en el juicio oral”.

SAP de Valencia (Sección 1ª) núm. 102/1999 de 24 marzo de 1999. ARP 1999\2013. Este caso tampoco entendemos que sea calificable dentro de la crítica político-institucional, puesto que, en realidad, no se trata más que de un conflicto entre hinchas de dos equipos de fútbol. No obstante, merece destacarse el “obiter dictum” manifestado por el juzgador, relativo a la cuestión ideológica, al manifestar que se pueden defender cualesquiera ideas, siempre y cuando no se produzca acto de ultraje alguno.

Hechos probados: “*David S. S., de 21 años, y Sergi A. L., de 19 años, ambos sin antecedentes penales, el día 29 de abril de 1998, en la calle Artes Gráficas, y con motivo de enfrentarse a los seguidores del F.C. Mallorca, que ese día jugaban un partido de fútbol contra el Barcelona F.C., al que pertenecían los acusados, se dirigieron a ellos y tras arrebatárles una bandera española, compuesta por dos franjas rojas y una amarilla más ancha en el centro, procedieron a quemarla mientras increpaban a los seguidores del equipo mallorquín, lo que fue presenciado por varias personas, en número no determinado, hasta que intervino la Policía Nacional y detuvo a los acusados”.*

F. Dº. 1º: “*Tiene explicación la conducta de los acusados, quienes arrebataron la bandera a quienes la portaban y le prendieron fuego, lo que denota bien a las claras que lo hicieron no solo para fastidiar o enfrentarse con sus rivales deportivos, sino el propio tiempo para ultrajar o denostar lo que es símbolo de España y merece un pleno respeto por cada persona que se halla en territorio español. Con lo que es indudable la concurrencia de dolo preciso para configurar el tipo delictivo enjuiciado.*

Cosa distinta es que, sin realizar actos ni realizar expresiones ultrajantes, se manifiesten ideas u opiniones contrarias a la unidad de España, de signo claramente independentista, cosa que, si es realizada con el debido respeto, tiene pleno amparo legal”.

El TS (Sala de lo Penal), dictó Sentencia en fecha 15 de marzo de 1989,⁸⁰⁶ por la que se confirmó la condena por la comisión de un delito de ultrajes a la bandera, en virtud de los siguientes hechos probados:

“el procesado don Jesús Carlos, nacido el 22 de noviembre de 1945 y sin antecedentes penales, con ocasión de acudir como encargado del servicio de megafonía a una concentración y manifestación legalmente autorizada que en la mañana del día 24 de junio de 1984 se celebró en la Plaza del Toral, de la ciudad de Santiago de Compostela, organizada por la asociación o partido político galleguista denominado "Bloque Nacionalista Gallego", a la que acudieron numerosos afiliados y simpatizantes que casi llenaban la aludida plaza y escucharon los discursos pronunciados por los dirigentes del expresado partido político desde una tarima o palco rudimentario y como los oradores por su fogosidad enardecieron a la concurrencia entre la que se hallaba el procesado don Jesús Carlos que se encontraba situado abajo e inmediato al palco o tarima indicado en sitio bien visible, se exaltó por las palabras oídas a los oradores y sobreexcitado por las ideas galleguistas expresadas coreadas por el vocerío de los asistentes, en unión de otras cuatro personas no identificadas, se propasó a desplegar esgrimiéndola una bandera nacional española y le prendió fuego ayudado por las personas no identificadas aludidas, ondeándola envuelta en llamas y pisoteándola cuando se consumía ante la presencia y beneplácito de los concurrentes, ocurriendo todo lo expuesto a la finalización de los discursos referenciados»”.

En el mismo sentido, la Sala de lo Penal del TS, dictó Sentencia en fecha 3 de noviembre de 1989,⁸⁰⁷ por la que confirmó la condena por la comisión de delito de ultrajes a la bandera, en virtud de los siguientes hechos probados:

*“en Barcelona y el día 11 de septiembre de 1983, día festivo por celebrarse en Cataluña en tal fecha la conmemoración histórica conocida por "La Diada", grupos de personas se reunieron ante el monumento de Rafael de Casanovas, entre las cuales había varias que cubrían su cara con pañuelos, y una de ellas, sacando un mechero del bolsillo prendió fuego a una de las banderas españolas allí existentes y cuando esta empezó a arder, varios asistentes la tomaron por sus extremos y la airearon para facilitar la combustión, mientras jaleaban el hecho y gritaban fora, fora, la bandera espanyola ("fuera, fuera, la bandera española")”.*⁸⁰⁸

Es obvio que, en ambos casos, nos encontramos ante actos que se llevan a cabo en manifestaciones nacionalistas (e incluso independentistas). Entendemos que este hecho debió ser tenido en cuenta, para apreciar ese acto de disidencia política, que supone la quema de una bandera, que no es más que un símbolo, en cuyo significado

⁸⁰⁶ STS (Sala de lo Penal), de 15 de marzo de 1989. CENDOJ ECLI:ES:TS:1989:12248.

⁸⁰⁷ STS (Sala de lo Penal), de 3 de noviembre de 1989. CENDOJ, ECLI:ES:TS:1989:10222.

⁸⁰⁸ *Ibídem*, antecedente de hecho 1º.

esas personas no se sienten identificadas. El “*animus criticandi*” tiene un peso evidente que, sin embargo, en ambos casos, ha sido obviado por la judicatura.

La AP de Girona (Sección 3ª), en su Sentencia núm. 754/2005 de 29 julio de 2005,⁸⁰⁹ confirmó la condena a una persona que quemó una bandera en un escenario en el que se estaba desarrollando un concierto de carácter independentista, rechazando cualquier argumento relativo a la libertad de expresión (de crítica político-institucional) como elemento de atipicidad o de falta de antijuridicidad.

Así pues, manifiesta que:

*“frente a las teorías doctrinales expuestas por el recurrente en su escrito, no podemos olvidar que el artículo 543 del Código Penal sanciona “las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad” no quedando duda de que la palabra ultrajar equivale a injuriar, tratándose de un delito intencional, en el que determinadas expresiones o actos (como el aquí enjuiciado) son de tal modo insultantes o agraviantes que el ánimo de injuriar se encuentra ínsito en ellas, denotando claramente el hecho de prender fuego a una bandera española que no solo se hizo como un acto reivindicativo, sino al propio tiempo para ultrajar o denostar lo que es símbolo de España, mereciendo el pleno respeto de las personas, pues cosa distinta sería que sin realizar acciones de las características de la enjuiciada, se manifesten ideas u opiniones contrarias a la unidad de España, de signo claramente independentista, que tienen amplio amparo legal, siempre que no vayan acompañadas de actos violentos que infrinjan el ordenamiento penal (...) pudiendo concluirse que el acto ultrajante fue realizado con publicidad ante un grupo importante de asistentes al concierto”.*⁸¹⁰

Respecto de la alegación relativa a la existencia de causa de justificación, que, conllevaría, la inexistencia de antijuridicidad, señala que:

“Ciertamente es que dicho precepto exime de responsabilidad criminal cuando se obra en el ejercicio legítimo de un derecho y si bien lo es la libertad de expresar públicamente aquellos pensamientos o ideas políticas de carácter independentista que pudieran haberse puesto de manifiesto en el transcurso del concierto, “ello no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar purificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso o alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad”. Y ya hemos señalado que la acción de

⁸⁰⁹ SAP de Girona (Sección 3ª) núm. 754/2005 de 29 julio, de 2005. ARP 2006\728.

⁸¹⁰ *Ibidem*, F. Dº. 4º.

*quema de una bandera no se halla legitimada por el derecho a la libertad de expresión, lo que obliga a desestimar la alegación y en definitiva, la apelación”.*⁸¹¹

Otro supuesto típico es aquel en que se decide quitar la bandera del correspondiente mástil, llevando a cabo o no, otras acciones sobre la misma.

Tenemos que recurrir a la Sentencia de 31 de octubre de 1980, de la Sala de lo Penal del TS,⁸¹² como una de las primeras Sentencias del TS tras aprobarse la CE, y, por tanto, ya vigente la libertad de expresión como derecho fundamental.

Los hechos probados sobre los que se pronuncia el TS son los siguientes:

“el día 4 diciembre 1977 los procesados Manuel C. R., Salvador E. D. y José V. A., en unión de otro no recurrente y de Salvador G. G., después de haber tomado parte en una manifestación celebrada en A., pro-autonomía de Andalucía, cuando regresaban en un vehículo «Land-Rover» a D., conducido por el último, (y cuya actuación será considerada separadamente) al pasar por un puesto de la Cruz Roja (...) en cuyo edificio ondeaba una bandera nacional y otra de esta institución (...) detuvieron el vehículo y se apearon todos, excepto el conductor que continuó algunos metros en busca de sitio para aparcar debidamente, regresando después aquellos tras haber quitado la bandera nacional que allí ondeaba y haberla arrojado debajo de un puente”.

En atención a lo anterior, el TS señala que:

“es denigrante y constituye menosprecio al tirar al suelo deliberadamente una insignia de tan alto significado como tiene la bandera nacional, que merece respeto, consideración y estima por parte de todos los españoles, sin distinción de credos políticos o confesionales por representar a la total unidad de nuestra Patria, integrada por sus regiones que componen por fusión de los diversos matices regionales y locales, la unidad inquebrantable de la Nación”.

Es curioso que, en la propia Sentencia se reconozca como hecho probado, que los procesados venían de una manifestación proautonomista andaluza, y que ello no tenga ningún tipo de trascendencia, ni merezca comentario alguno por parte de los magistrados. No olvidemos que, si bien los hechos sucedieron un año antes de ser aprobada la CE, también lo es que la bandera, en aquel momento, suponía el emblema

⁸¹¹ Ibídem, F. Dº. 5º

⁸¹² STS (Sala de lo Penal) de 31 de octubre de 1980. RJ 1980\4232.

más inmediato de la dictadura. Esto es, arrojar dicho símbolo jamás mereció ser objeto, tan siquiera, de sanción penal.

En fecha 28 de abril de 1989, la Sala de lo Penal del TS⁸¹³ se volvió a pronunciar al respecto, en una Sentencia que sí entra en la cuestión fundamental, cual es el la falta del elemento subjetivo del tipo, es decir, el “*animus iniuriandi*”, cuando la afirmación o el hecho sea encuadrable en la crítica o disidencia política, amparada bajo el artículo 20 CE. Los hechos probados se resumen del siguiente modo: el Pleno del Ayuntamiento de Tolosa, en 1983, aprueba una moción por la que se proponía la devolución de la bandera nacional, que se hallaba en el referido Ayuntamiento, al Ministerio del Interior, «por ser su presencia no deseable».

Ante estos hechos probados, el TS entiende que no se da el elemento subjetivo del tipo, habida cuenta que:

*“no percibe la indudable concurrencia de ese indispensable elemento subjetivo del injusto, en primer lugar, porque la construcción constitucional del Estado de las Autonomías, puede producir, y de hecho produce, una supervaloración evidente del sentimiento autonómico y la consecutiva infraestimación de un Estado unitario, prefiriendo, muchos, su enseña propia a la Nacional, sin que, ello, suponga, necesariamente, agravio para lo que antes constituía la enseña de la Patria única, en segundo término, porque, uno de los encausados, explicó la moción, manifestando que, la propuesta se formulaba con «el mayor de los respetos a la Bandera Española» y «con el mayor de los respetos al Pueblo Español al que representa», agregando que no debe «estar entre nosotros», sino entre quienes la sienten y la quieren, añadiendo diversas consideraciones sobre si los vascos son o no españoles, terminando por aseverar que, Euskadi, no es España, ni los vascos, españoles, y, finalmente, porque las connotaciones políticas de la moción son evidentes, suponiendo ejercicio indudable del derecho a la libertad de expresión de ideas, creencias y sentimientos, proclamado en el artículo 20 de la Constitución, sin otras limitaciones que las expresadas en su texto, las cuales y entre ellas, el derecho al honor, deben ceder ante la libertad de expresión, de conformidad con el principio «in dubio pro libertate», que consagran diversas Sentencias del TC”.*⁸¹⁴

Esta Sentencia entra en una de las cuestiones fundamentales, cual es que en un régimen de libertades no se puede imponer el sentimiento patriótico por ley, ni tampoco

⁸¹³ STS (Sala de lo Penal) de 28 abril 1989. RJ 1989\3555.

⁸¹⁴ *Ibidem*, F. Dº. 3º

de afección a un modelo de Estado, con el cual se puede discrepar abiertamente. Desafortunadamente, esta no es la línea jurisprudencial mayoritaria.

En la posterior Sentencia de 7 de febrero de 1990, la Sala de lo Penal del TS,⁸¹⁵ entendió que la retirada de una bandera del mástil del Ayuntamiento, y su emplazamiento en una zona de tránsitos del mismo,⁸¹⁶ era encuadrable bajo el tipo de ultrajes. Esta Sentencia contradice abiertamente la anterior, pues, a diferencia de aquella, en la que se entiende que la devolución de la bandera estaba plenamente legitimada por la disidencia política (y, por tanto, por la libertad de expresión), en esta no merece tal juicio. Recordemos que en el presente caso, los condenados se limitaron a retirar la bandera y guardarla en el Ayuntamiento, sin provocar daños a la misma.

Así pues, el TS considera que:

“el término este de ultraje que debe de ser entendido como (...) equivalente a injurias, por lo que le es aplicable la noción que de las mismas hace el artículo 453, (...) y dentro del concepto legal de injurias queda subsumida la acción llevada a cabo por los procesados de retirar la bandera española que ondeaba en el Ayuntamiento de la Ciudad, juntamente con las banderas autonómica y local, con motivo de las fiestas del 15 de agosto e izadas por el sentir de la mayoría del Concejo, y que los procesados, Concejales del Ayuntamiento prevaleándose de esa condición consiguieron llegar hasta el lugar en que se encontraban, rompiendo previamente el candado de la puerta y quitando de la manera que se dice en el

⁸¹⁵ STS (Sala de lo Penal) de 7 febrero 1990. RJ 1990\1287.

⁸¹⁶ *Ibídem*, Hechos probados: “El día 15 de agosto de 1983, dada la naturaleza de día festivo en la Ciudad de San Sebastián coincidente con las fiestas de la Semana Grande, por orden del señor Alcalde accidental tras pulsar el sentir mayoritario de los corporativos favorable a izar las tres banderas, ondeaban la bandera Constitucional de España en el mástil central de la fachada principal de Ayuntamiento Donostiarra así como las banderas de la Comunidad Autónoma Vasca y la de la Ciudad en otros mástiles situados en las torretas laterales del edificio. Sobre las 18,30 horas de esa misma tarde, subieron al tejado del edificio los procesados Félix S. A., Joseba Imanol I. U. y Andoni A. M., los tres mayores de edad y sin antecedentes penales actuando de común acuerdo, a la sazón, Concejales del Excmo. Ayuntamiento de la Ciudad de la entonces coalición de Herri-Batasuna, tras penetrar en el interior del edificio en cuya portería se encontraba un Policía Municipal que identificó a los procesados. Para acceder a la terraza tuvieron que forzar el candado que cerraba el único acceso al mismo, tras lo cual se dirigieron a la zona donde se encontraba el mástil en el que ondeaba la bandera Constitucional, en su trayecto se encontraron con dos Policías Municipales de servicio en aquella zona uno de ellos les preguntó que qué hacían allí, sin obtener respuesta, y observó cómo los tres continuaron en la dirección indicada, y tras cortar los cordones que la sujetaban al mástil, la retiraron, llevándosela hacia el interior del edificio por el mismo acceso que antes habían utilizado, operación que fue rápida. La bandera, apareció el día 17 del mismo mes, en el segundo piso, en una zona de tránsito entre las oficinas de Obras y Ensanches con Urbanismo, con los cordones cortados”.

*factum la bandera de España que se encontró posteriormente en el piso segundo del Ayuntamiento en zona de tránsito entre dos oficinas, todo lo cual revela la existencia de un específico animus iniuriandi, un menosprecio a la bandera, símbolo del Estado Español, en los mismos términos que el delito de injurias con el que guarda una relación de afinidad indudable (...) sin que por otro lado el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Española, precepto invocado por los recurrentes, sea un derecho absoluto capaz de dejar sin efecto el animus iniuriandi, ya que la propia Constitución le señala sus justos límites, y cuando se traspasan los límites reconocidos a los derechos fundamentales y libertades públicas para ejecutar acciones de descrédito y menosprecio como los realizados a la bandera de España, tal conducta antijurídica encuentra su punición en el Código Penal como ultraje a la bandera, sancionado en el citado artículo 123; sin que, por último, sea aplicable la doctrina sentada por esta Sala en Sentencia de 28 de abril del pasado año al tratarse de supuestos de hecho diferentes”.*⁸¹⁷

Por supuesto, se trata de supuestos de hecho diferentes, pero en lo sustantivo, en cuanto al acto delictivo, suponen lo mismo. Así pues, en ambos casos, hay una negativa a que la bandera pueda colgar del mástil del Ayuntamiento; los actores no llevan a cabo ninguna acción de ultraje a la bandera (en el anterior, es devuelta al Ministerio del Interior; en la presente, es emplazada en una zona de tránsito del Ayuntamiento) y hay una motivación política para dicha actuación. Tan solo nos limitamos a comparar los propios hechos probados de ambas Sentencias. Llegados a este caso, sinceramente, no alcanzamos a comprender por qué en una, los magistrados entienden que su actuación merece ser calificada como libre expresión de la disidencia política (encuadrable en la libertad ideológica), y amparan su actuación en la misma; mientras que en la otra, no.

De nuevo, otra Sentencia con origen en Euskadi, trata esta cuestión. Se trata de la Sentencia de 23 de enero de 2002, dictada por la AP de Guipúzcoa (Sección 2ª).⁸¹⁸ Nos volvemos a encontrar con la actuación de unos concejales que, en esta ocasión, a diferencia de la anterior, no es que retiren la bandera del mástil del Ayuntamiento, sino que, tras haber convocado expresamente a la prensa al efecto, arriaron la bandera nacional y la tiraron a la calle.⁸¹⁹ Esta no es una cuestión menor, pues precisamente, es

⁸¹⁷ *Ibídem*, F. Dº. 2º.

⁸¹⁸ SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 23 enero 2002. ARP 2002\581.

⁸¹⁹ *Ibídem*, Hechos probados: “I.–En torno a las 12.30 horas del día 22 de julio de 2000 los acusados Eneko A. G. y Jon Markel O. G., arropados por un grupo de cincuenta personas y con la presencia de varios profesionales de los medios de comunicación, escrita y audiovisual, previamente citados al efecto, portando un mono azul y una chapela negra, subieron utilizando una escalera a la balconada del Palacio de Justicia de Donostia-San Sebastián, ubicado en la fachada central del edificio, donde asidas a sus

por ese hecho, el tirar la bandera a la calle, más el haber avisado, *ex profeso*, a los medios, para dar mayor trascendencia al acto, por lo que entiende la AP que existe el “*animus iniuriandi*”.⁸²⁰ También no solo por arriar la bandera, sino por arrojarla,

mástiles ondeaban las banderas de Euskadi, España y la Unión Europea. Una vez en la balaustrada arriaron la bandera de España y la arrojaron a la calle San Martín mientras las personas concentradas gritaban española “ez” ikurriña “bai”. Tras ello se sentaron en la balconada y sostuvieron con una cinta un cartel de madera y papel con el escudo de las denominadas siete provincias Vascas.

II.–La acción de los acusados tuvo reflejo audiovisual en los informativos Gaur Egun y Teleberri de ETB del mismo día y constancia gráfica en el diario Gara del día siguiente”.

⁸²⁰ *Ibidem*, F. Dº. 5º: “Al constituir, a la postre, este delito de ultrajes a la bandera una modalidad agravatoria del tipo genérico de la injuria cual pusieron de relieve las STS de 13 de julio de 1956, y 16 de febrero de 1957, es preciso que la expresión proferida de palabra o por escrito o acción ejecutada, lo sean con el móvil criminal o perverso de bajar o injuriar abiertamente a cualquiera de los elementos protegidos por la norma penal conforme puso de relieve el ATS de 15 de octubre de 1947, exigiéndose, como elemento subjetivo del injusto, comúnmente denominado dolo específico, un verdadero «animus iniurandi», básico sustento antijurídico del tipo, ánimo de deshonrar, ofender, vituperar, vilipendiar, lo que, naturalmente, por encontrarse tal designio en los arcanos del pensamiento y voluntad del individuo, ha de deducirse de una serie de factores ontológicos y circunstanciales a través de los cuales se trasluce y exterioriza el auténtico propósito impulsor de la dinámica de la actuación. «Animus iniurandi» presente de modo manifiesto en el supuesto contemplado en que los recurrentes, con premeditación cual se pone de relieve en la preparación del actuar y el aviso previo a los medios de comunicación para dar relevancia al acto, se desplazan a la sede de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa donde se encontraban colgadas en la balconada principal las enseñas de la Comunidad Europea, la Nacional y la de la Comunidad cual expresamente se recoge en la resultancia fáctica de la Sentencia, la arrian y la tiran sobre la calzada, no limitándose como se pretende por los recurrentes en su escrito de recurso, a bajarla de su mástil y dejarla abandonada en la balconada, sino que por el contrario y aun cuando se silencia, la arrojan y tiran sobre la calzada, acto claramente revelador del ánimo de menospreciar, de ultrajar, y vilipendiar, el emblema referido, intencionalidad que no se ha intentado contrarrestar con ninguna prueba en contrario sino que tales hechos por el contrario han sido expresamente reconocidos por los recurrentes, y si bien en el recurso se pretende incardinar el hecho de arriar la citada enseña y reconducirlo a un acto de expresión de un sentir político, pretendiendo incardinar el citado hecho dentro del marco del derecho de la libertad de expresión, es evidente que claramente se silencia que el acto reivindicativo no se limitó a arriar la citada enseña, sino que por el contrario se extendió a arrojarla y tirarla con claro ánimo menospreciativo a la calzada en clara muestra de agravio y ofensa, agravio que incluso se reconoce por los propios recurrentes al silenciar conscientemente el citado hecho”.

F. Dº. 6º: “Lo expuesto precedentemente encuentra su concreto encuadre en el tipo delictivo que se analiza y por el que los recurrentes han sido condenados en la instancia, pues a este respecto es de destacar que la jurisprudencia en reiterados pronunciamientos ha estimado como integrantes de este delito hechos tales como el quemar una bandera (STS de 26 de junio de 1969), así como el hacer caer deliberadamente al suelo la insignia de la bandera nacional (STS de 21 de noviembre de 1969), no pudiendo atribuirse a los actos de descolgar, prender fuego y destruir por ignición varias banderas, otro significado que el voluntario, libre y consciente propósito de ultrajar dicho símbolo (STS de 7 de febrero de 1981). Así mismo y como incardinados en el tipo penal enunciado han sido recogidos hechos tales como sacar con violencia una bandera del lugar en que está sujeta y pisarla (STS de 26 junio 1969), hacerla caer deliberadamente al suelo y arrastrarla (STS de 25 mayo 1959 y 21 noviembre 1969); siendo un delito de simple actividad que se consuma cuando los actos ofensivos son captados o presenciados por alguna persona ajena (STS de 26 junio 1969) concurriendo el ánimo de vituperar como dolo específico necesario en esta infracción, cuya finalidad e intención resulta clara, manifiesta y

confirmó la AP de Barcelona (Sección 6ª), una condena por ultrajes, en Sentencia de fecha 5 de octubre de 2009,⁸²¹ al apreciar, por dicha actuación, el “*animus iniuriandi*”.

B) Las injurias a la Corona

Otro supuesto típico, junto al anterior de la quema de banderas, será la quema de fotos o efigies o muñecos representando a miembros de la Casa Real. Insistimos en que este acto no supone una agresión a las personas físicas, ni puede, ni debe ser entendido como una incitación a la violencia, cuando se trata estrictamente de una crítica a la institución monárquica. Distinto sería que la intencionalidad de quienes llevan a cabo dichos actos fuese promover un acto de violencia contra quienes forman parte de la Casa Real, para lo cual, naturalmente, ya existe la correspondiente sanción penal, y por ello deberán ser sancionados.

La primera Sentencia que traemos a colación, de la Sala de lo Penal del TS, de fecha 6 de diciembre de 1985,⁸²² hace referencia a la importancia que tiene el “*animus*” en las actuaciones gestuales, dado que:

“sucede a veces que por tener la acción o los gestos un significado más equívoco resulta necesaria una interpretación o determinación de su verdadero sentido injurioso, debiendo entonces tenerse en cuenta las circunstancias de toda índole que concurrieron en el caso, le precedieron o siguieron, para así poder precisar la intención o «animus» que inspiraba las mismas”.

Dicho de otro modo, el TS admite el distinto significado que puede adquirir una acción o un gesto, lo cual va a ser fundamental para poder averiguar cuál es el verdadero “*animus*” que impulsa al actor. No obstante, como a continuación veremos,

probada en la premisa narrativa y del contexto de la resolución. Procediendo, en razón a cuanto se deja expuesto, la desestimación del motivo del recurso de que se hizo mérito”.

⁸²¹ SAP Barcelona (Sección 6ª) de 5 de octubre de 2009. CENDOJ, ECLI:ES:APB:2009:9995. F. Dº. 1º: “*Es evidente que ambos acusados aunaron sus esfuerzos para conseguir retirar la bandera de España del Castillo y arrojarla al exterior, por lo que la autoría de ambos no ofrece duda alguna para el Tribunal. Tampoco puede prosperar la alegación de atipicidad del hecho pues de la propia acción, no solo de arriar la bandera sino también de arrojarla al exterior, se deriva sin género de dudas el animus injuriandi, como elemento subjetivo del delito por el que vienen condenados los acusados y entendido como acción de menosprecio a la bandera, acto que de por sí resulta insultante o agravante que lleva implícito ese deseo de injuriar”.*

⁸²² STS (Sala de lo Penal) de 6 diciembre de 1985. RJ 1985\6001.

en la mayoría de las ocasiones, los magistrados entienden que, del propio acto, se deduce la intencionalidad, sin atender a ninguna otra circunstancia que pudiese justificar la existencia de otro propósito, cual pueda ser el de la crítica política.

Una Sentencia muy poco anterior en el tiempo, de fecha 29 de noviembre de 1985, de la Sala de lo Penal del TS,⁸²³ determinó que sí que existía ese “*animus iniuriandi*” en unas acciones consistentes en el derribo de la figura del Museo de Cera del Rey y posterior quema, los cuales no se pueden desligar de los actos anteriores y posteriores que siguieron a estos hechos. Así pues, se consideran como hechos probados que:

“en orden a la preparación de unos actos violentos, con ánimo de adhesión y solidaridad a los militares procesados en la rebelión del 23 de Febrero, que habían de consistir en una marcha y «golpes» en diversas calles de Barcelona, la destrucción de la figura de cera del Rey existente en el Museo del Paseo de la Banca, y el incendio de los locales de partidos políticos de significación democrática; a estos fines, luego de reunir más de veinte afiliados o simpatizantes, el día precitado de 1982 se encaminaron al Museo y -mientras María-Elena S. permanecía fuera del recinto en actitud vigilante- Juan Carlos B. penetró en su interior derribando la estatua del Rey prendiéndole fuego, dejando en el local esparcidos unos pasquines en que se tildaba a S. M. de traidor por su decisiva intervención en los acontecimientos que rememoraban”.

Es decir, el acto en sí, el del derribo y posterior quema de la estatua de cera, se encuadra en una serie de actos que constituirían un auténtico ataque a la democracia. Así pues, no se trata de una crítica a la monarquía, como institución, sino un verdadero enaltecimiento del Golpe de Estado de 1981.

La AN (Sala de lo Penal), en fecha 18 de mayo de 2009,⁸²⁴ dictó Sentencia por la que se confirmó la condena a dos personas por quemar un muñeco que representaba al Rey,⁸²⁵ al final de una manifestación independentista gallega.⁸²⁶ Para justificar la inaplicación de la libertad de expresión, los magistrados arguyen que:

⁸²³ STS (Sala de lo Penal) de 28 noviembre de 1985. RJ 1985\5493.

⁸²⁴ SAN (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 1/2009 de 18 mayo de 2009. ARP 2011\1256.

⁸²⁵ *Ibídem*, antecedente de hecho segundo (hechos probados): “*Esteban y Apolonio*, mayores de edad, sin antecedentes penales, actuado de común acuerdo acudieron en fecha 6 de diciembre de 2007 a la

“el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta claramente contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, también innecesario, dado que el ejercicio de este derecho, como todos, está no solo sometido al límite, más o menos flexible, que expresamente contiene el art. 20 CE, sino también, al respeto de los fundamentos del orden político y de la paz social que establece el art. 10.1 CE”.⁸²⁷

Dicho de otro modo, se obvia que los únicos límites del ejercicio de la libertad de expresión, son los expresamente reconocidos en el art. 20.4 CE (puesto que saben que deben ser interpretados de un modo muy restringido) y se decide añadir otros límites (en una exégesis extraña del artículo 10.1 CE),⁸²⁸ que admiten, por su propia naturaleza, una interpretación más laxa. Además, por encima de estos límites, se situaría el respeto al pluralismo político del artículo 1.1 CE, al configurarlo como un valor superior del ordenamiento jurídico español, cuya manifestación se da a través de la libertad ideológica (art. 16 CE).

A pesar de que, para poder condenar, se debería acreditar la existencia de un *“animus iniuriandi”*, y que dicha intencionalidad cederá cuando nos encontremos ante otro propósito (como es el de la crítica político-institucional), la Sentencia sigue indicando que:

“resulta evidente que el hecho de la quema de una figura de S.M. el Rey de España, es en sí un acto de afrenta para lo que representa como miembro de la Institución de las Corona siendo innecesario para el autoproclamado fin de los autores. Si a

manifestación que iba a celebrarse dicho día entre las 12:00 y las 14:30 horas en la ciudad de Vigo, convocada por la plataforma “Causa Galiza”.

En ejecución de sus planes, el acusado Esteban transportaba a lo largo del recorrido de la manifestación, en un carro de la compra, una maqueta a tamaño casi real de S.M. el Rey, vestido con uniforme militar y en primer tiempo de saludo, oculta en una caja de cartón, y al llegar sobre las 13’50 horas a la Plaza de la Princesa de dicha capital, punto en el que iba a finalizar la manifestación, el acusado abrió con un cutter la referida caja, trasladándola a un lado de la Plaza de la Estrella, donde el segundo de los acusados, Apolonio, ocultando su rostro con un gorro de lana negro y una bufanda redonda oscura prendió fuego a la maqueta con la imagen de SM el Rey ardiendo en la vía pública”.

⁸²⁶ Si acudimos a la página web de quienes montan la manifestación (causagaliza.org), comprobaremos como se autocalifican como organización política independentista y socialista gallega.

⁸²⁷ F. Dº. 2º de la SAN (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 1/2009 de 18 mayo de 2009. ARP 2011\1256.

⁸²⁸ Veamos exactamente lo que indica el art. 10.1 CE: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*. Es decir, al contrario de lo que señala la Sentencia, los derechos fundamentales de la persona (entre otros) son el fundamento del orden político y la paz social, y no al revés, y, desde luego, en modo alguno, ese orden político y esa paz social son límites en el ejercicio de los derechos fundamentales.

ello unimos el hecho de que tal acto se realiza como acto final de una manifestación es evidente que con ello se ha buscado por los autores tal afrenta, ya que así se deduce del contenido de sus actos, preparatorios de la figura, su traslado en un carro, y la posterior quema y recogida del carro”.

Por último, para denegar el derecho fundamental a la libertad de expresión (como manifestación externa de la libertad ideológica), acaba indicando que:

“la actuación de los apelantes en los hechos imputados no puede ampararse en el derecho fundamental a la libertad ideológica ni a la libertad de expresión, ya que el hecho de la quema de la figura a tamaño real del Rey de España, no tiene relación con idea política o forma de expresar una controversia de tal carácter. Se trata de una actuación que no guarda relación alguna con el derecho a formar opinión pública, ni con el derecho a expresar la misma, extralimitándose por su parte en las actuaciones legítimas que los derechos que mencionamos contemplan, sin que se advierta en ningún modo ni en momento la necesidad de tal acción, por lo que no se aprecia en la Sentencia apelada la vulneración que alude la defensa de los recurrentes”.

Es obvio que en esta Sentencia no se ha entendido (o no se ha querido entender) qué significa, en realidad, el lenguaje simbólico.

En el mismo sentido cabe destacar otro asunto que tuvo un amplio eco mediático, cual fue el resuelto por Sentencia de 22 noviembre de 2007, del Juzgado Central de lo Penal de la AN.⁸²⁹ Considera como hechos probados que:

*“Sobre las 20 horas del día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita institucional de SM. el Rey a la Ciudad de Gerona, Juan Pedro y David, mayores de edad y sin antecedentes penales, quemaron una fotografía de SSMM. los Reyes de España en el curso de una concentración en la Plaza de Vino de esa capital. A esta concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía: "300 años de borbones, 300 años combatiendo la ocupación española". Los citados iban con el rostro tapado, para no ser identificados, y tras colocar la citada fotografía de gran tamaño de SSMM. los Reyes boca abajo en el centro de la plaza David la roció con un líquido inflamable y Juan Pedro le prendió fuego con una antorcha procediendo a su quema mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se hablan reunido en la susodicha plaza”.*⁸³⁰

En esta Sentencia, el Magistrado sí que reconoce que la motivación de los hechos es abiertamente política: *“Recuérdese en el caso presente tanto como se coloca la fotografía para ser quemada como que en la manifestación precedente a la que,*

⁸²⁹ SAN (Juzgado Central de lo Penal) nº 66/2007, de 22 noviembre de 2007. ARP\2008\560.

⁸³⁰ *Ibíd*em, antecedente de hecho segundo (hechos probados).

como se ha dicho, acudieron los dos acusados (ya pertrechados con líquido inflamable) se tildaba a la dinastía borbónica de fuerza ocupante de la Comunidad Autónoma Catalana”.⁸³¹ Pero entiende que el límite al derecho fundamental a la libertad de expresión se encuentra en el Código Penal:

“Los acusados y todos los ciudadanos tienen sus derechos fundamentales garantizados pero no puede pretender la defensa ampararse en que estos son absolutos. Obsérvese que mientras los acusados se manifestaron pacíficamente y sin armas (art. 21 CE), coreando los gritos antimonárquicos que tuvieron por conveniente y portando las pancartas con expresiones en el mismo sentido (art. 20.1 a) CE) no hubo, la más mínima injerencia del poder público y solo cuando un delito se produjo es cuando la Fiscalía inicia diligencias penales.

*El sistema constitucional ampara, incluso, a, quienes, como los acusados, son contrarios al mismo (y así lo expresan y exteriorizan) pero no se puede pretender que no responda cuando se llega a la comisión de hechos delictivos”.*⁸³²

Por último, destacamos que en esta Sentencia se afirma que el bien jurídico protegido en este delito no es el honor del Rey, en sí, sino lo que la institución monárquica simboliza⁸³³ y, por ello, poco importa que el Jefe del Estado se sintiera ofendido o no por los hechos denunciados.⁸³⁴

El fallo fue recurrido ante la Sala de lo Penal de la AN, la cual, en Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2008,⁸³⁵ confirmó la resolución del Juzgado Central, si bien, cuenta con dos votos discrepantes, uno de los cuales exactamente en el mismo sentido que se sostiene a lo largo de esta tesis. Se insiste en que, en este delito, no es necesario que haya una afección del honor de la persona del Jefe del Estado. Así, *“lo relevante, pues no es que la expresión o acción lesionen la dignidad de don Juan Carlos I como*

⁸³¹ *Ibídem*, F. Dº. 2º.

⁸³² *Ibídem*, F. Dº. 3º.

⁸³³ *Ibídem*, F. Dº. 3º: *“La persona del Rey encarna la institución de la Corona como representación y como símbolo, de todos los poderes públicos españoles, estatales, autonómicos y municipales y por ello como otros símbolos e instituciones constitucionales se le otorga una especial y expresa protección penal.*

Porque en suma toda, esta protección es instrumental: protegiendo a las instituciones y Símbolos del Estado se está preservando al sistema constitucional y democrático en que la Corona se integra y al que representa y defendiendo el sistema constitucional y democrático de ataques como el enjuiciado se están defendiendo los derechos y libertades de todos los ciudadanos españoles”.

⁸³⁴ *Ibídem*: *“Respecto, a que el Rey como persona se sintiera o no ofendido, es totalmente irrelevante”.*

⁸³⁵ SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 5 diciembre de 2008. ARP\2009\239.

*sujeto individual de derechos, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, sino que afecten a la Institución como bien jurídico de raíz Constitucional”.*⁸³⁶ Consecuentemente, se acepta la desnaturalización de la propia esencia de los tipos penales de injurias o calumnias, habida cuenta que lo que se protege con ellos es el honor, como manifestación de la dignidad del ser humano. Para los Magistrados, el bien jurídico protegido en este delito no es el honor del Rey, sino el honor de la Corona (como institución). Así pues, se indica que la acción “*es formalmente injuriosa, sobrepasa los límites amparados por el derecho fundamental a la libertad de expresión y lesiona el derecho al honor de la Institución, la Corona, como institución constitucional democrática*”.⁸³⁷

Por último, y ello nos parece especialmente criticable, el contexto en que se producen los hechos, que debió ser considerado como un elemento a tener en cuenta para apreciar el “*animus criticandi*”, la Sentencia lo interpreta justo en el sentido contrario. Así pues, indica que:

*“La acción es formalmente injuriosa por el contexto en que se produce: los asistentes al acto de protesta estaban ejerciendo su derecho con total libertad, sus proclamas e ideas estaban siendo difundidas sin cortapisa alguna y, sin embargo, escenifican lo que gráficamente podemos definir como un “aquelarre” o “un juicio inquisitorial” en el que colocando la representación gráfica del Jefe del Estado en posición claudicante -bocabajo- lo embadurnan con aceite u otra sustancia inflamable y le prenden fuego como expresión simbólica del desprecio y destrucción de la Institución, pues el fuego, en el contexto en que se usa, tiene una carga negativa evidente”.*⁸³⁸

Los votos particulares discrepantes, firmados por los Ilmos. Magistrados, Sr. GUEVARA MARCOS y Sr. SÁEZ VALCÁRCER, basados en que la conducta de los acusados estaba amparada por las libertades de expresión e ideológica, supone una auténtica muestra de interiorización del régimen democrático, por parte de ambos representantes del Poder Judicial, escrupulosamente respetuosos con el régimen de libertades públicas, como sustrato del pluralismo político, base de la democracia.

⁸³⁶ *Ibídem*, F. Dº. 6º.

⁸³⁷ *Ibídem*, F. Dº. 7º.

⁸³⁸ *Ibídem*, F. Dº. 7º.

El Sr. GUEVARA MARCOS empieza cuestionando la tesis de la mayoría de Magistrados, que asumen que el honor del Monarca, como persona física, no es un bien jurídico protegido. Así pues, para este juzgador:

*“el bien jurídico protegido lo es el honor de las personas reales allí enumeradas y además la dignidad de la Institución, de manera que el dolo del agente debe abarcar ambos ataques, ya con dolo directo del primer grado, ya con dolo de segundo grado y de consecuencias necesaria, lo que en manera alguna sin embargo modifica la estructura y naturaleza del delito base al que por definición legal se remite, el delito de injurias del art. 208 del CP”.*⁸³⁹

El Sr. GUEVARA MARCOS continúa contradiciendo al resto de Magistrados, cuando afirma que, del contexto en que se producen los hechos, se deduce que nos encontramos ante *“un "acto" más de una protesta de movimientos antimonárquicos”*.⁸⁴⁰ De ello, y basándose en la jurisprudencia existente al respecto,⁸⁴¹ deduce que nos encontramos ante *“un conflicto entre las libertades de conciencia y de expresión de las ideas y pensamiento (art. 16.1 y 20.1 a)) y el derecho al honor (art. 18.1) que configura y protege nuestra Constitución, requiriéndose del juzgador la realización de un juicio de ponderación”*.⁸⁴² Para la resolución de este conflicto, y teniendo en cuenta que el Sr. GUEVARA MARCOS parte de que el hecho por el que los procesados fueron

⁸³⁹ Voto particular del Ilmo. Magistrado Sr. GUEVARA MARCOS, Punto 1º.

⁸⁴⁰ *Ibíd*em, Punto 2º.

⁸⁴¹ *Ibíd*em, Punto 2º: *“Así la STS. de 31 de octubre de 2005 señala que el Tribunal Constitucional recuerda, entre otras en Sentencias n.º. 39/2005, de 28 de febrero , "que sí bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena forma y el honor de las personas y a la dignidad de las Instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en el ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del animus iniuriandi tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina del T. C. no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC 104/1986 ; 107/1988 ; 105/1990 ; 320/1994; 42/1995; 19/1996 ; 232/1998 ; 297/2000). Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1.a) y d), de la CE ., si los hechos no han de encuadrarse en rigor dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que de llegar a esta conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1 .a) y d), operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad (SSTC 104/1986 ; 105/1990 ; 85/1992 ; 136/1994; 297/1994; 320/1994; 42/1995 ; 19/1992 ; 232/1998). Los hechos no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de delito (SSTC 2/2001 y 185/2003)”*.

⁸⁴² *Ibíd*em, Punto 2º.

condenados es un acto más de una disidencia política, el mismo aplica la jurisprudencia habida relativa a la libertad ideológica y libertad de expresión.⁸⁴³ Termina concluyendo que:

⁸⁴³ *Ibíd.*, Punto 3º: "a) La STC 20/1990 afirma que "sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 de la CE no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se protegen en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de Derecho que en dicho precepto se instaura.

La misma Sentencia señala que "si bien es cierto que no hay derechos absolutos o ilimitados, también lo es que la libertad ideológica por ser esencial para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político, hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni tenga más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, limitación que por la singularidad y necesidad con que se precisa en el propio precepto que la determina no puede hacerse coincidir en términos absolutos con los límites que a los derechos de expresión e información reconocidos en el art. 20.1 a) y d), impone el n.º. 4 de esta norma; la equiparación entre una y otras limitaciones requiere que cuando el hecho imputado afecta principalmente al derecho a la libertad ideológica a través de su manifestación externa se pondere y valore de qué manera se ha vulnerado el orden público protegido por la ley".

El auto 231/2006, de 3 de julio, del Trib. Constitucional con cita de las SS 120/1990 de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio, añade que "la libertad ideológica comporta la adopción o el mantenimiento de una determinada ideología o pensamiento e indudablemente no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones, sino que comprende además una dimensión externa de *agere licere* con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos. En las manifestaciones que conlleva esa dimensión externa de *agere licere*, se encuentra la libertad de expresión y muy principalmente figura la de expresar libremente lo que se piense".

b) La libertad de expresión no es solo un derecho individual de cada ciudadano dirigido a garantizarle un ámbito exento de limitaciones y favorecer su autorrealización personal, sino que las libertades reconocidas en el art. 20 de la CE, significan también el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, valor fundamental y requisito del funcionamiento del Estado democrático (Auto del TC 213/2006, de 3 de julio, con cita de la Sentencia 12/1982, de 31 de marzo). Se trata según dicho Auto de la formulación de pensamiento, ideas y opiniones sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, que dispone de un campo de acción muy amplio solo delimitado por la ausencia de expresiones innecesarias para la expresión de la idea que se pretende - TC 107/1988, de 8 de junio - ya que la Constitución no reconoce un derecho al insulto - STC 6/2000, de 17 de enero -, ello en el sentido de que no es que la Constitución vede en cualquier circunstancia el uso de expresiones hirientes, sino que de la propia protección constitucional que otorga el art. 20.1 . a) están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir las que, en las concretas circunstancias del caso y al margen de la veracidad o inveracidad, sean ofensivas y resulten Impertinentes para expresar las opiniones de que se trate".

c) En la medida en que la Constitución no prohíbe su propio cuestionamiento ni su reforma por las vías legítimas, en tanto el pueblo español lo decida, la crítica de una institución constitucional no está excluida del derecho a la libertad de expresión, y en tales casos este derecho adquiere, frente al derecho al honor, el carácter de un derecho constitucional prevalente en tales materias. La Constitución no acuerda el derecho a la libertad de expresión solo para algunos puntos de vista considerados correctos, sino para todas las ideas dentro de los límites que ella misma establezca (STS de 26 de abril de 1991 y Auto del TC 19/1992, de 27 de enero de 1992).

Naturalmente, dice el Auto ya citado 213/2006 del TC, "en una sociedad democrática, con libertad

“el acto de la quema de "una fotografía institucional", aquella que se utiliza en las sedes oficiales y preside los actos públicos, de SSMM los Reyes de España, dentro de una concentración o manifestación organizada por plataformas contrarias a la Monarquía como forma de Gobierno, integra en mi opinión una crítica a una causa pública que en manera alguna supone un menosprecio intrínsecamente vejatorio carente de relación con la ideología expresada, sin que afecte al núcleo último de la personalidad excluido del ámbito del derecho a la libertad de expresión como manifestación externa del derecho a la libertad ideológica; conclusión en el juicio de ponderación a la que se llega considerando la "parafernalia" empleada por los acusados: fotografía colocada boca abajo y aquellos ocultando sus rostros, puesto que ello no modifica la naturaleza reivindicativa ideológica de la acción como rechazo a la presencia monárquica en Cataluña.

ideológica y de expresión, la caracterización del Rey y de la Institución que encarna en su persona como símbolo de la unidad y permanencia del Estado, confiándole el arbitrio y moderación del funcionamiento de las instituciones (art. 56.1 CE), posición que le hace acreedor de un respeto institucional cualitativamente distinto al de las demás Instituciones del Estado, no le hace inmune a la crítica en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas -en los términos del art. 490.3 CP -, si bien tal eventual crítica no puede servir de pretexto para menospreciar gratuitamente su dignidad o su estima pública afectando al núcleo último de su dignidad.

d) Por lo que se refiere a los límites del derecho a la libertad de expresión, dado que la propia Constitución no obstante la trascendencia y la preponderancia que se debe atribuir a la misma, reconoce en el art. 20.4 que no es un derecho ilimitado y absoluto y que existen límites por el respeto debido a otros derechos fundamentales y en concreto hace expresa referencia al derecho al honor, el TC en Sentencia 39/2000, de 28 de febrero, dice que "el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información no puede configurarse como absoluto, puesto que, si bien reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejercitan de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la CE les concede su protección preferente (STC 171/1990, de 12 de noviembre)". Ello no significa según la STC 336/1993, de 15 de noviembre, con cita de las 190/1992 y 105/1990, que en atención a su carácter público las personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el art. 18.1 de la CE garantiza, también en este ámbito es preciso respetar la reputación ajena -art. 10.2 CEDH. según SS. TEDH. de 8 de julio de 1986 caso Lingens y de 20 de mayo de 1999, caso Bladet Tromso y Stensaas- y al honor, porque estos derechos constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar (SSTC 232/2002; 297/2000; 49/2001 y 76/2002). En modo alguno la libertad de expresión comporta un pretendido derecho al insulto ya que la CE no veda el uso de expresiones hirientes o molestas, pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias. Por último, las SS del Trib. Supremo de 26 de abril de 1991 y STS. de 31 de octubre de 2005 -Sentencias respecto de las que el TC inadmite sendas demandas de amparo por autos 19/1992, de 27 de enero, y 213/2006, de 3 de julio - afirma que el derecho a la libertad de expresión no alcanza a justificar intervenciones en el derecho al honor que afecten al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda injerencia de parte de terceros, Sentencias que además recuerdan que "la singular significación de este ámbito de la personalidad determina que su afeción resulte en todo caso innecesaria, pues siempre será posible verter las opiniones aún más hirientes sin afectar al aspecto del honor que coincide íntegramente con el núcleo intangible de la dignidad de la persona, consecuentemente, cuando las expresiones de menosprecio se extienden a este núcleo último y más estrecho de la persona en cuanto tal, el ejercicio fundamental de la libertad de expresión resulta innecesaria, dado que el ejercicio de este derecho, como todos, está no solo sometido al límite, más o menos flexible, que expresamente contiene el art. 20 CE, sino también, al respeto de los fundamentos del orden público y de la paz social que establece el art. 10.1 de nuestra Constitución”.

*El ejercicio legítimo de las libertades ideológica y de expresión, sin exceder los límites que los arts. 16.1 y 20.4 de la CE establecen, amparan la conducta de los acusados y consecuentemente deberían ser absueltos del delito de injurias a la Corona”.*⁸⁴⁴

El Ilmo. Magistrado SÁEZ VALCÁRCER lleva a cabo una interpretación aún más precisa, pues determina, como a continuación veremos, el acto, como una expresión del lenguaje simbólico.

Así, en primer lugar, la quema de las fotografías las califica como un acto de disidencia política, pues con la misma lo que se pretende es cuestionar la Monarquía como forma de Estado, así como que la idea unitaria de nación. Como indica este Magistrado:

*“los acusados llevaron a cabo, en el contexto de una manifestación de protesta contra la visita de los Reyes a la ciudad de Girona, un acto de crítica política a la forma de gobierno y de reivindicación de la independencia de Cataluña. Esa opinión cuestiona instituciones básicas de nuestro sistema -la monarquía como forma del estado, su carácter hereditario como fuente de poder y la idea de una nación, argumentos de la confrontación ideológica en España- y goza del amparo jurídico en un sistema democrático, que se sostiene por el pluralismo y la libre confrontación de ideas en una opinión pública madura, precondition de la noción de democracia”.*⁸⁴⁵

Partiendo de la calificación que hace el Magistrado, es lógico concluir, como él hace, que: *“la conducta objeto de la condena es expresión de una disidencia política, por lo que su sanción penal compromete derechos humanos fundamentales como la libertad ideológica y la libertad de expresar opiniones, libertades reconocidas en los art. 16.1 y 20.1 -a de nuestra Constitución”.*⁸⁴⁶

Este voto particular destaca por ser de los pocos, en España, que hace mención al lenguaje simbólico como tal, y acepta que tanto la acción llevada a cabo, como los objetos sobre los que se lleva a término la misma, entrarían en la categoría de este tipo de lenguaje:

⁸⁴⁴ *Ibíd.*, F. Dº. 4º.

⁸⁴⁵ Voto particular que formula el magistrado Sr. SÁEZ VALCÁRCEL a la Sentencia. Punto 1.

⁸⁴⁶ *Ibíd.*

*“Prender fuego a banderas, símbolos, fotografías o representaciones iconográficas del poder en manifestaciones callejeras es un hecho normal en nuestro mundo globalizado, una manera de exteriorizar un rechazo radical. Las imágenes de muchos actos públicos en el planeta mundo, de los que dan cuenta los informativos audiovisuales, reflejan esa forma de expresión de disconformidad y crítica política. Los objetos que se consumen en la ira popular son símbolos del poder y la acción está cargada de sentido”.*⁸⁴⁷

También le da especial importancia a que la fotografía que se prenda fuego, sea precisamente una de carácter institucional, con lo cual, se refuerza aún más la idea de que nos encontramos ante una crítica ante la Monarquía, como institución.⁸⁴⁸

Se distancia también de la mayoría de Magistrados cuando considera que la Corona, como tal no tiene honor, pues el mismo, en tanto que manifestación de la dignidad, solo lo disponen las personas físicas. Y del acto juzgado, *“la quema simbólica de una efigie del poder- no se detecta ningún elemento que pueda objetivamente afectar a la dignidad, la fama o la propia estima del Rey o de la Reina”.*⁸⁴⁹ Pero incluso en el

⁸⁴⁷ *Ibídem*, Punto 2. También es interesante el excursus antropológico y mitológico que realiza sobre el fuego como elemento consustancial a la Humanidad (punto 3): *“Frente a lo que se afirma en la Sentencia de la que discrepo, el fuego es el más poderoso de los elementos básicos, junto al agua, el aire y la tierra. Ese fuego, que en la mitología clásica Prometeo entregara a los hombres, es fuente de vida, imprescindible como fuente de calor, pero sobre todo para cocinar los alimentos. El fuego es así la base de nuestra civilización. Todos los sacrificios y ceremonias religiosas cuentan con su presencia, ahí su función purificadora. Quemar una efigie o un icono del poder es un acto ritual -en un tiempo que se pretende construir al margen de esos códigos-, persigue poner de manifiesto que ese símbolo de la fuerza estatal es mortal, al contrario que el fuego de Zeus. Por ello, el disidente se confronta con la efigie, no insulta, solo expresa rechazo”.*

⁸⁴⁸ *Ibídem*, Punto 3: *“La foto que fue quemada en Girona era una imagen institucional del Rey y de la Reina, un retrato oficial que representa de modo notorio a la Corona, a nuestra forma de gobierno. Es una efigie. No se trata de un retrato personal, ni siquiera de una imagen de la vida cotidiana de los Reyes, luego no incorpora elementos de su personalidad y carácter, ni de su vida personal y familiar. En la crítica, cargada de sentido simbólico, no se mencionaba rasgo, gesto o circunstancia alguna de la persona del Jefe del Estado, por lo tanto no pudo afectarse el núcleo íntimo de su dignidad personal. Ni siquiera se criticaba al Rey actual, tampoco alguno de sus actos o decisiones, porque el lema de la manifestación denunciaba trescientos años de ocupación española, luego la crítica se dirigía de manera estricta y exclusiva contra la monarquía”.*

⁸⁴⁹ *Ibídem*, Punto 4: *“El tipo aplicado del art. 490.3 CP, que no es de injurias a la Corona sino al Rey -la Corona carece de honor, la interpretación que propicia la Sentencia va más allá del texto de la ley-, es una forma específica de las injurias que protege la dignidad de la persona, su fama a propia estima. La Sentencia parece desentenderse de la redacción del tipo (“el que calumniare o injuriare al Rey”) y de la definición que el código ofrece del núcleo de la acción (“es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”) para propiciar un concepto extensivo que abrace también la incolumidad de la institución frente a su posible menoscabo. La peligrosidad para las libertades relacionadas con la palabra, expresión de ideas y pensamientos, es evidente. Porque resulta alto problemático, sino imposible, identificar qué se quiere*

caso en que se considerase típica la conducta, la misma debería considerarse como carente de antijuricidad, puesto que, al entrar en juego el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (en su faceta de crítica política), la misma sería calificable como circunstancia excluyente del artículo 20.7 CP.⁸⁵⁰

Termina el Magistrado discrepante llevando a cabo el que es, quizás, el mejor análisis de la crítica política, como elemento nuclear de toda sociedad democrática, de cuantos conforman la jurisprudencia española:

“Por otro lado, se dice que el Rey es objeto de una especial protección más intensa que la del resto de los ciudadanos, una afirmación que resulta difícil de acoplar en el esquema del Estado constitucional, donde la legalidad y la jurisdicción se legitiman por la minimización del poder. La opinión pública libre es la sustancia de la democracia y la crítica política realiza el necesario control y el cuestionamiento de las instituciones, constituye la entraña de la democracia en su concepción clásica. Ninguna autoridad se sustrae a la crítica política. En puridad, cuanto más poder más sometimiento a la crítica, desde luego menor esfera de protección del honor de las personas que lo ocupan, siempre de manera provisional en democracia. Son indicios sobre la calidad de la esfera pública. El Rey ostenta la Jefatura del Estado, cuya forma política es la Monarquía. Además de hereditaria, por ello no electiva, no sometida a sufragio universal, la persona del Rey es inviolable e irresponsable (art. 56.3 CE). Esos rasgos, determinan que el espacio de protección de su persona, y de la propia institución, ante la crítica política sea, incluso, inferior al de otras personas o instituciones públicas. Además, la posibilidad de reforma constitucional y de modificación de la forma política del Estado es una alternativa legítima y amparada por el ordenamiento jurídico, porque la soberanía reside en el pueblo del que emanan todos los poderes.

La condena disuade gravemente la crítica política y cuestiona el carácter plural de la esfera pública. Desalienta la disidencia que se produce desde abajo, en la sociedad, la que viene del espacio público común, precisamente la más precaria y preciosa como sustancia del pluralismo y de la democracia, frente a la sobreprotección de la que goza su representación deformada que se escenifica en

proteger. La incolumidad tiene que ver con la integridad física o moral de un objeto. Cualquier lesión afecta a dicho objeto. Lo que resulta intolerable en un sistema democrático que se sustenta en la crítica libre a las instituciones.

En la acción incriminada -la quema simbólica de una efigie del poder- no se detecta ningún elemento que pueda objetivamente afectar a la dignidad, la fama o la propia estima del Rey o de la Reina, Lo que quiere decir que la conducta era atípica”.

⁸⁵⁰ *Ibídem, Punto 5: “Incluso, si se estimare que la acción comprometió el núcleo íntimo de la dignidad personal del Rey y de la Reina o, en la hipótesis de la Sentencia, que menoscabó la institución de la Corona, habría de aplicarse una circunstancia excluyente. Toda vez que el juego combinado de la libertad ideológica y de la libertad de expresión o de crítica política significaron en el caso el ejercicio legítimo de un derecho humano fundamental que ha de prevalecer sobre la fama, reputación, propia estima de las personas -que encarnan la figura del Rey y de la Reina-, y sobre la denominada incolumidad de la Corona -cualquiera que fuere el significado que pueda atribuírsele-, que se dicen atacadas por la quema de una efigie del poder (art. 20.7 CP)”.*

*los medios de comunicación de masas, prototipo de espacio privado y clausurado, cuya función es la exhibición de los discursos del consenso y la exclusión de las manifestaciones de discrepancia. La protesta social solo accede a los medios mediante actos rituales -como, por ejemplo, la quema de los iconos del poder-, si son reprimidos penalmente se impide el desarrollo del espíritu crítico, alimento de la libertad”.*⁸⁵¹

El nivel de la disertación del Ilmo. Sr. SÁEZ VALCÁRCER es tan elevado, que nada más tenemos que añadir. Pero sí que manifestaremos que, precisamente, el sentir de este voto ya está empezando a calar entre la Magistratura, como veremos en el caso analizado a continuación.

El Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la AN dictó, en fecha 19 de agosto de 2014, un Auto merecedor de ser analizado,⁸⁵² pues siendo reciente, ya incorpora parte de las tesis que se vienen defendiendo a lo largo de estas páginas.

Así pues, el Magistrado Sr. GÓMEZ BERMÚDEZ dictó auto de archivo (por atipicidad) por un presunto delito de injurias al Rey, con causa en la emisión, en la televisión autonómica catalana Canal 33, del programa “Bestiari Il·lustrat” en el que el entrevistado disparaba a diversas efigies, entre otras, a la del Rey.⁸⁵³

El argumento fundamental para dicho archivo es la falta de apreciación de “*animus iniuriandi*” en el hecho denunciado. Para llegar a esta conclusión, el Magistrado, con gran acierto, no descontextualiza el hecho denunciado⁸⁵⁴ del contenido

⁸⁵¹ *Ibíd*em, Punto 6º.

⁸⁵² Auto de 19 agosto de 2014, del Juzgado Central de Instrucción Nº 3 de la AN. JUR 2014\246508.

⁸⁵³ *Ibíd*em, Hecho único.

⁸⁵⁴ *Ibíd*em, F. Dº. 3º: “*En el caso de autos, el programa comienza presentando a los personajes.*

Rodrigo es periodista, guionista y escritor que, a los solos efectos de razonar esta resolución, puede calificarse de polemista y de escritor con una fuerte carga de ironía, humor y provocación.

Así, por ejemplo, su último libro, que se titula " 99 cosas que hem d'aniquilar si volem ser independents " (99 cosas que debemos aniquilar si queremos ser independientes), lleva en su portada una diana en la que aparecen con los símbolos del PP, PSC, la UE, una camiseta de la selección nacional de fútbol, una copa de cava y, en el centro una corona. En él se trata en tono irónico-crítico sobre cuestiones tan variopintas como los partidos políticos, La Bruixa d Or, Evaristo , el fuet, la crema catalana y otros.

En la cabecera del programa, cuando se presenta a los personajes invitados, respecto de Rodrigo se dice que es rápido como una bala, al tiempo que este, con una carabina, dispara al aire y una voz en off dice que en ese programa "morirá hasta el apuntador".

En lo que a esta causa respecta, bajo el título "Sang de remolatxa" -"Sangre de remolacha"- se ve en la primera escena a Rodrigo con una carabina, que dispara al aire, y, cuando Sagrario está presentándolo,

íntegro del programa, pues solo así se puede entender cuál es el verdadero propósito del autor. Así pues:

*“tanto del título general de esa parte del programa, cuanto del disparo a la presentadora y posterior pregunta, que contextualizan la totalidad de la entrevista (...) se concluye con claridad la ausencia de intención de ofender o menoscabar a La Corona. Bien al contrario, se trata de un programa de crítica socio-política, con mejor o peor gusto e incluso en ocasiones rayano en lo grosero, que queda amparado por la libertad de expresión y a la difusión libre de ideas, pensamientos y opiniones, reconocidos en el artículo 20 de la CE”.*⁸⁵⁵

Por último, deseamos destacar que el Magistrado se apoya, precisamente en el voto discrepante de la Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN, que resuelve el recurso de apelación del caso de “El Jueves”, para acabar de fundamentar su resolución judicial.⁸⁵⁶ En resumen, afirma, apoyándose en toda la jurisprudencia que ya conocemos del TEDH,⁸⁵⁷ que la crítica política goza de la máxima protección, debiendo ser sus

este dispara sobre ella que se ve como dobla las rodillas y cae. En ese momento, se produce un rebobinado y la presentadora pregunta a Rodrigo si de verdad es capaz de matarla, contestando “depende”.

⁸⁵⁵ *Ibíd.*, F. Dº. 3º.

⁸⁵⁶ Ver el epígrafe en el que se estudia el caso de “El Jueves”.

⁸⁵⁷ Auto de AN (Juzgado Central de Instrucción nº 3), de 19 agosto de 2014. JUR 2014\246508. F. Dº. 3º: *“Ha de recordarse que el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce la libertad de expresión y permite que su ejercicio pueda someterse a ciertas restricciones y sanciones siempre que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática. En términos parecidos declaraba nuestra Constitución en su art. 20 la protección de esos derechos fundamentales.*

La libertad de expresión es precondition del funcionamiento de la democracia, de ahí la especial amplitud del objeto de protección que abarca cualquier idea u opinión, incluso los que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a un sector de la sociedad. Porque así lo requiere el pluralismo, valor superior de nuestro ordenamiento, sin el que no existe sociedad democrática (ver STEDH Handyside contra Reino Unido, 7.12.1976).

La restricción de la libertad de expresión ha de perseguir alguno de los fines que la justifican según el art. 10.2 del Convenio Europeo, en este caso solo podríamos relacionar la persecución penal de los humoristas gráficos desde la perspectiva de la protección de la reputación o de los derechos ajenos. El criterio de interpretación para establecer el límite del derecho, según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha de ser el grado de vinculación de la expresión u opinión con el valor de la democracia. Si la crítica afecta a la Corona o a otras instituciones del Gobierno o de los poderes del Estado -aquí la caricatura criticaba a la forma de Gobierno y a las prerrogativas del Príncipe heredero-, su conexión con el valor de la democracia es intensa, porque venía a cuestionar las instituciones, función de la política en sus más puras manifestaciones.

Ha de entenderse formando parte de la libertad de expresión a todo acto comunicativo mediante el que se emitan ideas, pensamientos y juicios de valor. Y ese derecho goza de una protección más amplia que la libertad de información que es susceptible de prueba sobre la verdad del mensaje o sobre su correspondencia con la realidad, a diferencia de las opiniones, que solo pueden valorarse según criterios lógicos, de coherencia narrativa y de razonabilidad o pautas morales y políticas. Es por ello que la libertad de expresión o crítica política goza del máximo nivel de protección, ya que el libre debate

límites los más estrictamente interpretados, aun cuando la misma se exprese de manera hiriente, pues ese es el resultado, en ocasiones, del libre debate de las ideas, propio de toda sociedad democrática.

Por último, queremos traer a colación dos resoluciones que suponen la expresión perfecta del lenguaje simbólico, puesto que con ellas no cabe la más mínima duda, de que quienes ejercían las correspondientes acciones enjuiciadas, no lo hacían con el propósito de zaherir el honor de nadie, sino manifestar su disconformidad con la institución monárquica y con lo que la misma simboliza.

En primer lugar, queremos traer a colación una Sentencia de la Sala de lo Criminal del TS, que fue dictada en fecha 29 noviembre de 1983,⁸⁵⁸ y que resolvió el conocido caso de la Casa de Juntas de Guernica.

Así, los hechos que fueron objeto de procesamiento fueron los siguientes: En 1981, en la primera visita que hicieron los Reyes a Euskadi, habiendo acudido los representantes políticos de las diferentes instituciones vascas, a la Casa de Juntas de Guernica y, apenas comenzar el Monarca su discurso, diferentes políticos independentistas interrumpieron al mismo cantando, puño en alto, el himno del guerrero vasco conocido como «Eusko Gudariak». Dichas personas fueron expulsadas, pudiendo, posteriormente continuar el Rey con su discurso. En la llegada del Jefe del Estado al aeropuerto, ya habían llevado a cabo la misma acción, quedando probado que, con este cántico, pretendían mostrar su rechazo a la visita del Rey.⁸⁵⁹

político "pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira el Convenio" (TEDH caso Lingens contra Austria, 8.7.1986).

Cuando el objeto de la crítica es un político o el Gobierno, el espacio permisible de la crítica, aún de la que se exprese de manera acerba e hiriente, incluso falsa si no hubiera mala fe, es especialmente amplio (TEDH Castells contra España, 23.4.1992), aunque la crítica afecte a la persona misma, porque "la invectiva política a menudo incide en la esfera de lo personal", debiendo aceptarse esos ataques como "azares de la política y del libre debate de las ideas" (TEDH Lopes Gomes da Silva contra Portugal, 25.6.2000, que había sido tildado de grotesco, bufón y basto)".

⁸⁵⁸ STS (Sala de lo Criminal) de 29 noviembre 1983. RJ 1983\5967.

⁸⁵⁹ *Ibídem*: "Se declara probado que el día 4 febrero 1981, se celebraba en la Casa de Juntas de Guernica un acto solemne con motivo de la primera visita que hacían al País Vasco SS. MM. los Reyes

Por estos hechos, el TS condenó a los procesados por un delito de desórdenes públicos, pero absueltos del delito de injurias al Jefe del Estado. La razón de dicha absolución la encontramos en la falta del elemento subjetivo del tipo, es decir, de “*animus iniuriandi*”, en la actuación de los encausados. Como reconoce el TS, la indagación cuál es el verdadero propósito en:

“el delito de contextura política, como es el que se enjuicia se hace particularmente compleja, puesto que el ánimo de crítica puede estar presente, hasta el punto de obscurecer e incluso enervar el propósito difamatorio, dificultad que sube de punto, si cabe, en la injuria fáctica o gestual, pues así como en la injuria verbal (oral o

de España, acto al que asistían el Gobierno Vasco, Diputados y Senadores por dicho País en las Cortes Generales del Estado, Apoderados a Juntas Generales de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, miembros del Parlamento Vasco, Diputados Forales de los Tres Territorios Históricos, Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, séquito de Sus Majestades, Gobernador Civil y Militar de Vizcaya y otras Autoridades, en el que hablaron, en primer término, el Diputado General de Vizcaya don José María M. Z., después el Presidente del Parlamento Vasco don Juan J. P. A., y en tercer lugar, el Lehendakari del Gobierno Vasco don Carlos G., cuyos discursos se pronunciaron en tonos de salutación y acogimiento a los Reyes de España que presidían dicho acto, amén de evocar los fueros y libertades históricas del pueblo vasco, tras lo cual se dispuso a intervenir S. M. el Rey, para finalizar con su parlamento la histórica y señalada reunión a la que habían sido, ya convocadas, ya invitadas, las referidas Autoridades y personalidades políticas de la Comunidad Autónoma Vasca, pero apenas el Monarca había pronunciado las primeras palabras de su alocución, miembros de la «Coalición Herri Batasuna» y en menor número de la facción política «LAIA» que se había separado de aquella, prorrumpieron a cantar, puño en alto, el himno del guerrero vasco conocido en la lengua vernácula como «Eusko Gudariak», conducta y actitud impropias del acto que tenía lugar que, además de interrumpir la alocución regia provocó, como era de esperar, la consiguiente repulsa de gran parte de los demás asistentes a la reunión, que con aplausos y gritos de «fuera, fuera», trataron de acallar a los que de tan insólita manera se manifestaban, sin que por ello desistieran de su irrespetuosa intervención ante el Jefe del Estado y demás autoridades concurrentes, lo que obligó al Presidente del Parlamento Vasco que dirigía el acto, tras infructuosas voces para que se guardara el orden, a que las personas designadas para tal fin expulsaran a los provocadores del alboroto y confusión así creados, expulsión que al fin tuvo lugar y con la que se restableció la calma que permitió reanudar el discurso de S. M. y concluir el acto en los términos previstos, no sin que el Jefe del Estado se refiriera a los enemigos de la libertad y de la democracia sin referencia personal alguna, pero que, claramente, eran condenatorias de la escena que acababa de vivirse por todos los asistentes. Entre las personas que intervinieron en la mentada interrupción colectiva han sido identificados los procesados Antonio M. I. J., Miguel José C. C., A., Ignacio A. R. de P. U., Jokin G. A., Juan C. I. G., José M. A. T., Santiago B. P., Javier J. P. de H. A., Javier C. A. Z., José D. C. y A., José L. C. G., Guillermo P. y L. de L., Juan B. I. S. y José E. B., pertenecientes a la citada «Coalición Herri Batasuna» y a los procesados José E. A. y Martín J. D., pertenecientes a «LAIA». Es de notar que los miembros de aquella Coalición habían celebrado una asamblea previa en la que acordaron manifestar su repudio por la visita del Rey, como ya lo hicieron cuando este tomó tierra en el aeropuerto de Foronda, a su llegada a Vitoria, en cuya ocasión también entonaron el referido cántico, postura de oposición que igualmente decidieron adoptar en la reunión relatada al creer, en su sentir, que debía haber sido prevista su intervención como segunda fuerza política del País Vasco en aquel entonces. El procesado José L. C. G. ha sido condenado anteriormente por SS. de 9 junio 1960 y 28 mayo 1980, y por sendos delitos de terrorismo, a las penas de seis meses y un día de prisión menor y diez meses de prisión menor, respectivamente”.

escrita) la carga ofensiva de las palabras pueden ya denunciar por sí dicha intencionalidad, en situación muy próxima al llamado “dolus in re ipsa”, en la especie real de índole política, si el contexto todo de la acción no es unívocamente injurioso (lo opuesto a lo que suele acontecer en la vida social con los gestos de burla o afrentosos), será extremadamente arduo, sacar a luz la última y recóndita intención inserta en una externa manifestación de oposición o censura al gobierno o administración de la «res pública».

Que descartado el contenido injurioso de la canción de autos, siquiera tenga un matiz político claramente reivindicativo, si nos atenemos estrictamente al total contexto de la escena en que se produjo, esta Sala no puede aseverar, con la contundencia probatoria que sería menester, que el ánimo y propósito de los procesados, con su acto de interrupción del discurso de S. M., estaba dirigido a ofender el honor de la persona regia, ánimo que, como se ha dicho constituye el alma antijurídica de la infracción, lo que traducido al plano de la culpabilidad implica un dolo directo o de propósito, excluyente del eventual y de la culpa; puesto que, repetimos, si la actitud y conducta de los procesados es objetivamente de poca estima o menosprecio para la persona del Rey, no puede decirse con la misma seguridad si con tal acción quisieron ofender su honorabilidad o exclusivamente poner de manifiesto su disconformidad con el acto, tal como pretenden los procesados, al no tomarse en cuenta su intervención en el mismo; por todo lo cual se da, al menos, una duda interpretativa de la prueba practicada que debe resolverse según principio axiomático de derecho penal, hoy reforzado por el art. 24-2 de la Constitución, en favor del reo”.⁸⁶⁰

Entendemos que esta Sentencia tiene una importancia fundamental, en primer lugar, por el momento en que se dicta y, en segundo lugar, porque lamentablemente, esta interpretación no tuvo mayor seguimiento, como ya hemos podido comprobar, hasta fechas muy recientes, siendo las resoluciones judiciales que se han dictado en este mismo sentido, cuasi testimoniales.

Hemos querido dejar en último lugar, un asunto que precisamente fue iniciado por una querrela en la que hacía referencia a dos de los delitos que aquí hemos tratado, cual es el de injurias al Rey y el de ultrajes a España. Se trata del auto de inadmisión, de fecha 15 de julio de 2009, dictado por el Juzgado Central de Instrucción número 1 de la AN,⁸⁶¹ que resuelve el famoso asunto de las pitadas en la final del torneo de la Copa del Rey, que enfrentaban a dos equipos de fútbol, el Athletic Club de Bilbao y al F.C. Barcelona.

⁸⁶⁰ *Ibidem.*

⁸⁶¹ Auto de la AN (Juzgado Central de Instrucción n° 1) de 15 de julio de 2009, dictado en el seno de las Diligencias Previa n° 199/2009. TOL 1.562.272.

Los hechos se resumen del siguiente modo: Cuando el Rey entró en el palco, y durante la interpretación del himno, las hinchadas de ambas aficiones comenzaron a silbar, sacando pancartas con el lema “*good bye Spain*”.

Ello ocasionó que se interpusiese una querrela, por los presuntos delitos de injurias al Rey, apología del odio nacional y ultrajes a España. El instructor inadmitió la querrela, pues como con acierto indica, dichas acciones “*están amparadas por la libertad de expresión, y no pueden considerarse difamatorias, injuriosas o calumniosas, ni mucho menos que propugnen el odio nacional o ultraje a la Nación; no siendo merecedoras de reproche penal, teniendo además en cuenta el principio de intervención mínima*”.⁸⁶²

Podemos concluir este apartado con las palabras que, acertadamente, manifiesta CARMONA SALGADO:

“tales actitudes, que podemos compartir o no, e incluso repudiar abiertamente a título personal, son, no obstante, insuficientes e inidóneas a efectos de justificar en democracia la protección prevalente de símbolos y emblemas nacionales o autonómicos (banderas, escudos, etc.) frente a la tutela constitucional de ese derecho fundamental. En definitiva, y al menos en mi opinión, la vía sancionadora penal no es la adecuada para hacer frente a esta clase de hechos, convirtiéndose, además, en ilegítima al intentar reparar mediante su comisión las ofensas causadas en la ideología y los sentimientos de un sector de la sociedad, que, aunque probablemente minoritario, no deja por ello de constituir una parte importante de la misma”.⁸⁶³

VIII.- ALGUNAS CONSIDERACIONES DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS Y DEL RELATOR DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, AL RESPECTO DE LAS CRÍTICAS POLÍTICO-INSTITUCIONALES

Antes de terminar el presente capítulo, creemos necesario traer a colación las consideraciones que específicamente en relación concreta con el tema del pretendido

⁸⁶² *Ibíd*em, razonamiento jurídico único.

⁸⁶³ CARMONA SALGADO, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, cit., pág. 222.

derecho al honor de las instituciones, la crítica político-institucional y su persecución penal, han llevado a cabo las Naciones Unidas (NNUU), pues veremos, una vez más, como nuestro Derecho interno contradice al Derecho internacional (y no solo al que emana del Consejo de Europa).

Como ya vimos en el capítulo correspondiente, el derecho a la libertad de expresión también se encuentra recogido en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Su órgano de control, el Comité de Derechos Humanos, en su observación general número 34,⁸⁶⁴ trata sobre este derecho de modo general, y en concreto, y por lo que aquí respecta, hace una serie de consideraciones que resultan fundamentales.

Así pues, para el Comité:

*“La libre comunicación de informaciones e ideas acerca de cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable. Ello comporta la existencia de una prensa y otros medios de comunicación libres y capaces de comentar cuestiones públicas, así como de informar a la opinión pública, sin censuras ni limitaciones”.*⁸⁶⁵

Como consecuencia de lo anterior, el Comité ha observado que:

*“en el debate público sobre figuras políticas y de las instituciones públicas a efectos del Pacto es sumamente importante que la expresión pueda tener lugar sin inhibiciones. Por lo tanto, el simple hecho de considerar que una declaración insulta a una figura pública no basta para justificar la imposición de sanciones (...) Además, todas las figuras públicas, incluso las que ejercen los cargos políticos de mayor importancia, como los Jefes de Estado o de Gobierno, pueden ser objeto legítimo de críticas y oposición política. En consecuencia, el Comité ha expresado su preocupación en relación con leyes sobre cuestiones tales como la lèse majesté, el desacato, la falta de respeto por la autoridad, la falta de respeto por las banderas y los símbolos, la difamación del Jefe de Estado y la protección del honor de los funcionarios públicos. Las leyes no deben establecer penas más severas según cual sea la persona criticada. Los Estados partes no deben prohibir la crítica de las instituciones, como el ejército o la administración”.*⁸⁶⁶ *“Los Estados partes deberían considerar la posibilidad de despenalizar la difamación y, en todo caso, la*

⁸⁶⁴ Observación general n° 34 del Comité de Derechos Humanos (12-IX -2011), 102º período de sesiones, Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011, CCPR/C/GC/34, disponible en: www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34_sp.doc

⁸⁶⁵ *Ibíd*em, Consideración general n° 25.

⁸⁶⁶ *Ibíd*em, Consideración general n° 38.

*normativa penal solo debería aplicarse en los casos más graves, y la pena de prisión no es nunca adecuada”.*⁸⁶⁷

El Relator Especial de las Naciones Unidas, sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. D. FRANK LA RUE, en su Informe de 2010,⁸⁶⁸ muestra su preocupación sobre las restricciones que, en el ámbito de la crítica política pueda sufrir la libertad de expresión, y aboga directamente por la despenalización de las injurias y calumnias a las instituciones, así como por la abolición del delito de ultrajes.

Así pues, en relación a la cuestión aquí tratada, el Relator indica literalmente que:

*“Con respecto a las limitaciones impuestas sobre el derecho a la libertad de expresión justificadas sobre la base de la protección de los derechos o la reputación de los demás, el Relator Especial reitera que este fundamento no debe ser usado para proteger al Estado y a sus oficiales de la opinión pública y de la crítica. Es criterio del Relator Especial que en el caso de funcionarios públicos y en lo relativo al desempeño de su cargo, no cabe ninguna acción penal o civil por difamación, y debe eliminarse toda regulación sobre desacato”.*⁸⁶⁹

*“El Relator Especial considera que todo intento de criminalización de la libertad de expresión como medio para limitarla o censurarla debe ser abolido. Por lo tanto, alienta los esfuerzos que tienden a despenalizar las acciones consideradas como difamación y convertirlas en acciones que puedan justificar únicamente reclamos por responsabilidad civil como medio de protección a la reputación de personas. Sin embargo, las sanciones civiles por difamación no deben ser tan amplias como para producir el efecto de dejar en suspenso la libertad de expresión, y deben ser diseñadas a fin de permitir restaurar la reputación dañada, no para compensar al denunciante o para castigar al denunciado; en particular, las penas pecuniarias deben ser estrictamente proporcionales al daño efectivamente causado; y la ley debe dar prioridad al uso de reparaciones no pecuniarias, por ejemplo, la disculpa, la rectificación o aclaración”.*⁸⁷⁰

“Estas figuras penales tampoco pueden ser utilizadas para proteger entes o construcciones abstractas o subjetivas tales como el Estado, los símbolos nacionales, la identidad nacional, las culturas, las escuelas de pensamiento, las religiones, las ideologías o las doctrinas políticas. Lo anterior está en congruencia con lo que el Relator Especial ha sostenido en cuanto a que el derecho internacional de los derechos humanos protege a individuos y grupos humanos, no

⁸⁶⁷ *Ibíd*em, Consideración general 47.

⁸⁶⁸ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. FRANK LA RUE (20-IV-2010), Consejo de Derechos Humanos, 14º período de sesiones, A/HRC/14/23, disponible en:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/130/52/PDF/G1013052.pdf?OpenElement>

⁸⁶⁹ *Ibíd*em, Apartado 82.

⁸⁷⁰ *Ibíd*em, Apartado 83.

a entes abstractos o instituciones que están sujetas a estudio, comentario o crítica".⁸⁷¹

En resumen, que para el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la materia, la protección de la reputación no debe ser usada para proteger al Estado y a sus oficiales de la opinión pública y de la crítica, debiéndose despenalizar los tipos relativos a las injurias y calumnias a las instituciones, así como a entes abstractos (como en el caso de los ultrajes) pues el honor es patrimonio exclusivo de las personas físicas. Así mismo, entiende que, aun cuando la vía civil es la adecuada para resolver este tipo de conflictos, las indemnizaciones deberán tener como fin, única y exclusivamente, la reparación del daño causado; puesto que admitir sumas que excedan dicho límite supondría, *de facto*, dejar sin efecto la libertad de expresión. Además, se deberá de dar prioridad a la disculpa, rectificación o aclaración, Por tanto, para el Sr. LA RUE, el perverso efecto disuasorio se puede producir tanto por la vía penal, como por la civil, si se aceptan indemnizaciones desproporcionadas.

Como es evidente, la tesis que se sostiene a lo largo de estas página coincide plenamente con la aquí expuesta por el Relator de las Naciones Unidas, por lo que no podemos más que felicitarnos, y, a la vez, mostrar nuestra preocupación por el proceder de nuestro legislador, así como de la judicatura española, totalmente alejados de estos postulados.

IX.- UNA REFLEXIÓN FINAL

Tras hacer este repaso legal, doctrinal y jurisprudencial, sobre la protección jurídico penal de las instituciones en España, podemos concluir que la misma es contraria a la letra y al espíritu del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Como primera reflexión, negamos la mayor, pues entendemos que las instituciones, como tal, no merecen la protección jurídico penal que les otorga la ley española, por un motivo básico, y es que las mismas no tienen honor, en tanto que

⁸⁷¹ *Ibidem*, Apartado 84.

adolecen de dignidad, pues la misma es una cualidad solo predicable del ser humano. Ello no quiere decir que las personas físicas que se encuentren al frente de las mismas estén desamparadas. Así, dichos seres humanos, si se ven violentados en su honor podrán acudir a la vía judicial a fin solicitar una reparación por el daño sufrido. En este punto, entendemos, además, que salvo que fuese la imputación directa e inequívoca de un delito, o de un hecho que, aun cuando no fuese delito, fuese de especial gravedad, la vía más adecuada sería la civil, por considerar la penal como última *ratio*, respetando así, el principio de intervención mínima que debe caracterizar al Derecho Penal.

Además, como ya hemos visto a lo largo de este capítulo, la vía penal puede acabar convirtiéndose en un instrumento censor de aquellas opiniones disidentes con el orden establecido. Así, la permanencia de estos delitos tiene dos efectos perversos: en primer lugar, sancionar a aquel que manifiesta opiniones diferentes al de la mayoría de la población (al disidente) o a lo políticamente correcto; y, en segundo lugar, algo aún más peligroso, como es el efecto disuasorio, de desaliento (*chilling effect*), tanto de aquel que así opina y se expresa, como, sobre todo, de quienes pretendieran hacerlo en el futuro.

Además, no se puede confundir el juicio moral o estético que a cada cual le parezca una acción o una expresión, con lo que debe ser perseguible penalmente o no. Así pues, determinadas manifestaciones las podremos compartir o no, o incluso rechazar abiertamente, a título personal, pero ello no justificará, en absoluto, la imposición de sanciones penales. El Derecho Penal no está para sancionar el mal gusto, lo soez o lo grotesco, que, por lo demás, no son más que apreciaciones subjetivas.

Tampoco el Derecho Penal está para imponer, por la vía sancionadora, un sentimiento patriótico o nacionalista. Así pues, habrá quien no comparta la idea de que España es una nación, como quien entienda que el reconocimiento de las nacionalidades históricas es el resultado de un cambalache político que no se corresponde con la realidad y, además, supone un auténtico quebranto del principio de igualdad soberana, así como quien no crea en las naciones ni en los Estados, pues, para él, no son más que

el resultado de los intereses de las élites dominantes interesadas en buscar enemigos exteriores, para seguir sometiendo a las clases populares. Al fin y al cabo, todas estas no son más que opiniones de carácter político, y mientras no vayan acompañadas de actos violentos, o palabras que se puedan entender como incitadoras a la violencia, o enmarcables dentro del discurso del odio, estarían, o deberían estar, amparadas por la libertad de expresión.

El legislador español parte de un principio, que tiene que ver más con nuestro sistema predemocrático que con un auténtico régimen de libertades, y es que las instituciones, como tal, merecen tener una protección de su prestigio por la vía punitiva, más que por la propia apreciación social de la ciudadanía. En las sociedades más avanzadas, se produce una confianza en las instituciones, precisamente porque estas son absolutamente transparentes y están al servicio de la ciudadanía. En otras palabras, la confianza en las instituciones se da como resultado de su buen funcionamiento. Ello conlleva que los administrados sepan exactamente cómo se está gestionando, en cada momento, la *res pública*. Consecuentemente, las instituciones estarán prestigiadas, no porque haya sanciones penales, sino porque se dé una identificación entre ciudadano e institución a su servicio, en la cual se reconozcan. La fortaleza de la institución, por tanto, no estará en la protección penal, sino en la confianza que le inspire a aquellos que administra. Cuando ello se produzca, la propia sociedad rechazará a aquellos que las puedan cuestionar, sin necesidad de recurrir a ningún sistema punitivo. Si se tiene que recurrir al Derecho Penal, es debido, precisamente, a una falta de confianza de quienes están al frente de las instituciones, en aquellos a los que debería de estar sirviendo. Por tanto, se pretende suplir esa presunta falta de apoyo social, recurriéndose a la criminalización de aquellas conductas que las cuestionan. Insistimos en lo que indicamos al principio de este capítulo, y es que arrastramos la carencia de una verdadera revolución liberal. Recordemos, en este punto, lo que se indicaba en el artículo tercero de la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia (1776):

“Que el gobierno es, o debiera ser, instituido para el bien común, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los modos y formas de

gobierno, el mejor es el capaz de producir el máximo grado de felicidad y seguridad, y es el más eficazmente protegido contra el peligro de la mala administración; y que cuando cualquier gobierno sea considerado inadecuado, o contrario a estos propósitos, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indudable, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo, de la manera que más satisfaga el bien común”.

Una manifestación de este tipo solo puede ser el resultado de una revolución liberal, que entiende que la Administración del Estado está al servicio del pueblo, y no al revés. La protección, *per se*, de la reputación de la Administración, con independencia del funcionamiento correcto o incorrecto, u opaco o transparente de la misma, no tiene cabida en un régimen de libertades.

En consecuencia, la única solución que, entendemos, respetaría el espíritu y la letra del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como lo dispuesto por el propio Relator de la ONU sobre la materia, Sr. LA RUE, sería la derogación de todos los artículos del CP que hemos analizado en estas páginas, relativos al honor de las instituciones (incluida la Corona) y a los ultrajes, pues su mera permanencia ejerce un efecto disuasorio sobre todos aquellos que deseen ejercer su derecho a la crítica político-institucional.

VII.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- Tanto el derecho al honor, como la libertad de expresión pueden ser calificados como derechos humanos, derechos fundamentales y derechos de la personalidad, pues, en los tres casos, su fundamento es el mismo: el respeto a la dignidad humana.

Aun cuando en su génesis, es evidente que la categoría jurídica de los derechos humanos venía ligada al iusnaturalismo, ello se ha visto ampliamente superado, con la positivización de los mismos. Hoy en día, podemos afirmar que, sustantivamente, no hay diferencias entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, siendo que el elemento que los distingue es el ordenamiento jurídico que los reconoce, el internacional, en el primer caso, y el interno, en el segundo. Un argumento a favor de esa sustantividad material superadora de ese dualismo Derecho interno - Derecho internacional lo da la UE. Así, el legislador europeo ha asumido la nomenclatura de Carta de derechos *fundamentales* de la UE.

Por último, respecto de los derechos de la personalidad, debemos señalar que se trata de una categoría jurídica puramente doctrinal, que se ha visto orillada por las categorías anteriores, que sí que han recibido una protección jurídica concreta como tales.

SEGUNDA.- De todos los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, el recogido en el CEDH es el más avanzado, pues reconoce la posibilidad de que quien se considere víctima de una lesión de un derecho reconocido en el CEDH, pueda acudir a un órgano judicial, como es el TEDH, el cual declarará si, efectivamente, el Estado ha vulnerado o no tal derecho.

TERCERA.- A pesar de ser el sistema de protección internacional de derechos humanos más avanzado, el mismo falla en cuanto a la eficacia de las sentencias del

TEDH. Así pues, si bien es cierto que las sentencias tienen eficacia de cosa juzgada y carácter obligatorio para las partes, no se prescribe, por el CEDH, un sistema que permita la *restitutio in integrum* a la víctima de la intromisión. Dicha restitución debería conllevar que el Estado llevase a cabo, obligatoriamente, todas las actuaciones internas necesarias para devolver a la víctima a la situación previa a la vulneración del derecho reconocida por el TEDH, así como a indemnizarla por los daños sufridos y que ya sean irreparables.

Sin embargo, el CEDH establece un sistema claramente deficiente. Así pues, en primer lugar, no prevé la necesaria fuerza ejecutiva imprescindible de todo órgano judicial, siendo que esta carencia responde a la naturaleza de sus sentencias, la cual es meramente declarativa. Ello supone que el TEDH se limitará a reconocer si ha habido o no conculcación, por parte del Estado, de un derecho reconocido en el CEDH, no pudiendo, de suyo, ejecutar su propia sentencia. Dicha ejecución se deja en manos del Estado condenado, el cual podrá adoptar las medidas que considere más adecuadas para dar cumplimiento a la sentencia.

Hasta la reforma introducida por el Protocolo número 14 al CEDH, en vigor desde el 1 de junio de 2010, el Comité de Ministros del Consejo de Europa era el encargado de supervisar que los Estados procedieran a la ejecución de las sentencias. Tras dicha reforma, se suma en dicha labor, el TEDH, al cual se le otorga el papel de supervisor último en la ejecución de la sentencia, cuando haya un problema interpretativo con la misma o cuando el Estado se niegue a adoptar medida alguna encaminada a ejecutar la sentencia. Es muy pronto para analizar el impacto de esta reforma, pues sólo con el paso del tiempo se podrá comprobar cuál es la eficacia real de la misma. Pero, en todo caso, sí que deseamos manifestar que esta reforma nace viciada de origen, habida cuenta que deja en manos del Comité de Ministros el poder denunciar, ante el TEDH, el problema interpretativo derivado de la sentencia o la falta de adopción de medidas ejecutivas por parte del Estado condenado. Por tanto, se deja al margen a la víctima, que es a quien debería haberse habilitado, por ser el principal interesado.

Además, esta reforma ha desaprovechado la oportunidad de otorgar al TEDH la potestad de revisar de oficio el cumplimiento de sus sentencias.

En todo caso, los Estados se han comprometido a acatar las sentencias del TEDH. Ello debería haber conllevado que todas las Partes hubiesen aprobado una legislación estatal que permitiese la ejecución directa ante los tribunales internos, una vez constatada la conculcación del derecho por parte del TEDH. De momento, esta solución no ha sido adoptada por España.

La falta de voluntad política demostrada por el legislador español al no adoptar un proceso interno de ejecución de sentencias del TEDH es la causa por la que la Sala de lo Penal del TS se ha visto abocada a interpretar forzosamente el recurso de revisión como instrumento habilitante para poder dar cumplimiento a las sentencias del TEDH. Dicha interpretación es cuestionable técnicamente, porque una sentencia de este organismo no puede ser considerada como un “*hecho nuevo o un nuevo elemento de prueba*”, que es la causa a la que se han acogido los Magistrados del TS, prevista en la LECRIM, como justificativa del recurso extraordinario de revisión. Además, dicha interpretación la lleva a cabo sólo la Sala de lo Penal. Ello nos lleva a preguntarnos qué ocurre con las conculcaciones de derechos del CEDH que tengan origen en otros órdenes, como el civil, el social o el contencioso-administrativo.

Consecuentemente, sería conveniente la adopción por parte del legislador español de una norma interna que regule, de manera clara, una vía procesal (referida a todos los órdenes jurisdiccionales) útil para poder dar cumplimiento fiel, real y efectivo a las sentencias del TEDH.

CUARTA.- Además del efecto de cosa juzgada *inter partes*, las sentencias del TEDH también tienen efecto de cosa interpretada *erga omnes*. Ello supone que la interpretación que haga el TEDH de un derecho concreto deberá ser tenida en cuenta en el futuro por los tribunales internos de cada uno de los Estados miembros, como criterio hermenéutico cualificado.

En el caso español, el artículo 10.2 de nuestra *CE* establece una remisión interpretativa ascendente, en virtud de la cual, los derechos fundamentales reconocidos por ella deberán de interpretarse conforme a lo dispuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como el intérprete cualificado del CEDH es el propio TEDH, la exégesis que el mismo realice será vinculante para España, debiendo los Poderes Públicos tenerla en cuenta cuando tengan que llevar a cabo cualquier actuación en que estén implicados este tipo de derechos.

QUINTA.- A la libertad de expresión, el TEDH le ha reconocido una doble naturaleza: la de derecho subjetivo y la de garantía institucional.

Respecto del primero, debemos señalar que, bajo el amparo del artículo 10.1 del CEDH, se han reconocido multitud de derechos: así pues, no sólo la libertad de expresión (en sentido estricto) de opiniones, ideas o juicios de valor, o la libertad de emitir (y derecho a recibir) información veraz y plural (en la que situaríamos la libertad de prensa), sino también, la libertad creativa, el discurso simbólico, la libertad de expresión profesional, la publicidad comercial, la libertad de creación de medios de comunicación o la libertad de antena.

Como derecho subjetivo, debemos señalar que, la libertad de expresión (en sentido amplio) tiene una vertiente activa y pasiva que se complementan. Si existe un derecho del emisor a expresarse libremente es porque existe un derecho del receptor a recibir información. Es lógico, si tenemos en cuenta que todo acto comunicacional conlleva siempre (o, al menos, esa es su finalidad) una emisión y una recepción del mensaje.

Relacionado con ello, se reconoce como un derecho en negativo y en positivo. En negativo, porque supone que el Estado no puede interferir en el proceso de comunicación, ni impidiendo la libre expresión, ni perturbando la libre recepción del mensaje. Pero, además, en positivo, porque deberá hacer todo lo posible para que ese derecho comunicacional (tanto activa, como pasivamente) pueda ejercerse real y efectivamente.

SEXTA.- Además, la libertad de expresión es la garantía de una opinión pública libre, sin la cual no existe pluralismo político, que es el sostén de nuestra democracia. Precisamente es esa calificación la que permite caracterizar a la libertad de expresión como una libertad preferente. Ello no supone que la misma adopte una posición jerárquicamente superior, sino que, en caso de conflicto con otros derechos, la misma tendrá carácter prevalente, siempre y cuando esté ejercida precisamente para servir a ese fin: el de la formación de una opinión pública libre.

Este es el primer concepto complejo al que nos enfrentamos, el de la opinión pública. Y ello porque en realidad nos encontraríamos ante un concepto politológico, sociológico o incluso filosófico, que ha sido juridificado por la jurisprudencia. En la actualidad, podríamos definir la opinión pública como el juicio de valor que efectúa el público, sobre temas de interés público y manifestadas en el foro público. En la determinación de qué temas adquieren interés público, los *mass media* tienen un papel fundamental, mediante la llamada “*agenda setting*”, es decir, la fijación de los temas sobre los que se va a poner el foco mediático. Ello es especialmente relevante en televisión, y más en una sociedad audiovisual como la nuestra. Por mucho que Internet haya avanzado, como instrumento de comunicación, el poder de la televisión, como medio preferido para informarse sobre las noticias diarias, sigue intacto.

De la definición anterior podemos concluir que la libertad de expresión estará afecta a la formación de una opinión pública siempre que se refiera a un hecho de interés público (o general). La determinación de lo que debe entenderse por interés público es una de las cuestiones más complejas a las que nos podemos enfrentar, pues no existen criterios apriorísticos que nos puedan servir de fundamento para saber cuándo nos encontraríamos ante un tema de interés general. Lo que sí que podemos señalar, es que el concepto de “interés público” no es equivalente al de “interés del público”, el cual puede responder a la malsana avidez de un sector de la población por noticias morbosas o por escándalos relacionados con las vidas privadas ajenas. Esto significa, simplemente, que ni la prensa rosa ni la prensa amarilla sirven para el fin social de la formación de la opinión pública libre y, por tanto, en caso de conflicto con

el derecho al honor, la libertad de información no gozará, en absoluto, del privilegio de la posición preferente.

Pero, además, para la formación de una opinión pública libre es absolutamente imprescindible que la información que se reciba sea veraz y plural.

La veracidad ha sido interpretada de conformidad con la doctrina de la malicia real (“*actual malice*”) estadounidense. Conforme esta tesis, una información quedará amparada por la libertad de expresión, aun cuando después de publicada se repute falsa, siempre que el periodista no la haya publicado siendo consciente de su falsedad, o con temerario desprecio hacia su certeza o falsedad. En consecuencia, siempre se referirá a afirmaciones de hechos, no a juicios de valor. Esta doctrina estadounidense ha sido adoptada por el TEDH, señalando que lo relevante no es que la noticia sea cierta o incierta, sino la actitud que haya mantenido el periodista hacia la verdad, con carácter previo a su publicación. Así, se considerará amparada bajo la libertad de información, aunque lo informado no sea cierto, siempre y cuando el periodista haya actuado de buena fe, de un modo diligente, y con absoluto respeto a la deontología profesional. Exigir que todas las noticias publicadas sean verdades absolutas, con independencia del proceder del periodista, supondría, *de facto*, silenciar a los medios de comunicación. Cuestión distinta será, en el momento en que se tenga que evaluar la diligencia del profesional, el criterio más o menos laxo, con el que el juzgador lleve a cabo dicha valoración. Así pues, exigir un recto proceder profesional, siendo especialmente riguroso en el respeto al código deontológico, no sólo es positivo para la depuración y la excelencia de la profesión periodística sino, y sobre todo, porque de su resultado saldrá beneficiada toda la sociedad, con una opinión pública mejor informada.

Pero además, para la formación de una opinión pública libre, es absolutamente imprescindible que haya pluralismo informativo (con independencia de que la titularidad de los medios sea pública o privada), pues solo de ese modo se estaría respetando la diversidad que, a su vez, es consustancial a la propia sociedad. Si no se produce de manera espontánea, como resultado del libre mercado, el Estado estará

legitimado para intervenir. El problema se dará en cómo se lleve a cabo dicha actuación estatal, para que no pueda ser calificada como censora o dirigista, pues es evidente que, bajo la aparente intervención garantista en favor del pluralismo, se pueden esconder verdaderos intereses espurios.

SÉPTIMA.- Dentro de los titulares del derecho a la libertad de expresión, hay dos categorías a las que el TEDH les concede el estatus de privilegiados. Se trata de los representantes políticos y de los profesionales de la información.

Respecto a los primeros, debemos recordar que la libertad de discurso (*“freedom of speech”*) fue una de las primeras que se consolidó, y es lógico, habida cuenta que el representante político, cuando esté ejerciendo como tal, debe tener la libertad de poder hablar de cualquier tema de interés público, sin miedo a ser procesado por aquello que esté diciendo. Esta es la razón por la que se les reconoce la inviolabilidad parlamentaria. En este sentido, el TEDH ha reconocido que, si preciosa es para todos la libertad de expresión, muy especialmente lo es en el caso de un cargo elegido por el pueblo, pues él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses.

El otro grupo al que se le reconoce este estatuto privilegiado es el de los profesionales de la información. En un régimen democrático, la prensa libre ocupa un papel primordial. De hecho, se la conoce como Cuarto Poder (junto al Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Esta expresión es lógica, si pensamos que al menos, en teoría, un régimen democrático debe caracterizarse por un sistema de controles y contrapesos (*“checks and balances”*), los cuales sirven para fiscalizarse los unos a los otros, evitando, de este modo, cualquier tentación totalitaria. Así, la prensa interpretaría el papel de vigilante público de la actuación del Poder.

Dicho estatuto privilegiado, no se le reconoce a la prensa en su propio beneficio, sino en el de la ciudadanía. Sólo una prensa libre puede garantizar el que la ciudadanía pueda conocer cómo se gestiona la *res* pública por parte de nuestros representantes, incluidos, o especialmente, aquellos aspectos que no suelen exponerse públicamente, pero resultan de interés general. Ello justifica la existencia del secreto profesional del

periodista que, en palabras del TEDH, es una de las piedras angulares de la libertad de prensa. Este derecho consiste en que el periodista no viene obligado a revelar las fuentes de las que obtiene la información. Este privilegio no se concede en beneficio del profesional de la información, sino de la sociedad en su conjunto. Gracias al mismo, la ciudadanía puede acceder, a través de lo publicado por el periodista, a una información que, de otro modo, resultaría imposible, pues la misma suele esconderse tras la opacidad. Si se obligase a revelar a las fuentes, ello tendría un efecto perverso, cual es que disuadiría a aquellas de colaborar con la prensa, y por tanto, la misma no podría jugar su papel de guardián público, siendo la gran perjudicada de toda esta situación la propia ciudadanía, que permanecería ignorante de las actuaciones del Poder en la sombra.

OCTAVA.- El derecho al honor es un concepto jurídico indeterminado. Así pues, el contenido y alcance del honor van a depender del entorno social en el que lo encuadremos. No obstante, sí que está ampliamente aceptado que existen dos concepciones del honor que se complementan entre sí, la inmanente (subjetiva) y la trascendente (objetiva). La primera se refiere a la autoestima, es decir, a la estimación que cada cual hace de sí mismo, y la segunda, a la heteroestima, es decir, a la consideración que los demás tienen de nuestra personalidad.

El derecho al honor, en su concepción objetiva, no protege, ni debe proteger, reputaciones aparentes, sino solo y exclusivamente el buen nombre merecido. Quien interpreta hipócritamente el papel de ciudadano ejemplar, y lo no es, no puede ser amparado en la pretensión de protección de una reputación que no se corresponde con la realidad. Los medios de comunicación revelan diariamente multitud de casos similares en la vida política de nuestro país. Lo contrario supondría dar cobertura a la verdad aparente, que es una forma más de falsedad, de mentira.

NOVENA.- En el propio CEDH, el derecho al honor no viene recogido explícitamente. La única referencia que incluye el artículo 10.2 es la protección de la reputación como una de las restricciones legítimas a la libertad de expresión.

Ha tenido que ser la jurisprudencia del TEDH la que, haciendo una interpretación extensiva del derecho a la protección de la vida privada, lo incluya como amparable bajo el artículo 8. Por consiguiente, en la actualidad, para el TEDH, el honor no sólo tiene la naturaleza jurídica de restricción legítima de la libertad de expresión (como protección de la reputación), sino que también se puede entender como un derecho fundamental autónomo. Ello no es una cuestión menor, puesto que, gracias a esta interpretación, aquel que considere que su honor no ha sido debidamente amparado por los tribunales internos, estará legitimado para acudir al TEDH. Si no se hubiese realizado tal interpretación, la vía del TEDH le estaría vetada.

El reconocimiento del derecho al honor no sólo es un instrumento útil para aquel que se pueda sentir vejado, sino también para la propia sociedad en su conjunto. Y ello porque rechazar que las expresiones gratuitamente injuriosas o las noticias inveraces estén amparadas por la libertad de expresión, en palabras del Magistrado del TEDH, Sr. LOUCAIDES, *“disuade de las declaraciones falsas y mejora el conjunto del debate público, produciendo un efecto disuasorio en el periodismo irresponsable”*, y además *“obstaculiza también la desinformación de los medios de comunicación de masas y protege de forma efectiva el derecho del público a una información fidedigna”*. En definitiva, debe considerarse que con la protección del honor, también se puede entender que se protege la formación de una opinión pública libre.

Precisamente en relación con el argumento anterior, el TEDH ha considerado que, con el derecho de réplica (tal cual se le conoce por el TEDH), no sólo se articula una vía rápida para restaurar, en la medida de lo posible, el honor de la persona a la que se refiera la noticia, sino que, además, se permite al público acceder a más fuentes de información, con lo que se facilita una mejor formación de la opinión pública. Recordemos que, con este derecho no se le obliga al medio a cambiar su posición frente a una noticia, sino simplemente a publicar la contestación o la versión de los hechos que pueda dar la persona afectada por la misma.

Ahora bien, el TEDH viene planteando una actitud vacilante, en cuanto a la concepción del derecho al honor y su alcance. Es cierto que su jurisprudencia lo ha interpretado como parte de la protección a la vida privada otorgada por el artículo 8 del CEDH, entendiendo por esta la garantía destinada a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad del individuo en relación con sus semejantes. Sin embargo, hay sentencias que entienden que toda lesión de la reputación supone una vulneración de la vida privada, mientras que en otras (la mayoría) dicha vulneración sólo será constatable si el ataque ha sido de tal gravedad que se puede comprobar que, efectivamente, ha afectado a su integridad personal. Del mismo modo, hay sentencias que hablan de reputación y honor como conceptos diferentes, sin establecer ningún elemento de diferenciación.

De la lectura de lo anterior, podemos concluir que la precisión conceptual, por parte del TEDH, es claramente perfectible. No obstante, entendemos que, en tanto que el reconocimiento del honor, como derecho autónomo, es relativamente reciente, con el tiempo, el TEDH irá depurando y refinando todos estos conceptos.

DÉCIMA.- En el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, la jurisprudencia del TEDH ha sufrido una evolución. En un principio, y habida cuenta que la protección de la reputación tan sólo se consideraba como una restricción legítima, y no como un derecho autónomo, todas las demandas que llegaban al TEDH tenían como objeto la violación del derecho a la libertad de expresión por parte del Estado miembro.

Así, el TEDH se limitaba a aplicar el llamado “*test de Estrasburgo*”, el cual consiste en comprobar si la restricción llevada a cabo por el Estado resulta compatible con el CEDH. Dicha restricción puede considerarse legítima, si se cumplen los siguientes requisitos: Que la limitación venga impuesta por ley; que esté justificada por alguno de los fines establecidos en el apartado 2 del artículo 10 del CEDH (en este caso, la protección de la reputación); y que la medida sea necesaria en una sociedad

democrática. Los dos primeros requisitos no van a resultar problemáticos; no así el tercero, que es en el que fundamentan la mayoría de las sentencias.

El TEDH interpreta el término “*necesaria*” como “*necesidad social imperiosa*”, es decir, que la medida restrictiva debe responder a una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática. Considerará que la injerencia no responde a una necesidad social imperiosa propia de una sociedad democrática, cuando entienda que los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla, no son pertinentes o suficientes, o cuando se entienda que la medida es desproporcionada respecto del legítimo objetivo que se pretende conseguir. A ello habrá que añadir la apreciación de la conflictiva figura del margen de apreciación nacional, cuya razón de ser estriba en que los tribunales del Estado en cuestión están en mejor condición para interpretar los derechos conforme a su realidad social, que una alejada instancia, como es el TEDH. Sin embargo, ello conlleva el riesgo de que, ante unos mismos hechos y fundamentos de derecho, el TEDH dé respuestas diferentes dependiendo del país de origen de la *litis*. En definitiva, nos encontramos ante un elemento, el margen de apreciación nacional, que puede resultar útil para la aplicación de la justicia al caso concreto, pero que, a su vez, puede tener como efectos indeseables, la inseguridad jurídica, así como un quebranto de la igualdad y de la doctrina judicial.

En esta primera época jurisprudencial, no estaríamos ante un conflicto entre dos derechos reconocidos en el CEDH, sino ante la apreciación de un derecho sí reconocido como tal, la libertad de expresión, en su artículo 10.1, y la constatación de que la restricción consistente en la protección de la reputación, en su artículo 10.2, se adecúa al “*test de Estrasburgo*”.

Ello cambió a partir del reconocimiento del honor como parte del derecho a la protección de la vida privada, pues, a partir de ese momento, el conflicto se da entre dos derechos que, en principio, se encuentran jerárquicamente situados en el mismo plano. Ello no obsta para que a la libertad de expresión se le siga reconociendo el estatuto de garantía del sistema democrático, lo cual supone que, en la práctica, siga teniendo un

carácter prevalente, aunque matizado, debiendo acudir al caso concreto, para poder tener en cuenta todas y cada una de las circunstancias y aplicando el juicio ponderativo, poder resolver con rectitud.

UNDÉCIMA.- Con carácter previo a la exposición de los criterios de ponderación entre los derechos en conflicto, debemos traer a colación la doctrina de los límites intrínsecos de las libertades de expresión y de opinión. Para comprender dicha tesis, deberemos recordar la diferencia entre la libertad de información y la libertad de expresión. Así, la primera se refiere a hechos, mientras que la segunda se refiere a opiniones, ideas, o juicios de valor. En consecuencia, a la primera le es aplicable el límite intrínseco de la veracidad, mientras que a la segunda no. Por tanto, sólo estará amparada en Derecho la información que sea veraz. En el caso de la libertad de expresión, su límite intrínseco se encontrará en que dichos juicios de valor tengan un fundamento fáctico o que los hechos sobre los que se opine sean públicamente conocidos. Sin dicho requisito, tales manifestaciones lesivas del honor de terceros se podrían calificar como gratuitas e innecesarias, encontrándose, de ese modo, la libertad de expresión desamparada.

Cuando se sobrepasan dichos límites intrínsecos, la información o la expresión quedan desamparadas por el ordenamiento jurídico. En ese caso, si se produce una lesión del honor de un tercero, este deberá ser atendido por los tribunales.

DUODÉCIMA.- Los criterios que sirven para la ponderación entre la libertad de expresión y el honor son, principalmente, los siguientes: el interés público de la noticia y la notoriedad de la persona implicada.

Con carácter general, en el conflicto de derechos, la libertad de expresión adquirirá un mayor peso, frente al honor, siempre que aquello que sea objeto de la noticia se pueda encuadrar en la categoría de interés público y, además, se refiera a personajes públicos o con notoriedad pública. Por contraposición, el nivel máximo de reconocimiento del honor frente a la libertad de expresión se dará cuando la noticia no

pueda ser encuadrable bajo la categoría de interés general y, además, se refiera a una persona anónima.

El TEDH también tiene en cuenta otros elementos a la hora de llevar a cabo el juicio de ponderación, como son el comportamiento previo de la persona implicada, el contenido, la forma y las repercusiones de la publicación, o la gravedad de la sanción o indemnización impuesta como consecuencia de la lesión del honor de un tercero.

DECIMOTERCERA.- Dentro de los posibles conflictos entre la libertad de expresión y el derecho al honor, la crítica político-institucional merece para el TEDH el máximo nivel de protección y reconocimiento.

Las instituciones del Estado no deberían estar protegidas por el Derecho Penal, como tales, frente a las declaraciones difamatorias. En el caso de que lo estuviesen, dicho nivel de protección no deberá ser superior al de los particulares. Siempre y en todo caso, esta protección deberá aplicarse de forma muy restrictiva, evitando que pueda utilizarse para restringir la libertad de crítica, pues ello tendría un perverso efecto disuasorio (o de desaliento), incompatible con el sistema democrático.

Por lo demás, quienes representan a estas instituciones siguen estando protegidas como individuos, como personas físicas, por lo cual, si se sienten lesionados en su honor, podrán seguir acudiendo a la vía judicial para solicitar su reparación, siendo siempre preferible la civil a la penal, pues esta última debe ser aplicada como última *ratio*, amén de que aquella es suficiente para obtener, efectivamente, la reparación del daño causado.

Por tanto, de la lectura de lo anterior, queda claro que, para el TEDH, no se podrá aplicar la protección penal que, de modo directo o indirecto, conlleve la restricción de la libertad de crítica.

Respecto de esta máxima protección de la crítica político-institucional, el TEDH da la clave, en dos frases: “*el libre debate político pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira el Convenio*”, y “*el Tribunal ha de*

destacar que es precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, cuando más preciosa es la libertad de expresión". La contundencia de tales expresiones no precisa de mayores aclaraciones.

En el mismo sentido se muestra el Relator Especial de las Naciones Unidas, sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, FRANK LA RUE, a quien preocupan las restricciones que, en el ámbito de la crítica política, pueda sufrir la libertad de expresión. Aboga directamente por la despenalización de las injurias y calumnias a las instituciones, así como por la abolición del delito de ultrajes, tesis a la que nosotros nos sumamos, pues la mera existencia de este tipo de delitos, con independencia de su aplicación efectiva, ya tiene un efecto disuasorio intolerable en un régimen de libertades.

DOCUMENTACIÓN

I.- TRATADOS Y DECLARACIONES INTERNACIONALES

1.- DE CARÁCTER UNIVERSAL

Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 26-VI-1945), disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1990/11/16/pdfs/A33862-33885.pdf>

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23-IV-1963), disponible en: <http://boe.es/boe/dias/1980/06/13/pdfs/A13099-13110.pdf>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16-12-1966), disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1977/04/30/pdfs/A09337-09343.pdf>

Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16-12-1966), disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1985/04/02/pdfs/A08757-08759.pdf>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16-12-1966), disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1977/04/30/pdfs/A09343-09347.pdf>

2.- DE CARÁCTER REGIONAL

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 2.V.1948), disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Estatuto del Consejo de Europa (Londres, 5-V-1949), disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1978/03/01/pdfs/A04840-04844.pdf>

Convenio Europeo para la protección de los de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 4-XI-1950), disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1979/10/10/pdfs/A23564-23570.pdf>

Todos los protocolos al Convenio Europeo de Derechos Humanos están disponibles en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>

Carta Social Europea (Turín, 18-X-1961), disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1980/06/26/pdfs/A14533-14540.pdf>

Convención Americana de Derechos Humanos (San José, 22-XI-1969), disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27-VII-1981), disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf?view=1>

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (adoptada en Niza, 7-XII-2000 y adaptada en Estrasburgo, 12-XII-2007), disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:ES:PDF>

Tratado de Lisboa (13-XII-2007), disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=ES>

Tratado de la Unión Europea, versión consolidada, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2010:083:FULL&from=ES>

Protocolo (nº 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea, publicado en el DOUE C 326 (26-10-2012), disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0001.01.SPA#C_2012326ES.01020101

II.- DOCUMENTOS DE LAS NACIONES UNIDAS

Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (10-XII-1948), disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. FRANK LA RUE, Consejo de Derechos Humanos (20-IV-2010), 14º período de sesiones, A/HRC/14/23, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/130/52/PDF/G1013052.pdf?OpenElement>

Observación general nº 34 del Comité de Derechos Humanos (12-IX-2011), 102º período de sesiones, Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011, CCPR/C/GC/34, disponible en: www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34_sp.doc

III.- DOCUMENTOS DEL CONSEJO DE EUROPA

Resolución 428 (1970), de la Asamblea Parlamentaria, sobre los medios de comunicación de masas y los Derechos Humanos, de 23 de junio de 1970, disponible en:

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>

Resolución (74) 26, del Comité de Ministros, sobre el derecho de réplica, adoptada el 2 de julio de 1974, disponible en:

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/res\(1974\)026_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/res(1974)026_EN.asp)

Recomendación 1215 (1993), de la Asamblea Parlamentaria, sobre la ética del periodismo, de 1 de julio de 1993, disponible en:

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15249&lang=en>

Resolución 1165 (1998), de la Asamblea Parlamentaria, sobre el derecho al respeto de la vida privada, de 26 de junio de 1998, disponible en:

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16641&lang=en>

Recomendación R (2000) 7, del Comité de Ministros, sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información, de 8 de marzo de 2000, disponible en:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=342907&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

Recomendación R (2000) 2, del Comité de Ministros, sobre la revisión o reapertura de algunos casos a nivel nacional tras las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, adoptada el 19 de junio de 2000, disponible en:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

Recomendación (2003)13, del Comité de Ministros, sobre la información dada por los medios de comunicación relativa a procesos criminales, de 10 de julio de 2003, disponible en:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=51365&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

Declaración del Comité de Ministros, sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación, de 12 de febrero de 2004, disponible en:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=118995&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

Resolución 1577 (2007), sobre la despenalización de la difamación, de la Asamblea Parlamentaria, de 4 de octubre de 2007, disponible en:

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17588&lang=en>

IV.- LEGISLACIÓN INTERNA

1.- LEGISLACIÓN ESTATAL

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1973/12/12/pdfs/A24004-24018.pdf>

Constitución española, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1979/10/05/pdfs/A23186-23195.pdf>

Reglamento del Congreso, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1982/03/05/pdfs/A05765-05779.pdf>

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1982/05/14/pdfs/A12546-12548.pdf>

Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1984/03/27/pdfs/A08387-08387.pdf>

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1991/01/11/pdfs/A00959-00962.pdf>

Reglamento del Senado, disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1994/05/13/pdfs/A14687-14709.pdf>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1995/11/24/pdfs/A33987-34058.pdf>

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/11/26/pdfs/A41842-41875.pdf>

Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2007/05/25/pdfs/A22541-22547.pdf>

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>

2.- INICIATIVAS LEGISLATIVAS

Proposición de Ley nº 122/000050. Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la despenalización de las injurias a la Corona, de 22 de abril de 2008. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley. Nº 64-1, disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_064-01.PDF

Proposición de Ley nº 122/000039. Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la despenalización de las injurias a la Corona, de 3 de febrero de 2012. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley. Nº 51-1, disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/B_051-01.PDF

3.- LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña, disponible en: http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=229914&newLang=ca_ES&mode=single

V- JURISPRUDENCIA

1.- RESOLUCIONES DE LA COMISION Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) La Comisión

Decisión de la Comisión de 16 de julio de 1982, por la que se resuelve el caso X. contra la República Federal Alemana, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

Decisión de la Comisión de 12 julio de 1987, por la que se resuelve el caso Ediciones Tiempo SA contra España. JUR 2009\215928

Decisión de la Comisión de 2 de septiembre de 1994, por la que se resuelve el caso Walter Ochensberger contra la Austria, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 1995, por la que se resuelve el caso Otto

E.F.A. REMER contra la República Federal Alemana, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

Decisión de la Comisión de 9 de septiembre de 1998, por la que se resuelve el caso Herwig Nachtmann contra la Austria, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

B) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 8 junio de 1976, por la que resuelve el Caso Engel y otros contra Holanda. TEDH 1976\3

STEDH de 7 diciembre de 1976, por la que se resuelve el caso Handyside contra Reino Unido. TEDH 1976\6

STEDH de 26 abril 1979, por la que se resuelve el caso Sunday Times contra Reino Unido. TEDH 1979\1

STEDH de 8 julio de 1986, por la que se resuelve el caso Lingens contra Austria. TEDH 1986\8

STEDH de 28 agosto de 1986, por la que resuelve el caso Kosiak contra Alemania. TEDH 1986\9

STEDH de 28 agosto de 1986, por la que resuelve el Caso Glasenapp contra Alemania. TEDH 1986\10

STEDH de 26 marzo de 1987, por la que se resuelve el caso Leander contra Suecia. TEDH 1987\4

STEDH de 24 mayo de 1988, por la que se resuelve el caso Müller y otros contra Suiza. TEDH 1988\8

STEDH de 22 febrero de 1989, por la que se resuelve el caso Barfod contra Dinamarca. TEDH 1989\3

STEDH de 20 noviembre de 1989, por la que se resuelve el caso Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann contra Alemania. TEDH 1989\20

STEDH de 28 marzo de 1990, por la que se resuelve el caso Groppera Radio AG y otros contra Suiza. TEDH 1990\9

STEDH de 22 mayo 1990, por la que resuelve el Caso Autronic AG contra Suiza. TEDH 1990\12

STEDH de 26 noviembre de 1991, por la que se resuelve el caso Sunday Times contra Reino Unido (Nº 2). TEDH 1991\50

STEDH de 23 abril de 1992, por la que se resuelve el caso Castells. TEDH 1992\1

Sentencia de 29 octubre de 1992, por la que se resuelve el caso Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda. TEDH 1992\69

STEDH de 24 noviembre de 1993, por la que resuelve el caso Informationsverein Lentia y otros contra Austria. TEDH 1993\56

STEDH de 24 febrero de 1994, por la que se resuelve el caso Casado Coca contra España. TEDH 1994\1

STEDH de 23 de junio de 1994, por la que se resuelve el caso Jacobowski contra Alemania, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

STEDH de 20 septiembre de 1994, por la que se resuelve el caso Otto-Preminger-Institut contra Austria. TEDH 1994\29

STEDH de 23 septiembre de 1994, por la que se resuelve el caso Jersild contra Dinamarca. TEDH 1994\36

STEDH de 19 de diciembre de 1994, por la que se resuelve el Caso Vereinigung demokratischer soldaten österreichs y Gubi contra Austria. TEDH 1994\50

STEDH de 26 abril de 1995, por la que se resuelve el caso Prager y Oberschlick contra Austria. TEDH 1995\12

STEDH de 13 julio 1995, por la que se resuelve el caso Tolstoy Miloslavsky contra Reino Unido. TEDH 1995\22

STEDH de 26 de septiembre de 1995, por la que se resuelve el caso Vogt contra Alemania. TEDH 1995\28

STEDH de 27 marzo de 1996, por la que se resuelve el caso Goodwin contra el Reino Unido. TEDH 1996\21

STEDH de 25 noviembre de 1996, por la que se resuelve el caso Wingrove contra Reino Unido. TEDH 1996\62

STEDH de 24 febrero de 1997, por la que se resuelve el caso De Haes y Gijssels contra Bélgica. TEDH 1997\12

STEDH de 1 julio de 1997, por la que se resuelve el caso Oberschlick (núm. 2) contra Austria. TEDH 1997\41

STEDH de 29 agosto de 1997, por la que se resuelve el caso Worm contra Austria. TEDH 1997\52

STEDH de 25 noviembre de 1997, por la que se resuelve el Caso Grigoriades contra Grecia. TEDH 1997\95

STEDH de 30 enero de 1998, que resuelve el Caso Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía. TEDH 1998\1

STEDH de 19 febrero de 1998, por la que se resuelve el caso Guerra y otros contra Italia. TEDH 1998\2

STEDH de 20 de mayo de 1998, por la que se resuelve el caso Schöpfer contra Suiza. TEDH 1998\22

STEDH de 25 mayo de 1998 por el que se resuelve el caso Partido Socialista y otros contra Turquía. TEDH 1998\23

STEDH de 2 septiembre 1998 por la que se resuelve el Caso Ahmed y otros contra Reino Unido. TEDH 1998\92

STEDH de 23 septiembre de 1998, por la que se resuelve el Caso Lehideux e Isorni contra Francia. TEDH 1998\49

STEDH, de 23 septiembre de 1998, por la que se resuelve el caso Steel y otros contra Reino Unido. TEDH 1998\94

STEDH de 21 enero de 1999, por la que se resuelve el caso Fressoz y Roire contra Francia. TEDH 1999\3

STEDH de 21 enero de 1999, por la que se resuelve el caso Janowski contra Polonia. TEDH 1999\77

STEDH de 20 mayo de 1999, por la que se resuelve el caso Bladet Tromso y Stensaas contra Noruega. TEDH 1999\22

STEDH de 20 mayo de 1999, que resuelve el Caso Rekvenyi contra Hungría. TEDH 1999\23

STEDH de 8 julio de 1999, por la que resuelve el caso Sürek contra Turquía. TEDH 1999\28

STEDH de 8 julio de 1999, por la que se resuelve el caso Baskaya y Okçuoglu contra Turquía. TEDH 1999\29

STEDH de 16 septiembre de 1999, por la que resuelve el Caso Buscemi contra Italia. TEDH 1999\35

STEDH de 28 septiembre de 1999, por la que se resuelve el caso Öztürk contra Turquía. TEDH 1999\40

STEDH de 28 octubre 1999, por la que se resuelve el caso Wille contra Liechtenstein. TEDH 1999\49

STEDH de 25 noviembre de 1999, por la que se resuelve el Caso Hashman y Harrup contra Reino Unido. TEDH 1999\60

STEDH de 29 febrero de 2000, por la que se resuelve el caso Fuentes Bobo contra España. TEDH 2000\90

STEDH (Sección 3ª) de 2 mayo de 2000, por la que se resuelve el caso Bergens Tidende y otros contra Noruega. TEDH 2000\128

STEDH (Sección 1ª) de 27 junio 2000, que resuelve el caso Constantinescu contra Rumanía. TEDH 2000\145

STEDH (Sección 3ª) de 27 febrero de 2001, por la que se resuelve el caso Jerusalem contra Austria. TEDH 2001\97

STEDH (Sección 2ª) de 29 marzo 2001, por la que se resuelve el caso Thoma contra Luxemburgo TEDH 2001\240

STEDH (Sección 2ª) de 12 julio de 2001, por la que se resuelve el caso Feldek contra Eslovaquia. TEDH 2001\463

STEDH (Sección 2ª) de 25 julio de 2001, por la que se resuelve el caso Perna contra Italia. TEDH 2001\485

STEDH (Sección 1ª) de 14 marzo de 2002, por la que se resuelve el caso De Diego Nafría contra España. TEDH 2002\15

STEDH (Sección 4ª) de 21 marzo de 2002, por la que se resuelve el caso Nikula contra Finlandia. JUR 2002\78022

STEDH (Sección 2ª) de 25 junio de 2002, por la que se resuelve el caso Colombani contra Francia. TEDH 2002\37

STEDH (Sección 3ª) de 17 octubre de 2002, por la que se resuelve el caso Stambuk contra Alemania. JUR 2003\47812

STEDH (Sección 2ª) de 17 diciembre de 2002 que resuelve el caso A. contra Reino Unido. JUR 2003\50513

STEDH (Sección 1ª) de 30 enero 2003 por la que se resuelve el caso Cordova (núm.1) contra Italia. JUR 2003\50025

STEDH (Sección 4ª) de 25 febrero de 2003, por la que se resuelve el caso Roemen y Schmit contra Luxemburgo. TEDH 2003\11

STEDH (Sección 4ª) de 11 marzo de 2003, por la que se resuelve el caso Lesnik contra Eslovaquia. TEDH 2003\14.

STEDH (Sección 4ª) de 24 de junio de 2003, por la que se resuelve el caso Garaudy contra Francia, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

STEDH (Sección 4ª) de 17 de julio de 2003, por la que se resuelve en caso Craxi contra Italia (Nº 2), (JUR 2004\54178)

STEDH (Sección 2ª) de 18 mayo de 2004, por la que se resuelve el caso Sociedad Plon contra Francia. TEDH 2004\36

STEDH (Sección 1ª) de 3 junio de 2004, por la que se resuelve el Caso De Jorio contra Italia. TEDH 2004\40

STEDH (Sección 3ª) de 24 junio de 2004, por la que se resuelve el caso Von Hannover contra Alemania. TEDH 2004\45

STEDH (Sección 2ª) de 29 junio de 2004, por la que se resuelve el caso Chauvy y otros contra Francia. TEDH 2004\47

STEDH (Gran Sala) de 17 diciembre de 2004, por la que se resuelve el caso Cumpana y Mazare contra Rumania. TEDH 2004\101

STEDH (Sección 4ª) de 11 enero de 2005, por la que se resuelve el caso Sciacca contra Italia. TEDH 2005\1

STEDH (Sección 4ª) de 15 febrero de 2005, por la que se resuelve el caso Steel y Morris contra Reino Unido. TEDH 2005\14

STEDH (Sección 2ª) de 29 marzo de 2005, por la que se resuelve el caso Alinak contra Turquía. JUR 2005\84054

STEDH (Sección 1ª) de 21 julio de 2005, por la que se resuelve el caso Grinberg contra Rusia. JUR 2005\179415

STEDH (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2005, por la que se resuelve el caso Kyprianou contra Chipre. JUR 2006\237

STEDH (Sección 2ª) de 31 enero de 2006, por la que se resuelve el caso Stăngu y Scutelnicu contra Rumania. TEDH 2006\9

STEDH (Sección 1ª) de 14 diciembre de 2006, por la que se resuelve el caso Verlagsgruppe News GmbH (nº 2) contra Austria. JUR 2006\283460

STEDH (Sección 2ª) de 18 abril de 2006, por la que se resuelve el caso Roseiro Bento contra Portugal. JUR 2006\139162

STEDH (Sección 4ª) de 25 abril 2006, por la que se resuelve el caso Stoll contra Suiza I. TEDH 2006\34

STEDH (Sección 1ª) de 5 de octubre de 2006, por la que se resuelve el caso de Zakharov contra Rusia, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

STEDH (Sección 5ª) de 14 diciembre de 2006, por la que se resuelve el caso Karman contra Rusia. JUR 2006\283445

STEDH (Sección 5ª) de 14 diciembre 2006, por la que se resuelve el caso Shabanov y Tren contra Rusia. TEDH 2006\79

STEDH (Sección 1ª), de 25 de enero de 2007, por la que se resuelve el caso Vereinigung Bildender Künstler contra Austria. JUR 2007\30037

STEDH (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2007, por la que resuelve el caso Ferihumer contra Austria. JUR 2007\37042

STEDH (Sección 1ª) de 22 febrero 2007, por la que se resuelve el Caso Krasulya contra Rusia. JUR 2007\58873

STEDH (Sección 2ª) de fecha 5 de junio de 2007, por la que se resuelve el caso de Gorelishvili contra Georgia, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

STEDH (Sección 4ª) de 17 julio de 2007, por la que se resuelve el caso Sanocki contra Polonia. TEDH 2007\44

STEDH (Sección 1ª) de 4 octubre de 2007 por la que se resuelve el caso Sánchez Cárdenas contra Noruega. TEDH 2007\64

STEDH (Gran Sala) de 22 octubre de 2007, por la que se resuelve el caso Lindon, Otchakovsky-Laurens y July contra Francia. TEDH 2007\71

STEDH (Sección 1ª) de 15 noviembre de 2007, por la que se resuelve el caso Pfeifer contra Austria. JUR 2007\333961

STEDH (Gran Sala) de 10 de diciembre de 2007, por la que se resuelve el caso Stoll contra Suiza, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

STEDH (Gran Sala) de 12 febrero de 2008, por la que se resuelve el caso Guja contra Moldavia. TEDH 2008\10

STEDH (Sección 3ª) de 14 febrero de 2008 que resuelve el caso July y Sarl Liberation contra Francia. JUR 2008\44091

STEDH (Sección 1ª) de 5 junio de 2008, por la que se resuelve el caso I Avgi Publishing y Press Agency S.A. y Karis contra Grecia. TEDH 2008\35

STEDH (Sección 2ª) de 8 julio 2008, por la que se resuelve el caso Vajnai contra Hungría. JUR 2008\231889

STEDH (Sección 4ª) de 29 julio de 2008, por la que se resuelve el caso Flux contra Moldavia (nº 6). JUR 2008\237462

STEDH (Sección 5ª) de 18 septiembre de 2008, por la que se resuelve el caso Chalabi contra Francia. TEDH 2008\58

STEDH (Sección 4ª) de 16 diciembre 2008, por la que se resuelve el Caso Frankowicz contra Polonia. JUR 2008\385163

STEDH (Sección 3ª) de 16 diciembre de 2008, por la que se resuelve el caso Khurshid Mustafa and Tarzibachi contra Suecia. JUR 2008\385145

STEDH (Sección 1ª) de 18 diciembre de 2008, por la que se resuelve el caso Kazakov contra Rusia. JUR 2008\385333

STEDH (Sección 3ª) de 3 marzo de 2009, por la que se resuelve el caso Bacanu y SC "R" SA contra Rumanía. TEDH 2009\30

STEDH (Sección 5ª) de 23 julio de 2009, por la que se resuelve el caso Hachette Filipacchi Associates ("ICI PARIS") contra Francia. TEDH 2009\84

STEDH (Sección 1ª) de 4 de septiembre de 2009, por la que se resuelve el caso de Standars Verlags GmbH contra Austria (Nº 2), disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

STEDH (Sección 3ª) de 8 diciembre 2009, por la que se resuelve el caso Aguilera Jiménez y otros contra España. TEDH 2009\139

STEDH (Sección 4ª) de 2 febrero de 2010, por la que se resuelve el caso Partido Demócrata Cristiano del Pueblo contra Moldavia. TEDH 2010\16

STEDH (Sección 5ª) de 6 mayo de 2010, por la que se resuelve el caso Brunet Lecomte y Lyon Mag contra Francia. TEDH 2010\64

STEDH (Gran Sala) de 14 septiembre de 2010, por la que se resume el caso Sanoma Uitgevers B.V. contra Países Bajos. TEDH 2010\93

STEDH (Sección 3ª) de 21 septiembre de 2010, por la que se resuelve el caso Polanco Torres y Movilla Polanco contra España. TEDH 2010\95

STEDH (Sección 5ª) de 13 enero de 2011, por la que se resuelve el caso Hoffer y Annen contra Alemania. TEDH 2011\7

STEDH (Sección 3ª) de 15 marzo 2011, por la que se resuelve el caso Otegi Mondragón contra España. TEDH 2011\30

STEDH (Sección 2ª) de 12 abril de 2011, por la que se resuelve el caso Conceição Letria contra Portugal. TEDH 2011\36

STEDH (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2011, por la que se resuelve el caso Palomo Sánchez y otros contra España. TEDH 2011\68

STEDH (Sección 4ª) de 18 octubre de 2011, por la que se resuelve el caso Sosinowska contra Polonia. TEDH 2011\87

STEDH (Sección 5ª) de 2 febrero de 2012, por la que se resuelve el caso Ruzovy Panter O.S. contra República Checa. TEDH 2012\9

STEDH (Gran Sala), de fecha 7 de febrero de 2012, por la que se resuelve el caso Axel Springer contra Alemania, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

STEDH (Gran Sala) de 7 febrero de 2012, por la que se resuelve el caso Von Hannover contra Alemania. TEDH 2012\10

STEDH (Sección 4ª) de 3 abril de 2012, por la que se resuelve el caso Kaperzynski contra Polonia. JUR 2012\122977

STEDH (Sección 5ª) de 12 abril de 2012, por la que se resuelve el caso Martin y Otros contra Francia. JUR 2012\130077

STEDH (Sección 3ª) de 10 mayo de 2012, por la que se resuelve el caso Frasila y Ciocirlan contra Rumania. TEDH 2012\44

STEDH (Gran Sala) de 7 junio de 2012, por la que se resuelve el caso Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano contra Italia. JUR 2012\191829

STEDH (Sección 2ª) de 12 junio de 2012, por la que se resuelve el caso Tatár and Fáber contra Hungría. JUR 2012\196322

STEDH (Sección 3ª) de 19 junio de 2012, por la que se resuelve el caso Tanasoica contra Rumania. TEDH 2012\58

STEDH (Sección 4ª) de 2 octubre de 2012, que resuelve el caso Yordanova and Toshev contra Bulgaria. JUR 2012\319736

STEDH (Sección 1ª) de 4 diciembre de 2012, por la que se resuelve el caso Rothe contra AUSTRIA. JUR 2012\377336

STEDH (Sección 2ª) de 18 diciembre de 2012, por la que se resuelve el caso Ahmet Yildirim contra Turquía. JUR 2012\394189

STEDH (Sección 5ª) de 14 marzo de 2013, por la que se resuelve el caso Eon contra Francia. TEDH 2013\31

STEDH (Sección 1ª) de 28 marzo de 2013, por la que se resuelve el caso Novaya Gazeta and Borodyanskiy contra Rusia. JUR 2013\104160.

STEDH (Sección 5ª) de 18 abril de 2013, por la que se resuelve el caso Saint-Paul Luxembourg S.A. contra Luxemburgo. TEDH 2013\45

STEDH (Sección 1ª) de 30 mayo 2013, por la que se resuelve el caso OOO Vesti and Ukhov contra Rusia. JUR 2013\165520

STEDH (Sección 2ª) de 23 julio de 2013, por la que se resuelve el caso I Sampaio e Paiva de Melo contra Portugal. JUR 2013\267986

STEDH (Sección 1ª) de 10 octubre 2013, por la que se resuelve el Caso Delfi As contra Estonia. TEDH 2013\85

STEDH (Sección 3ª) de 19 noviembre de 2013, por la que se resuelve el caso Somesan y Butiuc contra Rumanía. JUR 2013\347370

STEDH (Sección 5ª) de 21 noviembre de 2013, por la que se resuelve el caso Putistin contra Ucrania. JUR 2013\349643

STEDH (Sección 3ª) de 7 enero de 2014, por la que se resuelve Caso Ringer Axel Springer Slovakia, A.S.contra Eslovaquia (Nº.2). JUR 2014\3606

STEDH (Sección 3ª) de 14 enero de 2014, por la que se resuelve el caso Lavric contra Rumanía. JUR 2014\11188

STEDH (Sección 3ª) de 18 febrero de 2014, por el que se resuelve el caso Jalba contra Rumanía. JUR 2014\50332

STEDH (Sección 2ª) de 23 septiembre 2014, por la que se resuelve el Caso Vajnai contra Hungría. TEDH 2014\59

2.- LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE

Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense, por la que se resuelve el caso Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=250&invol=616>

Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense, por la que se resuelve el caso Whitney v. People of State of California, 274 U.S. 357 (1927), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=274&invol=357>

Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense, por la que se resuelve el caso West Virginia State Board of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=319&page=624>

Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense, por la que se resuelve el caso New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964), disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=376&invol=254>

Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense, por la que se resuelve el caso Time Inc., v. Hill, 385 U.S. 374 (1967), disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=385&invol=374>

Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense, por la que se resuelve el caso Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130 (1967), disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=388&invol=130>

Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense, por la que se resuelve el caso Street v. New York, 394 U.S. 576 (1969), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=394&page=576>

Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense, por la que se resuelve el caso Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=491&invol=397>

Sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense, por la que se resuelve el caso United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990), disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=496&page=310>

3.- JURISPRUDENCIA INTERNA ESPAÑOLA

A) El Tribunal Constitucional

STC núm. 51/1985, de 10 abril de 1985. RTC 1985\51

STC (Sala Primera) núm. 107/1988, de 8 junio de 1988. RTC 1988\107

STC (Sala Segunda) núm. 51/1989, de 22 febrero de 1989. RTC 1989\51

STC (Sala Primera) núm. 20/1990, de 15 febrero. RTC 1990\20

STC (Pleno) núm. 245/1991, de 16 diciembre de 1991. RTC\1991\245

STC (Sala Primera) núm. 39/2005, de 28 febrero de 2005. RTC 2005\39

STC (Pleno) núm. 235/2007, de 7 noviembre de 2007. RTC 2007\235

Resolución del TC (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2008, por la que se resuelve la inadmisión recurso de amparo nº 4683/2008

STC (Pleno) núm. 155/2009, de 25 junio de 2009. RTC 2009\155

STC (Pleno) núm. 216/2013, de 19 diciembre de 2013. RTC 2013\216

B) EL Tribunal Supremo

STS (Sala de lo Criminal) de 31 enero 1979. RJ 1979\280

STS (Sala de lo Penal) de 31 de octubre de 1980. RJ 1980\4232

STS (Sala de lo Criminal) de 7 febrero de 1981. RJ 1981\500

STS (Sala de lo Penal) de 22 de marzo de 1982. CENDOJ: ECLI:ES:TS:1982:264

STS (Sala de lo Penal) de 14 de marzo de 1.983. CENDOJ: ECLI:ES:TS:1983:1114

STS (Sala de lo Criminal) de 11 mayo de 1983. RJ 1983\2696

STS (Sala de lo Criminal) de 20 mayo 1983. RJ 1983\2745

STS (Sala de lo Criminal) de 29 noviembre 1983. RJ 1983\5967

STS (Sala de lo Criminal) de 10 abril de 1984. RJ 1984\2342

STS (Sala de lo Penal) de 28 noviembre de 1985. RJ 1985\5493

STS (Sala de lo Penal) de 6 diciembre de 1985. RJ 1985\5999

STS (Sala de lo Penal) de 6 diciembre de 1985. RJ 1985\6001

STS (Sala de lo Penal) de 6 junio de 1987. RJ 1987\4526

STS (Sala de lo Penal) de 19 octubre de 1987. RJ 1987\7502

STS (Sala de lo Penal) de 15 de marzo de 1989. CENDOJ: ECLI: ES:TS:1989:12248

STS (Sala de lo Penal) de 28 abril 1989. RJ 1989\3555

STS (Sala de lo Penal) de 3 de noviembre de 1989. CENDOJ: ECLI: ES:TS:1989:10222

STS (Sala de lo Penal) de 7 febrero 1990. RJ 1990\1287

STS (Sala de lo Penal) de 27 enero de 1992. RJ 1992\465

STS (Sala de lo Penal) de 16 de diciembre de 1992. CENDOJ: ECLI: ES:TS:1992:13873

STS (Sala de lo Penal) de 26 diciembre de 1996. RJ 1997\1126

Acuerdo del TS (Sala de lo Penal) de 21 octubre 2014. JUR 2014\284506

C) La Audiencia Nacional

SAN (Sala de lo Penal, Sección1ª) de 18 octubre de 2005. JUR 2008\326161

Auto de la AN (Juzgado de Instrucción nº 6) de 20 de julio de 2007, dictado en el seno de las diligencias previas nº 220/2007, por el que se ordena el secuestro de la revista y su retirada de todos los puntos de distribución y/o venta de todos los ejemplares de la citada publicación, así como que se proceda a recoger el molde de la citada publicación. TOL1.093.410

SAN (Juzgado Central de lo Penal) de 13 noviembre de 2007. ARP\2008\559

SAN (Juzgado Central de lo Penal) de 22 noviembre de 2007. ARP\2008\560

SAN (Pleno de la Sala de lo Penal) de 24 de abril de 2008

SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 5 diciembre 2008. ARP\2009\239

SAN (Juzgado Central de lo Penal) de 22 diciembre de 2008. ARP\2008\677

SAN (Sala de lo Penal, Sección1ª) de 7 febrero de 2009. ARP 2009\104

SAN (Sala de lo Penal, Sección1ª) de 18 mayo de 2009. ARP 2011\1256

Auto de la AN (Juzgado Central de Instrucción nº 1) de 15 de julio de 2009, dictado en el seno de las Diligencias Previas nº 199/2009. TOL 1.562.272

SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) de 18 septiembre de 2009. JUR 2010\65122

SAN (Juzgado Central de lo Penal) de 27 marzo de 2012. JUR 2012\121366

SAN (Juzgado Central de lo Penal) de 14 marzo de 2013. ARP 2013\235

SAN (Sala de lo Penal, Sección3ª) de 21 mayo de 2013. ARP 2013\562

Auto de la AN (Juzgado Central de Instrucción Nº 3) de 19 agosto de 2014. JUR 2014\246508

D) Las Audiencias Provinciales

SAP de Valencia (Sección 1ª) núm. 102/1999 de 24 marzo de 1999. ARP 1999\2013

SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 23 enero 2002. ARP 2002\581

Auto de la AP de Bizkaia (Sección 1ª) de fecha 20 de enero de 2005

SAP de Cantabria (Sección 1ª) de 24 mayo de 2005. ARP 2005\415

SAP de Girona (Sección 3ª) núm. 754/2005 de 29 julio de 2005. ARP 2006\728

Auto de la AP de Bizkaia (Sección 1ª) de fecha 9 de diciembre de 2005

Auto de la AP de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 9 febrero 2006. JUR 2006\168554

SAP Barcelona (Sección 6ª) de fecha 5 de octubre de 2009. CENDOJ: ECLI:ES:APB:2009:9995

E) Juzgados de Instrucción y Decretos de Fiscalía

Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Bilbao (Bizkaia) de fecha 28 de octubre de 2004

Auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de Bilbao (Bizkaia) de 9 de septiembre de 2005

Decreto de fecha 17 de febrero de 2009, de del Ministerio Público. TOL1.439.873

VI.- OTROS DOCUMENTOS

Constitución de los Estados Unidos de América, de 17 de septiembre de 1787, disponible en: <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/21.pdf>

Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Declaración de independencia, de 4 de julio de 1776, disponible en: <http://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>

Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 23ª edición, disponible en: <http://www.rae.es>

Entrevista al Magistrado del Tribunal Supremo, ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, con carácter previo a una ponencia, celebrada el siete de junio de 2012, en el Instituto Cervantes de Dublín, sobre el honor, la intimidación y la presunción de inocencia contra la libertad de prensa, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=6ESkCXq73OY>

La ley estadounidense de protección de la bandera: Flag Protection Act of 1989, 103 Stat. 777, 18 U.S.C. 700, disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/700>

Letra de la canción “Una historia Real”, del grupo “Ardor Destómago”, disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/06/10/castillayleon/1276184216.html#letra>

Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, inserta en la Declaración de Derechos (“Bill of Rights”) de 1791, disponible en: <http://www.archives.gov/espanol/declaracion-de-derechos.html>

BIBLIOGRAFÍA

I.- LIBROS

AROLD, NINA-LOUISA, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, Volume 29, Brill Academic Publishers, Boston, EEUU, 2007, ProQuest ebrary, disponible en formato electrónico en: <http://site.ebrary.com/lib/universvaln/reader.action?docID=10271116>

ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO JAVIER, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el BOE, Madrid, 1994

ARJONA SEBASTIÀ, CÉSAR, *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes*, Iustel, Madrid, 2006

BOU FRANCH, VALENTÍN y CASTILLO DAUDÍ, MIREYA, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2008

CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

CARRILLO MARC, *Aeropagítica*, Tecnos, Madrid, 2011

CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

CASADEVALL MEDRANO, JOSEP, *El Convenio Europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

CATALÀ I BAS, ALEXANDRE H., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de derechos humanos*, Revista General de Derecho, Valencia, 2001

CONTRERAS NAVIDAD, SALVADOR, *La protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2012

DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013

GARCÍA ROCA, JAVIER, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2010

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La dignidad de la persona*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011

GRASBENWARTER, CHRISTOPH, *European Convention on Human Rights*, Verlag C. H. Beck o HG, München, 2014

GRIMALT SERVERA, PEDRO, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007

JUSTE RUÍZ, JOSÉ y otros, *Lecciones de Derecho internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

LLAMAZARES CALZADILLA, M^a CRUZ, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999

LÓPEZ PEREGRÍN, CARMEN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y de los colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

LOUCAIDES, L.G., *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*, Nijhoff Law Specials, Volume 70, Brill Academic Publishers, Boston, EEUU, 2007, ProQuest ebrary, disponible en formato electrónico en: <http://site.ebrary.com/lib/universvaln/reader.action?docID=10270931>

MAGDALENO ALEGRÍA, ANTONIO, *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006

MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL, *Libertades públicas*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1993

MILL, JOHN STUART, *“Sobre la libertad”*, Alianza Editorial, Madrid, 2013

MORA Y ARAUJO, MANUEL, *El poder de la conversación. Elementos para una teoría de la opinión pública*, La Crujía Ediciones, Buenos Aires (Argentina), 2005

MORETÓN TOQUERO, ARANCHA, *El secreto profesional de los periodistas. De deber ético a derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1987

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Los itinerarios de la libertad de la palabra*, Discurso leído el día 26 de mayo de 2013, en su recepción pública en la Real Academia Española, Madrid, 2013

NINYOLES, RAFAEL LLUIS, *L'Opinió Pública*, Confederación Española de Cajas de Ahorros, 1979

NIÑO ESTÉBANEZ, ROBERTO, *La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Fe d'erratas, Madrid, 2014

O'CALLAGHAN, XAVIER, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1991

PECES BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003

PLAZA PENADÉS, JAVIER, *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

RODRÍGUEZ URIBES, J. MANUEL, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Marcial Pons, Madrid, 1999

SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIOS, *El derecho a la información*, Cosmos, Valencia, 1974

SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIOS, *Delimitación de las libertades informativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, SANTIAGO, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992

SARTORI, GIOVANNI, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 1998

SERRANO, PASCUAL, *Desinformación. Cómo los medios ocultan el mundo*, Península, Barcelona, 2009

SERRANO, PASCUAL, *Traficantes de información. La historia oculta de los grupos de comunicación españoles*, Akal, Madrid, 2010

VVAA, *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press, New York, 2001

VVAA, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Oxford, 2006

VVAA, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, New York, 2011

II.- CAPÍTULO DE LIBRO Y ARTÍCULOS DE REVISTA

BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO J., “Pluralismo y medios de comunicación audiovisuales”, en *Democracia y medios de comunicación* (Coord. Joaquín Tornos Más), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

BENÍTEZ ORTÚZAR, IGNACIO F., “Delitos contra la Constitución (III). Delitos contra las Instituciones del Estado y división de Poderes”, en *Sistema de Derecho Penal español. Parte especial* (Coord. Lorenzo Morillas Cueva), DYKINSON, Madrid, 2011

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA, “Cien años de lucha por las libertades: la accidentada historia de los derechos fundamentales en la España del siglo XX”, en *Derechos y libertades en la Historia* (VVAA), Universidad de Valladolid, Valladolid, 2003

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA, “La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Político*, UNED, enero-agosto 2008

BJÖRGVINSSON, DAVID, “The right of reply” en *Freedom of Expression. Essays in honour of Nicolas Bratza* (VVAA), Wolf Legal Publishers, Oisterwijk (The Netherlands), 2012

BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos*

Humanos (Coord. Javier García Roca y Pablo Santolaya), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014

CATALÀ I BAS, ALEXANDRE H., “El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista del Poder Judicial*, 62, Madrid, 2001

DADER, JOSÉ LUIS, “La canalización o fijación de la “agenda” por los medios”, en *Opinión pública y comunicación política* (VVAA), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1990

DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, “Responsabilidad de un portal de internet por los comentarios injuriosos escritos por los lectores de las noticias en él publicadas: comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Primera), de 10 de octubre de 2013, caso Delfi contra Estonia”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 34, 2014

DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, “Discurso satírico y derecho al honor. Comentario a la STEDH de 14 de marzo de 2013 (TEDH 2013, 31) Caso Eon c. Francia”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 18, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2014

DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, “El derecho a la propia imagen”, en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidación Personal y Familiar y la Propia Imagen* (Coord. José Ramón De Verda y Beramonde), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007

DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, “Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 25, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011

FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, “La tutela de las libertades de expresión e información versus honor. ¿Jurisprudencias convergentes? Consecuencias en el ámbito jurídico penal”, en *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo* (Coord. Argelia Queralt Jiménez), ARANZADI- THOMSON REUTERS, Navarra, 2013

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Coord. Carlos Fernández de Casadevante Romani), Dilex, Madrid, 2007

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS, “La Constitución española y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Su interpretación por el Tribunal Constitucional”, en *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006

FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN, “Acceso a los medios de comunicación social privados y pluralismo informativo”, en *Democracia y medios de comunicación* (Coord. Joaquín Tornos Más), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

FREIXES SANJUAN, TERESA, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de comunicación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, “Los derechos de la personalidad” en *Tratado de Derecho de la persona física, Tomo II* (Coord. Judith Solé Resina y Dir. M^a del Carmen Gete Alonso y Calera), Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013

GARLICKI, LECH, “Symbolic speech”, en *Freedom of expression. Essays in honour of Nicolas Bratza* (VVAA), Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, The Netherlands, 2012

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, “Los privilegios penales de la familia real”, disponible en:
http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1024306&titulo=gimbernat%20ordeig&texto=

GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, IGNACIO, “Delitos contra la Constitución”, en *Derecho Penal. Parte especial* (Coord. Carmen Lamarca Pérez), Cóllex, Madrid, 2011

IRURZÚN MONTORO, FERNANDO, “La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una aproximación a la práctica española”, en *El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europeo* (Coord. Argelia Queralt Jiménez), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013

JIMENA QUESADA, LUIS, “La libertad de expresión y los abogados a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Acercas de la Sentencia Casado Cosa contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de febrero de 1994)”, *Revista General de Derecho*, nº 600, Valencia, 1994

JIMENA QUESADA, LUIS, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 15, Madrid, 2010

LAZCANO BROTONS, ÍÑIGO, “Artículo 10. Libertad de expresión”, en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (Dir. Iñaki Lasagabaster Herrarte), Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2009

LLABRÉS FUSTER, ANTONI, *Comentarios al Código Penal* (Dir. Manuel Gómez Tomillo), Lex Nova, Valladolid, 2010

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, MARÍA TERESA, “El derecho al honor de las personas jurídicas”, en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen* (Coord. José Ramón De Verda y Beramonde), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007

MARTÍNEZ PUJALTE, ANTONIO LUIS, “Los derechos humanos como derechos inalienables”, en *Derechos Humanos* (Coord. Jesús Ballesteros), Tecnos, Madrid, 1992

MATÍA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER, *Comentarios al Código Penal* (Dir. Manuel Gómez Tomillo), Lex Nova, Valladolid, 2010

MOLINER NAVARRO, ROSA, “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información”, en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen* (Coord. José Ramón De Verda y Beramonde), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007

MONZÓN, CÁNDIDO, “Manifestación y medida de la opinión pública”, en *Opinión pública y comunicación política* (VVAA), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1990

MUÑOZ ALONSO, ALEJANDRO, “El Poder Político ante los medios”, en *Opinión pública y comunicación política* (VVAA), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1990

PASTOR PALOMAR, ANTONIO, “El Sistema Europeo: el Consejo de Europa (I)”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Coord. Carlos Fernández de Casadevante Romani), Dilex, Madrid, 2007

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, “Delitos contra la Corona”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. TomoII* (Coord. Miguel Polaino Navarrete) Tecnos, Madrid, 2011

QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA, “La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH”, *Revista española de Derecho Europeo*, nº 36, Civitas, Navarra, 2010

RIPOL CARULLA, SANTIAGO, “La recepción de los actos normativos del Consejo de Europa y de las sentencias del TEDH en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 28, Civitas, Navarra, 2008

ROBLES MORCHÓN, GREGORIO, “El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10 de la CE)”, en *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (Coord. Luis García San Miguel), Universidad Alcalá de Henares, 1995

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, “Otegi Mondragón c. España (STEDH de 15 de marzo de 2011): el derecho a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político” en *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (Coord. Rafael Alcácer Guirao y otros), Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013

SALVADOR CODERCH, PABLO, “Introducción: Difamación y libertad de expresión”, en *El mercado de las ideas* (Coord. Pablo Salvador Coderch), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990

SALVADOR CODERCH, PABLO, y otros, *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley de Libelo*, Civitas, Madrid, 1987

SANTANA VEGA, DULCE MARÍA, “El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas: ¿protege algún bien jurídico penal?”, *Cuadernos de Política Criminal*, segunda época, III, 99, Dykinson, Madrid, 2009

TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal* (Dir. Gonzalo Quintero Olivares y coord. Fermín Morales Prats), Aranzadi, Pamplona, 2011

TORRALBA MENDIOLA, ELISA, “Sobre la eficacia en España de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 21, Madrid, 2007

TORRES DEL MORAL, ANTONIO, “El instituto jurídico de la opinión pública libre”, en *Libertades informativas* (Coord. Antonio Torres del Moral), Cóllex, Madrid, 2009

URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN, “Castells c. España (STEDH de 26 de abril de 1992): La libertad de crítica política veraz”, en *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (Coord. Rafael Alcácer Guirao y otros), Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013

VARONA GÓMEZ, DANIEL, “La delincuencia en la agenda mediática: retos para una política criminal racional”, en *Protección Penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional* (Dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, TOL2.527.111

VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR y CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, *Derecho Penal. Parte Especial* (VVAA), CD, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

III.- OTROS RECURSOS BIBLIOGRÁFICOS

COMITTEE TO DEFEND MARTIN LUTHER KING AND THE STRUGGLE FOR FREEDOM IN THE SOUTH, “Heed their rising voices”, edición del periódico The New York Times, de 29 de marzo de 1960, disponible en: <http://www.archives.gov/exhibits/documented-rights/exhibit/section4/detail/heed-rising-voices-transcript.html>

ESTIRADO, LAURA, “Los dibujantes de “El Jueves” acusan a RBA de censurar la portada del Rey”, edición digital de El Periódico, de 6 de junio de 2014, disponible en: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/politica/dibujantes-jueves-acusan-rba-censura-portada-rey-3292359>

FERNÁNDEZ, JUAN MANUEL y RIAÑO, PEIO H., “RBA retira la portada de El Jueves” sobre la abdicación del Rey”, edición de www.elconfidencial.com, de 5 de junio de 2014, disponible en: http://www.elconfidencial.com/cultura/2014-06-05/rba-retira-la-portada-de-el-jueves-sobre-la-abdicacion-del-rey_142146/

GARCÍA GÓMEZ, ROSARIO, “Varios dibujantes de “El Jueves” dimiten tras retirarse una portada sobre el Rey”, edición digital de EL PAIS, de 6 de junio de 2014, disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/06/06/actualidad/1402049847_240998.html

RODRÍGUEZ, OLGA, “Wikileaks y el caso Couso”, de 1 de diciembre de 2010, disponible en: <http://minotauro.periodismohumano.com/2010/12/01/wikileaks-y-el-caso-couso>