

Delitos de calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona (arts. 490.3 y 491 CP): análisis de los tipos y de la jurisprudencia española y europea

VÍCTOR MANUEL MACÍAS CARO*

*Profesor ayudante doctor de Derecho penal
Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO: I. LOS TIPOS DE DELITO DE LOS ARTS. 490.3 Y 491 CP. 1. *Calumnias o injurias en el ejercicio de las funciones (art. 490.3 CP)*. 2. *Calumnias o injurias fuera del ejercicio de las funciones (Art. 491.1 CP)*. 3. *Utilización desprestigiante de la imagen real (art. 491.2 CP)*. 4. *Tipificación específica y tutela reforzada: contenido y legitimidad*. II. ALCANCE Y LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA. 1. *Insultos personales, con o sin contenido político*. 2. *La sátira con intención humorística. Los casos de El Jueves y de Caduca Hoy*. 3. *La expresión política en sentido estricto. El caso Otegi Mondragon*. 4. *Manifestaciones de rechazo. La quema del retrato de los reyes*. III. ¿LAS INJURIAS AL REY COMO EJERCICIO DEL DISCURSO DE ODIÓ? 1. *El discurso de odio como límite a la libertad de expresión*. 2. *La fallida y criticada aplicación del discurso de odio para salvar la legitimidad de las injurias al rey*. IV. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: El Código penal español tipifica como delito la conducta que constituya calumnias o injurias al rey o reina y a otras personas vinculadas con la Corona y la utilización desprestigiante de la imagen de dichas personas y les asigna penas mayores que las previstas para los delitos comunes equivalentes. En este capítulo se analiza el contenido y la legitimidad de dicha tipificación específica, así como el alcance y los límites a la libertad de expresión en relación con el ámbito de aplicación de los delitos mencionados, con particular atención a si estos pueden ser considerados como discurso de odio.

* El presente capítulo es fruto de mi participación en el proyecto de investigación y desarrollo titulado “Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. ¿La (de)construcción de una sociedad (in)tolerante?”, dirigido por las doctoras Juana del-Carpio-Delgado y María Holgado González y financiado en el marco del programa de Proyectos Feder-UPO (referencia: 2020/00055/001). Agradezco la asistencia recibida por parte de Álvaro Guijo Garzón y María Yerbes González.

Palabras claves: injurias, calumnias, rey, jurisprudencia, discurso del odio

I. LOS TIPOS DE DELITO DE LOS ARTS. 490.3 Y 491 CP

El Código penal español tipifica como delito, dentro de los llamados “delitos contra la Constitución”, la conducta que constituya calumnias o injurias al rey o reina y a otras personas vinculadas con la Corona (cualquier ascendiente o ascendiente del rey o reina; la reina consorte o el consorte de la reina; el regente o algún miembro de la Regencia; y el príncipe o princesa de Asturias), ya sea “en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas” (art. 490.3 CP) como fuera de esos casos (art. 491.1 CP), además de la utilización desprestigiante de la imagen de dichas personas “de manera que pueda dañar el prestigio de la Corona” (art. 491.2 CP)¹.

1. V. arts. 490.3 y 491 CP: “490. (...) 3. 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 algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la multa de seis a doce meses si no lo son.

491.1. 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.”

Desde un punto de vista histórico, no fue sino hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995 que tipificación de las conductas en cuestión hizo expresa referencia a la figura del rey de España. No obstante, la persona del monarca ya recibía una tutela penal específica, diferente a la de las injurias genéricas, a través del delito de *injurias al Jefe del Estado*, tipificado en los artículos 146.1.º y 147 del Código penal de 1973: “146. Se impondrá la pena de prisión mayor: 1.º Al que injuriare o amenazare al Jefe del Estado en su presencia. (...) 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 fueran graves, y con la de prisión menor, si fueran leves.”

Además de esta tutela penal, el régimen administrativo regulador de la libertad de prensa tuteló de manera reforzada a la monarquía durante todo el periodo de la transición. Hasta la aprobación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, se actuaba en muchas ocasiones a través del *secuestro administrativo* de las publicaciones, posibilidad expresamente confirmada por la reforma del art. 64 de la Ley de Prensa operada por el Real Decreto-ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión: “La Administración sólo podrá decretar el secuestro administrativo de aquellos impresos gráficos o sonoros que contengan noticias, comentarios o informaciones: (...) b) Que constituyan demérito o menoscabo de la Institución Monárquica o de las personas de la Familia Real.” Para una evolución histórica de este tipo de delitos durante los siglos XIX y XX, v. Martínez Guerra (2016), pp. 98-100.

1. CALUMNIAS O INJURIAS EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES (ART. 490.3 CP)

En primer lugar, el art. 490.3 CP castiga a quien calumnie o injurie al rey o reina, a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la reina consorte, al consorte de la reina, al regente o a cualquier miembro de la Regencia y al príncipe o princesa de Asturias. En ausencia de una definición específica, debemos entender por injuria “la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación” (art. 208 CP) y por calumnia “la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” (art. 205 CP). En principio, son aplicables a este tipo y al siguiente todas las consideraciones que sobre el ámbito de la conducta típica puedan hacerse con respecto a las injurias y calumnias genéricas, salvo lo que se dirá más adelante sobre la gravedad de las mismas.

La pena a imponer será de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o la injuria es grave o de multa de seis a doce meses si no lo es. En ambos casos, la conducta debe ser cometida cuando los sujetos se hallen en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas. La jurisprudencia interpreta que este elemento requiere “una situación presencial o cuasipresencial del Monarca, o cuando menos lo esté en el ejercicio de sus funciones establecidas en el art. 56.1 CE, 62 y 63 de la Constitución”². No obstante, el inciso de “con motivo u ocasión de [el ejercicio de las funciones]” ha permitido aplicar la norma en supuestos en los que no se daba una presencia física cercana entre sujetos activo y pasivo en el momento justo de realizarse la conducta, como los casos de condenas en el curso de una concentración celebrada tras una manifestación con “motivo de la visita de S.M el Rey a la ciudad de Gerona”³ o el de una rueda de prensa por parte de un miembro del Parlamento vasco tras “la visita que Sus Majestades los Reyes de España habían realizado a esa Comunidad Autónoma”⁴.

Con respecto a la determinación de las funciones atribuidas a los sujetos pasivos, parece claro que, en el caso del titular de la Corona, se refiere a las

2. SAN JCP 24/2012, de 27 de marzo, que condenó a los autores de la canción “Una historia real” por el tipo del art. 491.1 CP, no por el del art. 490.3 CP, a pesar de que en la canción se imputaba a Juan Carlos Borbón “directamente y sin ambages la autoría de un delito de rebelión militar (golpe de Estado 23-F)”. Demuestra esto que, en el deslinde entre el 490.3 y el 491.1 CP, pesa más en la jurisprudencia la situación “presencial o cuasi-presencial” en la que se produce la conducta que el hecho de que la actuación (falsamente) imputada al sujeto pasivo esté relacionada o no con el ejercicio de sus funciones, como era el caso.
3. SAN JCP 40/2008, de 9 de julio, en el caso de la quema del retrato de los reyes (v. *infra* epígrafe 2.4).
4. STSJPV Sala de lo Civil y Penal, de 18 de marzo de 2005, AH 2, en el caso de la rueda de prensa dada por el parlamentario vasco Otegi Mondragón (v. *infra* epígrafe 2.3).

mencionadas en los artículos 62 y 63 de la Constitución española. No obstante, es difícil de interpretar la mención al ejercicio de funciones con respecto a otras personas que carecen precisamente de estas, como pueden ser la reina consorte o el consorte de la reina (salvo que esté ejerciendo la regencia) o los ascendientes o descendientes del titular de la Corona que no sean príncipe o princesa de Asturias⁵. La única interpretación técnicamente lógica, en nuestra opinión y sin perjuicio de las críticas político-criminales y de legitimidad constitucional que se harán más adelante, es que solo sea de aplicación, respecto a estos otros sujetos pasivos, el inciso de “con motivo u ocasión” del ejercicio de las funciones por parte de los sujetos que sí las tienen.

La explicación, eso sí, tiene que ver probablemente con la identificación absoluta entre la institución (la Corona) y la persona (el rey) y en la consiguiente confusión entre las esferas pública y privada, incluyendo en esta última a los parientes del rey que no ejercen función constitucional alguna. Esto impide, por ejemplo, como se ha señalado con acierto e ingenio, que una hipotética acción poco ejemplar de alguna de las personas tipificadas como posibles sujetos pasivos –una hija, un nieto o el padre del titular de la Corona, por ejemplo, o incluso del propio rey– pueda ser enjuiciada, a pesar de su potencial lesividad para el prestigio de la institución⁶, dado que la descripción de la conducta como “calumniare o injuriare al rey” parece requerir que la conducta afecte, al menos de manera inmediata, al honor de la persona física.

2. CALUMNIAS O INJURIAS FUERA DEL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES (ART. 491.1 CP)

En segundo lugar, el art. 491.1 CP castiga a quien calumnie o injurie a cualquiera de las personas descritas en el artículo anterior “fuera de los supuestos previstos en el mismo”, es decir, fuera del ejercicio de sus funciones o sin que la calumnia o injuria se produzca con motivo o en ocasión del ejercicio de estas. La pena prevista es de multa de cuatro a veinte meses, sensiblemente menos onerosa que la del tipo anterior, pero su límite máximo es mayor que el de la pena prevista para las injurias genéricas, se produzcan estas con o sin publicidad. No obstante, se produce una situación cuanto menos curiosa respecto a la modalidad típica de calumnia: una conducta de calumnia contra el rey que se produzca con publicidad y fuera del ejercicio de las funciones (por ejemplo, acusarlo falsamente, en un artículo de prensa, de haber causado la muerte de un familiar por accidente) recibiría en principio el reproche de una pena de multa de cuatro a doce meses, mientras que la misma conducta con respecto

5. Martínez Guerra (2016), p. 104.

6. Martínez Guerra (2016), p. 105.

a cualquier otra persona, si es con publicidad (art. 206 CP), puede llegar a ser castigada con pena de prisión de seis meses a dos años.

El ya mencionado problema de confusión entre lo público y lo privado se hace aún más patente en este segundo tipo de delito, en el que por la propia y expresa redacción del tipo se requiere que la calumnia o la injuria se produzca en un contexto ajeno a las funciones constitucionales de la Corona, pese a lo cual, se mantienen como posibles sujetos pasivos los mismos que en el tipo anterior. Si ya es discutible que el honor del jefe del Estado merezca una mayor tutela cuando este se ve afectado por injurias que no tienen que ver con sus funciones constitucionales, se hace absolutamente injustificable, salvo que se admita la legitimidad de la desigualdad ante la ley entre ciudadanos, que dicha tutela reforzada se extienda a quienes no es que actúen fuera de dichas funciones, sino que carecen por completo de las mismas.

La jurisprudencia ha optado por aplicar este tipo, y no el anterior, en casos como el de un alcalde que calificó al entonces rey Juan Carlos Borbón en términos despectivos, referidos en gran parte a su vida privada y familiar⁷; el de la ya mencionada canción “Una historia real”⁸; o el de un artículo de opinión en el que se describía al exrey como el “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”⁹.

3. UTILIZACIÓN DESPRESTIGIANTE DE LA IMAGEN REAL (ART. 491.2 CP)

Por último, el art. 491.2 CP castiga al que utilice la imagen de cualquiera de los sujetos pasivos (exactamente los mismos que los mencionados en el art. 490.3 CP) “de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona” con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

La conducta típica se describe de manera distinta y más concreta en este tipo que en los dos anteriores, abarcando no cualquier conducta de calumnia o injuria, sino solo la que consista en utilizar una imagen. Esta diferencia, unida a la exigencia de un potencial desprestigio de la Corona, hace que estemos ante un tipo de delito cuyo resultado típico se define de manera mucho menos nítida: mientras que las calumnias e injurias de los arts. 490.3 y 491.1 CP afectan al honor de los sujetos pasivos (con independencia de que, debido

7. SAN JCP 42/2009, de 9 de junio, en el caso del alcalde republicano (v. *infra* epígrafe 2.1).

8. SAN JCP 24/2012, de 27 de marzo.

9. SAN JCP 16/2013, de 14 de marzo, en el caso del artículo “¿Por qué no te callas ahora?”.

a la “personalización”, se trate de un bien jurídico protegido con la intención político-criminal de salvaguardar el prestigio de la institución personificada), en el art. 491.2 CP se invierte el mecanismo utilizado: la utilización de la imagen de ciertos sujetos es sólo el medio comisivo susceptible de dañar el prestigio de la Corona¹⁰. Esta ausencia de exigencia de un daño efectivo del prestigio de la Corona, dado que únicamente se requiere que “pueda” dañarlo¹¹, “supone un adelanto de la barrera de protección penal absolutamente injustificable un Estado Democrático y de Derecho”¹².

También debe ser criticada la extensión con la que se describen los sujetos cuya imagen puede ser utilizada en desprestigio de la Corona, incluyendo a cualquiera de los ascendientes o descendientes, que si bien son ciertamente familia del rey, no forman parte de la Corona entendida como institución que corresponde con Jefatura del Estado, ni tienen por qué ejercer ningún tipo de función constitucional.

4. TIPIFICACIÓN ESPECÍFICA Y TUTELA REFORZADA: CONTENIDO Y LEGITIMIDAD

Si analizamos el contenido del tratamiento penal específico de las calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona, podemos concluir fácilmente que dicha tipificación supone una tutela reforzada de las personas descritas en el tipo respecto al resto de posibles sujetos pasivos en al menos dos aspectos:

* *mayor ámbito de relevancia típica*: a diferencia de las injurias genéricas, no se requiere que las injurias al rey “sean tenidas en el concepto público por graves”, sino que también las leves son merecedoras de reproche penal de acuerdo con el legislador¹³;

10. Martínez Guerra (2016).

11. La jurisprudencia ha confirmado esta interpretación. El “ataque por una utilización torticera de la imagen de las personas expresadas (...) no necesita un daño real, constatado, efectivamente producido al prestigio de la Institución, por lo que 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 necesario, que llegue a producirse el daño prevenido (el desprestigio de la Corona)”, v. SAN JCP 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 2.º, en el caso de la portada de El Jueves, v. *infra* epígrafe 2.2). El art. 491.2 CP otorga una “protección anticipada y sin necesidad de resultado lesivo”, v. SAN JCP 64/2008, de 4 de noviembre, FJ 2.º.

12. Martínez Guerra (2016).

13. Esto es claro, por expresa previsión, en el tipo del art. 490.3 CP. No lo es tanto en el del art. 491.1 CP: se podría interpretar que, al no existir diferencia en la pena por la gravedad, es aquí de aplicación subsidiariamente la previsión del art. 208.II CP. Aun menos claro en el tipo del art. 491.2 CP, que responde a una estructura distinta, como ya hemos visto anteriormente.

* *penas más graves*: la pena prevista para las calumnias e injurias al rey en sus funciones y graves (art. 490.3, inc. primero, CP) es de prisión de seis meses a dos años, cualitativamente más grave para el reo que las más graves de las previstas tanto para las calumnias como para las injurias genéricas; las penas previstas para las calumnias e injurias al rey fuera de sus funciones (art. 491.1 CP) y para la utilización desprestigianete de la imagen (art. 491.2 CP), en sus límites máximos, también son mayores que las previstas para las injurias genéricas, con o sin publicidad¹⁴.

Expuesta así la tutela reforzada que otorga el Código penal al rey y a otros sujetos frente a las calumnias y, sobre todo, a las injurias, respecto al resto de ciudadanos, es necesario acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para extraer conclusiones sobre la conformidad de dicha tutela con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a cuyo cumplimiento se encuentra obligado jurídicamente el Reino de España y cuyo contenido es criterio de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución española (art. 10.2 CE). En este sentido, el TEDH ha mantenido que “los límites de una crítica aceptables son más amplios respecto a los políticos como tales que con respecto a un particular. A diferencia de este, aquel se expone consciente e inevitablemente a un control atento de todas sus palabras y actos, tanto por los periodistas como por los ciudadanos y debe, por lo tanto, mostrar un mayor grado de tolerancia”¹⁵.

Más en concreto, con respecto a los jefes Estado, el Tribunal ha sentenciado, por ejemplo, que “[la existencia de un] delito de insulto a un jefe de Estado extranjero es susceptible de inhibir la libertad de expresión sin que haya ninguna ‘imperiosa necesidad social’ capaz de justificar dicha restricción”¹⁶, lo cual vale “más aun cuando se trata del interés de un Estado en proteger la reputación de su propio jefe de Estado: tal interés no puede justificar a este último privilegio o protección especial respecto al derecho de informar y expresar opiniones sobre el mismo”¹⁷; y, en una decisión clave que recayó expresamente sobre un caso en el que se aplicaron los tipos de delito

14. No obstante, como ya hemos adelantado, la calumnia contra el rey fuera del ejercicio de las funciones (art. 491.2 CP), siendo indistinto si es o no con publicidad, es castigada con pena de multa de cuatro a doce meses, mientras que la misma conducta con respecto a cualquier otra persona, si es con publicidad (art. 206 CP), puede llegar a ser castigada, alternativamente, con pena de prisión de seis meses a dos años.

15. STEDH (Pleno) de 8 de julio de 1986, Lingens c. Austria, § 42; es de reseñar que el Tribunal también declara que “un político tiene por supuesto derecho a que su reputación sea protegida, incluso cuando no esté actuando en su esfera privada, pero los requisitos para dicha protección tienen que ser ponderados con el interés de una discusión abierta en materia política”. Todo ello confirmado en otras ocasiones, como en la STEDH (Pleno) de 23 de mayo de 1991, Oberschlink c. Austria, § 59.

16. STEDH (Sección 2.^a) de 25 de junio de 2002, Colombani y otros c. Francia, § 69.

17. STEDH (Sección 4.^a) de 12 de noviembre de 2007, Artun y Gùvener c. Turquía, § 31.

aquí analizados por parte de tribunales españoles, el Tribunal de Estrasburgo considera que:

“(…) a pesar de las diferencias existentes con un régimen republicano como el de Turquía, los principios que se deducen de su propia jurisprudencia en la materia son en teoría también válidos respecto un régimen monárquico como el de España, donde el Rey ocupa una posición institucional singular, como lo recuerda el Gobierno. (...) El Tribunal considera que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y símbolo de la unidad del Estado, no podría ponerlo al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o –como en el caso– como representante del Estado que simboliza, en particular para los que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluido su régimen monárquico.”¹⁸

No obstante, el propio Tribunal reconoció que “es totalmente legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden público institucional”, aunque recuerda que “la posición dominante que estas Instituciones ocupan, obliga a las autoridades a demostrar contención en el uso de la vía penal”, y concluye que “nada en las circunstancias del presente caso (...) podía justificar la *pena de prisión*”. Dicha pena solo sería compatible con el Convenio “en circunstancias excepcionales, en particular, cuando se hayan afectado seriamente otros derechos fundamentales, como en la hipótesis, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o incitación a la violencia”¹⁹. Entendemos que el matiz que introduce aquí el TEDH se fundamenta en la alegada “neutralidad en el debate político” y la posición de “árbitro y símbolo de la unidad del Estado” que el Gobierno español afirma que ocupa el rey, a diferencia de la presidencia de una República, que es directa o indirectamente elegida popularmente y que, por lo tanto, se asemeja más al concepto de “hombre político” usado en jurisprudencia precedente²⁰.

18. STEDH (Sección 3.^a) de 15 de marzo de 2011, Otegi Mondragón c. España, §56.

19. STEDH (Sección 3.^a) de 15 de marzo de 2011, Otegi Mondragón c. España, §§ 58 y 61 y 59.

20. Por el contrario, cabría decir que fue el propio Tribunal Supremo español quien, en su STS de 28 de septiembre de 1993, en la que absolvió a los acusados, diputados vascos, por interrumpir un discurso del rey durante su visita a la Casa de Juntas de Gernika cantando la canción “Eusko Gudariak”, sostuvo una posición mucho más avanzada que el TEDH: “se ha dicho con acierto que frente a la magistratura suprema electiva periódicamente, la institución monárquica es ejercicio de un plebiscito implícito cotidiano y por ello en manera alguna debe estimarse existente el delito de injurias, sino contrariamente, un legítimo ejercicio del derecho a la libre expresión, cuando se trata de comunicar al monarca un estado de insatisfacción pública de un sector ciudadano, más o menos minoritario. Se trata de un comportamiento exigible en toda democracia y por ello carente de antijuricidad” (FJ 2.º).

Por su parte, la jurisprudencia española, consciente de la excepción que supone esta tutela reforzada de la figura del rey, ha intentado sortear los argumentos en contra afirmando que es objeto de “una especial protección, más intensa que la del resto de los ciudadanos, pero no más amplia”²¹. Cuando este caso, el de la quema del retrato de los reyes, llegó a Estrasburgo, el Tribunal siguió sin pronunciarse expresamente sobre la conformidad con el Convenio de una tipificación penal específica que otorgue una tutela reforzada al rey, sino que de nuevo reprochó a los tribunales españoles que “una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco de un debate político, por cuanto representa la más fuerte reprobación jurídica de un comportamiento, constituye una injerencia en la libertad de expresión que no era proporcionada a la finalidad legítima perseguida ni necesaria en una sociedad democrática”²².

De todo ello se puede concluir que, si bien “en materia de insulto contra un Jefe de Estado, el TEDH ya ha declarado que una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto [contra un Jefe de Estado] *no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio*”²³, no existe una obligación jurídico-internacional de derogar la tipificación específica de los delitos de calumnias e injurias al rey. No obstante, sí se trataría de una decisión del legislador que acercaría nuestro ordenamiento al *espíritu del Convenio* y, sobre todo, el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20 CE) sí debe interpretarse de acuerdo al Convenio y la jurisprudencia del TEDH, esto es, con un alcance tal que impida, o bien por expresa previsión legal o bien por la actividad de los tribunales, que la crítica política al rey o a la monarquía sea castigada con pena de prisión, ya sea directamente, ya sea como consecuencia del impago de una pena de multa²⁴, salvadas las excepciones ya expuestas.

II. ALCANCE Y LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Tratada de manera introductoria la cuestión de si es legítimo o no que exista una tipificación específica de las calumnias e injurias al rey y de que la misma implique una tutela reforzada, es posible desarrollar la cuestión del

21. SAN Sala de lo Penal (Pleno) de 5 de diciembre de 2008, FJ 5.º (v. *infra* epígrafe 2.4).

22. STEDH (Sección 3.ª) de 13 de marzo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, §42.

23. STEDH (Sección 3.ª) de 13 de marzo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, §35.

24. Este es, sin duda, el paso adelante que da la analizada sentencia con respecto a la del caso Otegi Mondragón y que permite afirmar que, en realidad, la jurisprudencia del TEDH rechaza el uso del Derecho penal, dado el mecanismo de prisión sustitutoria en caso de impago. Otras penas, como la de inhabilitación, podrían ser incluso tan graves como las de prisión teniendo en cuanto el contexto político en el que se dan las expresiones.

alcance y los límites de la libertad de expresión en relación con su ejercicio para insultar o criticar al rey o al resto de sujetos tipificados en los arts. 490.3 y 491 CP. Una manera de realizar este análisis, fuertemente imbricado con el anterior, es sistematizar los casos en distintos grupos de supuestos en función de las características y la intencionalidad de las opiniones o expresiones. A continuación, exponemos varios casos, su recorrido judicial y el comentario doctrinal al mismo, ordenándolos en función de si las expresiones enjuiciadas pueden considerarse: a) insultos personales, con o sin contenido político; b) sátira con intención humorística; c) expresiones políticas en sentido estricto; d) manifestaciones de rechazo al rey o a la monarquía.

1. INSULTOS PERSONALES, CON O SIN CONTENIDO POLÍTICO

El proferimiento de insultos carentes de contenido o motivación ideológica o política, o con una carga política que no obra como hecho probado o bien que es fruto más bien de situaciones de embriaguez o alteración psíquica y no de convicciones, han sido pacíficamente considerados como típicos por la jurisprudencia.

En este sentido fallaron las sentencias por las que se condenaba a un sujeto que, estando en una plaza y el rey asomado a un balcón que daba a la misma, exclamó: “si le explotara una bomba, cabrón, gediondo [sic.], gordo asqueroso, que sólo da de comer a los curas”²⁵; a un transeúnte que, “cuando se encontraba en estado de embriaguez, al serle llamada la atención por unos guardias municipales para que no molestara a las personas que pegaban propaganda electoral, comenzó a gritar que el Rey y la Reina eran unos hijos de puta”²⁶; a un estudiante de Filosofía “de temperamento esquizoide de tipo fanático reivindicador” que, en una carta dirigida a un profesor, “le ruega que quite de la pared esa ‘parejita’ de extranjeros ilegales monarcas que a él no le dicen nada”²⁷; al cliente de un bar que, sobre las cuatro de la madrugada y acompañado por unos amigos, “entonó una canción alusiva a temas políticos, en la que, refiriéndose inequívocamente al actual Jefe del Estado, se decía, entre otras cosas, ‘Rey, mierda’, que pudo ser oída por unas cincuenta personas presentes”²⁸; a otro cliente de otro bar que, ante la negativa del camarero

25. SAP Tenerife de 13 de marzo de 1978, confirmada por STS Sala de lo Penal 106/1979, de 31 de enero.

26. SAP Barcelona de 21 de julio de 1979, confirmada por STS Sala de lo Penal 1241/1981, de 3 de noviembre.

27. SAP Valladolid de 3 de marzo de 1981, en la que se le reconoce, eso sí, una eximente incompleta por tener disminuidos su entendimiento y voluntad, confirmada por STS Sala de lo Penal 720/1982, de 26 de mayo.

28. SAP Zamora, de 27 de febrero de 1982, confirmada por STS Sala de lo Penal 756/1983, de 20 de mayo.

a fiarle un cuba libre y “como en aquel momento apareciese en la televisión la imagen de S.M. el Rey don Juan Carlos, manifestó en voz alta, refiriéndose al Monarca, que es un ‘mierda’ y un ‘hijo de puta’”²⁹; a un capitán de infantería que, en una cena junto con otros oficiales y dirigiéndose a un televisor en el que aparecía el rey exclamó: “¡ese es un tonto y un payaso!”³⁰.

Si bien es difícil objetar el carácter objetivamente insultante de la mayoría de las expresiones que acaban de ser expuestas, es necesario recordar una vez más, aunque ello no estuviera asentado todavía en el momento en el que dichas sentencias fueron dictadas, que la cuestión controvertida no es que el honor de Juan Carlos de Borbón no merezca protección por parte del ordenamiento jurídico, sino: a) que reciban una pena mayor que la que habría correspondido a la misma conducta si hubiera estado dirigida a otro ciudadano, y b) que el alcance de la libertad de expresión, en detrimento del ámbito de tipicidad de las calumnias e injurias, debe ser menor cuando los sujetos a los que refiere ocupan cargos públicos.

Este detrimento del ámbito de la tipicidad debería ser un criterio de aplicación de la norma en casos de insultos, incluso personales, en los que sí pueda determinarse más claramente la existencia de una motivación política o ideológica atendiendo al sujeto que profiere la expresión o al contexto en el que se produce. Sin embargo, la jurisprudencia española ha enjuiciado la crítica política a través de insultos personales como típicas de estos delitos, aun cuando tuvieran lugar en el contexto del debate de cuestiones de interés público, tales como pueden ser la idoneidad de quien ostenta un cargo. Tal fue el caso, por ejemplo, de la condena al orador de un mitin organizado por varias organizaciones de extrema derecha, que afirmó que Juan Carlos de Borbón carecía de sano juicio, sentido de la dignidad real, lealtad, elegancia, magnanimidad y otras cualidades de las que sí gozaban sus antepasados³¹.

Tampoco hubo dudas, treinta años más tarde, en la condena a un alcalde por unas declaraciones realizadas en el curso de un acto de conmemoración del 77.º aniversario de la proclamación de la II República cuando dijo: “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”; “hijo de una persona de condición licenciosa, deplorable, deleznable, no menos licenciosa que la de su esposa”; “que si atropellara a una niña lo haría por su acostumbrada

29. SAP Almería, de 1 de junio de 1984, condena con la concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez al encontrarse el sujeto “en un estado de embriaguez que sin anular sus facultades intelectuales y volitivas, las obnubilaba, situación no habitual en el procesado”, confirmada por STS Sala de lo Penal 1014/1987, de 6 de junio.

30. SAN de 9 de junio de 1989, confirmada por STS Sala de lo Penal 213/1992, de 27 de enero.

31. SAP Guadalajara de 24 de abril de 1979, confirmada por STS Sala de lo Penal 739/1980, de 11 de junio.

vinculación ética”; “el rey, es de naturaleza corrupta, porque lo es de condición, pero también lo es en lo personal”; “el rey es corrupto de procedencia, como corrupto es el sistema”. Para el juzgador de este caso, “muy poca interpretación es necesaria” para concluir que los términos utilizados son “claramente insultantes, injuriosos y vejatorios”³² y, en respuesta a “la tan reiterada alegación en estos casos y como no, también en este juicio, al ejercicio del derecho a la libertad de expresión”, afirma:

“(…) para ensalzar y glorificar el régimen republicano era totalmente innecesario utilizar frases y expresiones ultrajantes y ofensivas que afectan al núcleo íntimo de la dignidad de las personas utilizando términos desmesurados respecto al legítimo objeto de la crítica perseguida”³³.

Apelada la decisión, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirma la idea de la innecesaridad, concluyendo que las expresiones utilizadas son “simplemente descalificadoras, humillantes, afrentosas, molestas, ofensivas, desabridas, oprobiosas, impertinentes, vejatorias e innecesarias, tanto para manifestar su descontento con la institución monárquica, como para defender a ultranza las bondades de un sistema republicano, y por lo tanto, injuriosas para quien encarna la Monarquía española”, eso sí, de manera sorprendente, justo después de afirmar que el juzgado de primera instancia no obró incorrectamente al no tener en cuenta todo el discurso, sino solo frases entresacadas³⁴.

32. SAP JCP 29/2009, de 9 de junio, FJ 1.º.

33. SAP JCP 29/2009, de 9 de junio, FJ 3.º El criterio de la desmesura o de la innecesaridad, que el magistrado atribuye (FJ 2.º) de manera confusa y errónea a la jurisprudencia del TEDH, proviene en realidad de un párrafo de un informe de la ya extinta Comisión Europea de Derechos Humanos de 11 de octubre de 1984, previo al caso *Lingens c. Austria*, que reza: “81. La Comisión no puede aceptar que la prensa pueda hacer juicios de valor críticos solo si se puede probar su ‘verdad’. Los juicios de valor son un elemento esencial de la libertad de prensa y la imposibilidad de prueba es inherente a los juicios de valor. *El uso de palabras fuertes* (*‘strong wording’*) puede ser por sí mismo un medio para expresar desaprobación hacia un determinado comportamiento y debería restringirse solo cuando los términos usados sean desmesurados (*‘incommensurate’*) con respecto al legítimo objeto de la crítica perseguida” (la traducción y la cursiva son propias).

Con respecto a la “innecesaridad” de la crítica mordaz o el insulto como forma de participación en el debate público, argumento que se repetirá en futuras sentencias, como la reciente sobre el segundo caso *Hasél*, afirma con acierto Dopico Gómez-Aller (2021), p. 399 que “la crítica política amparada por la libertad de expresión no es únicamente la que propone alternativas, sino también la que simplemente se opone a una institución (la monarquía actual) o a unas personas públicas (el rey emérito y el rey actual)”.

34. SAN Sala de lo Penal (Sección 4.ª) 41/2009, de 18 de septiembre, FJ 5.º Efectivamente, la Sala establece en primer lugar que “todos aquellos elogios [a la II República] no guardan relación alguna con el hecho objeto de acusación” para luego afirmar, cinco párrafos más tarde, que “las frases entrecomilladas en el relato de hechos probados no contienen ningún pensamiento, ninguna defensa de ninguna idea u opinión (...)”.

2. LA SÁTIRA CON INTENCIÓN HUMORÍSTICA. LOS CASOS DE EL JUEVES Y DE CADUCA HOY

Por otra parte, el Tribunal de Estrasburgo ha establecido que la sátira es una forma de expresión artística, que es necesario examinar con especial atención cualquier injerencia en el derecho de un artista a expresarse por este medio y que castigar penalmente estos hechos puede tener un efecto disuasorio sobre las intervenciones satíricas relativas a personalidades públicas³⁵, cuestión más que solo posible, como veremos más adelante. En España, la prensa satírica practicó durante años una “mal disimulada autocontención”, con chistes más que comedidos sobre el rey, el príncipe y la monarquía, aunque de creciente mordacidad a partir de finales de los años noventa y principios de la primera década del siglo XXI. Quizá por ello los secuestros y condenas que recibió este tipo de prensa satírica no fueron debidos a injurias al rey, sino a escarnios contra la religión³⁶. Sin embargo, en 2007 se produjo un caso clave en esta materia: el secuestro judicial de la revista *El Jueves* por el contenido de su portada en relación con los príncipes de Asturias y la posterior condena a los dibujantes de esta.

En este famoso caso, el juzgador declaró que constituía un delito de utilización desprestigianete de la imagen de los entonces príncipes de Asturias del art. 491.2 CP la publicación de una portada en la que, “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 de 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 ambas 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 los autores no parece que admita discusión alguna en cuanto encajan exactamente en la clásica definición de injurias de deshonorar, desacreditar o menospreciar a otro”³⁷.

En cuanto al eventual conflicto con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información (no olvidemos que se trata de una publicación periódica, aunque sea de corte satírico), reducido en la sentencia a una “supuesta exclusión

35. STEDH (Sección 1.^a) de 25 de enero de 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*; STEDH (Sección 10.^a) de 20 de octubre de 2009, *Alves da Silva c. Portugal*; STEDH (Sección 5.^a) de 14 de marzo de 2013, *Eon c. Francia*. Sobre el mayor grado de tolerancia debido hacia las expresiones de carácter satírico, v. *De Verda y Beamonte* (2014) pp. 355-357, que también trata el carácter autónomo de la libertad de creación artística con respecto a la libertad de expresión (pp. 360-362).

36. Fernández Sarasola (2019), pp. 372 y ss.

37. SAN JCP 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 2.º

de la norma penal por un supuesto ejercicio de la libertad de expresión”, el juzgador se ampara, de nuevo, en el concepto de innecesaridad, llegando a citar para ello incluso sentencias concretas del TEDH que, en realidad, fueron de condena al Reino de España por violación de la libertad de expresión garantizada por el Convenio³⁸ y también a afejar a los humoristas que “carece de toda lógica, común y jurídica, que se diga criticar o satirizar la promesa gubernamental del subsidio de natalidad (...) y se utilice para ello al Príncipe Heredero (...) una persona que forma parte de aquellas especialmente protegidas por el legislador”³⁹.

El estudio de este caso permite también reflexionar sobre cuestiones de utilidad de la pena y del efecto disuasorio (“*chilling effect*”) que este tipo de sentencias puede llegar a tener sobre el ejercicio de derechos fundamentales. Sobre la primera cuestión, es indudable que la cobertura mediática dada al proceso judicial abierto contra la revista, incluyendo a la policía que requisaba las revistas de los quioscos de prensa, hizo que una portada que hubiera pasado desapercibida, salvo para los lectores de la revista, deviniese en noticia de apertura de los telediarios en España y en todo el mundo⁴⁰. Con respecto al segundo de los aspectos, si bien El Jueves siguió publicando en los años posteriores portadas tanto o más “ofensivas” para el rey, el príncipe y otros miembros de la familia real, llegó en 2014 el delicado momento de la abdicación de Juan Carlos de Borbón y la proclamación como rey de Felipe de Borbón. En relación con este contexto, estaba prevista la publicación de una portada que retrataba al rey que abdicaba colocando una corona llena de heces sobre la cabeza de su sucesor, sin embargo, la editorial RBA impuso una “censura corporativa” y destruyó 70.000 ejemplares de la revista antes de que vieran la luz. Este hecho nos recuerda que la excesiva tutela de los intereses que entran en conflicto con la libertad de expresión puede llegar a convertir este en una “libertad autocercenada”⁴¹.

38. Es el caso de la STEDH (Pleno) de 23 de abril de 1992, Castells c. España.

39. SAN/JCP 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 3.º.

40. Ramos Fernández (2007), p. 153, que rescata un ejemplificador titular a cuatro columnas del diario *El Mundo* del 21 de julio de 2007: “Del Olmo eleva a noticia mundial un chiste zafio contra la corona”. La noticia llegó a los informativos de CNN, BBC, AL Jazeera, Fox, Sky News y la televisión japonesa (p. 157). Se trata del llamado “efecto Barbra Streisand”, que tiene lugar cuando un intento de ocultamiento o censura no solo no consigue su propósito, sino que es contraproducente, de modo que la información que se pretendía censurar termina por ser más conocida de lo que lo habría sido sin que se la hubiera intentado ocultar. De hecho, El Jueves llevaba años publicando portadas, chistes y viñetas dedicadas a la monarquía, con cada vez mayor carácter mordaz, e incluso había publicado un volumen recopilatorio llamado *Tocando los Borbones*. Para una visión histórica del uso humorística de la imagen del rey en publicaciones como *Cu-Cut*, *Cambio16*, *Caduca Hoy*, o el propio *El Jueves* v. Ramos Fernández (2004), pp. 19-21 y Fernández Sarasola (2019), pp. 372-374. Una visión de conjunto sobre los casos de principios del siglo XXI la da Linda Navas (2009).

41. Fernández Sarasola (2019), p. 386.

A diferencia de lo que sucedió con El Jueves, el mismo juzgador absolvió a los autores de una fotocomposición y un artículo publicados en el suplemento semanal humorístico Caduca Hoy del diario Deia. Según el relato fáctico de la sentencia:

“(...) aparece la imagen de S.M. el Rey con un rifle de caza junto a lo que aparenta ser un oso muerto, que a su vez está apoyado en lo que se da a entender que es un licor rotulándose al margen izquierdo: ‘Mitrofán era un oso de feria, le metieron en una jaula y lo pusieron a tiro al Rey tras emborracharlo con vodka y miel’ (...)

(...) el mismo diario publicó un artículo sobre el mismo tema (...) titulado ‘Las Tribulaciones del oso Yogi’. En dicho artículo se hace aparecer como narrador al citado personaje de dibujos animados y además de verse 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 propio texto con el art. 56.3 de la CE), se le 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 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.”⁴²

Las razones para la absolución se concretan esencialmente, respecto al artículo, en que “no se considera que el uso puntual de alguna expresión, totalmente desafortunada y excesiva, en el marco general del artículo, pueda alterar la repetida finalidad de criticar a la caza en general y de osos en particular y a la Institución Monárquica, *no apreciándose términos ‘desmesurados’ en las concretas expresiones y frases intercaladas en el largo texto*”; respecto a la fotocomposición, en que en los acusados no se aprecia *animus iniuriandi* y a que se trata de una “caricatura, también feroz y despiadada, [inserta] en un semanario de humor, basada en un hecho que ha sido publicado (independiente de su realidad última) por diversos medios de comunicación, es sátira que puede y debe 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”, aunque, eso sí, el magistrado advirtió oralmente a los acusados de haber estado “muy cerca de traspasar la delgada línea entre la sátira y la difamación”⁴³.

42. SAN JCP 86/2008, de 22 de noviembre.

43. SAN JCP 86/2008, de 22 de noviembre (las cursivas son propias). Quepa resaltar que el juzgador, de nuevo, hace referencia al “criterio de la desmesura” atribuyéndolo erróneamente a una sentencia del TEDH que, en realidad, nada dice al respecto. Sea

3. LA EXPRESIÓN POLÍTICA EN SENTIDO ESTRICTO. EL CASO OTEGI MONDRAGÓN

La posición central que ocupa el discurso político en el contexto de la tutela de la libertad de expresión ha sido amplia y repetidamente reconocida por la jurisprudencia del TEDH al manifestar, por ejemplo, que “preciosa para cada uno, 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, exigen al Tribunal realizar un control muy estricto”⁴⁴. En cuanto a España, en el caso de la Mesa Nacional de HB, el Tribunal Constitucional afirmó que las libertades de expresión e información “operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles ‘especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar’”⁴⁵.

Para descender a lo concreto de la jurisprudencia en materia de injurias o calumnias al rey, hemos de traer a colación el caso de las declaraciones dadas en rueda de prensa por el parlamentario vasco Otegi Mondragón con ocasión de una visita del rey al País Vasco⁴⁶. Los hechos probados se resumen en que, en fecha de 26 de febrero de 2003, el citado diputado realizó las siguientes declaraciones: “¿Cómo es posible que se fotografíen [refiriéndose a los miembros del Gobierno vasco] hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?”⁴⁷.

como fuere, el mismo criterio le sirve al mismo juzgador para condenar en un caso (el discurso del alcalde republicano) y absolver en este, lo cual, por supuesto, es perfectamente posible jurídicamente, pero no deja de dar una idea muy clara de lo sinuosa que es esa “delgada línea entre la sátira y la difamación”.

44. STEDH de 16 de julio de 2009, Féret c. Bélgica, § 65.

45. STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 15.º.

46. Concluyen sobre la preponderancia en este caso de la libertad de expresión: Gómez Corona (2011), Pauner Chului (2011), Serrano Mañillo (2011), Soto García (2012), Martín Herrera (2014, 2018) y Solanes Mullor (2019). En sentido contrario, se afirma que “otro fallo habría sido posible, pese a la jurisprudencia del TEDH (...) si se hubiera considerado la incitación a la violencia y al odio que subyace en las declaraciones o se hubiera considerado la dimensión terrorista de la llamada izquierda abertzale”, v. Sánchez de Diego Fernández de la Riva (2011), p. 19.

47. Para entender el contexto, las declaraciones tuvieron lugar tres días después de las supuestas torturas al director del periódico Egunkaria, cuestión a la que hace expresa referencia la absolución en primera instancia (“La aplicación de la anterior doctrina al supuesto enjuiciado comporta inevitablemente la exclusión de los hechos imputados

Enfrentado a este caso, el TSJ del País Vasco absuelve en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre manifestaciones realizadas en el ámbito del discurso político, debido a que, si bien las declaraciones “son claramente ofensivas, impropias, injustas, oprobiosas y ajenas a la realidad”, “no puede excluir el derecho a expresar las ideas y convicciones cuando éste 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.” y, en este caso, “no se trata de una cuestión referente a la vida privada del Jefe del Estado sino del rechazo de la vinculación del poder político fundado en el carácter hereditario de la institución que aquél personalmente simboliza y a la vez del desconocimiento de la autoridad que de ella emana como manifestación de la idea que el autor quiere difundir, en tanto contrario a la forma de Estado adoptada por la Constitución de 1978”⁴⁸.

No obstante, recurrida esta primera sentencia en casación, el Tribunal Supremo la revoca, sobre la base de que las declaraciones “expresan un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más grave en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorios para la honorabilidad, por lo que, en este caso, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas”⁴⁹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional inadmite la demanda de amparo, aunque no elude entrar en la cuestión en su extenso auto, que se basa esencialmente en la ya anteriormente mencionada idea de la innecesaridad: “[e]n el presente caso el recurrente ha expresado su opinión sobre la institución monárquica, más en concreto sobre la Monarquía española, pero el reproche penal que realizan las Sentencias impugnadas no encuentra su base

del tipo penal del artículo 490.3 CP, en la consideración de que las declaraciones se realizaron (...) en el marco inferible en el que se desenvuelve, que es la crítica política al Lehendakari por su formal hospitalidad en el recibimiento ofrecido a S.M. 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 aquéllos, 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”, v. STJ País Vasco, Sala de lo Civil y de lo Penal, de 18 de marzo de 2005, FJ 2.º) y sobre la que, paralelamente y años más tarde, fue condenado el Reino de España por el TEDH porque “las investigaciones llevadas a cabo en el caso presente no lo han sido con la suficiente profundidad”, v. STEDH (Sección 3.ª) de 16 de octubre de 2012, Otamendi Eiguren c. España, §41.

48. STJ País Vasco, Sala de lo Civil y de lo Penal, de 18 de marzo de 2005, FJ 2.º.

49. STS Sala de lo Penal (Sección 2.ª) 1284/2005, de 31 de octubre, FFJJ 3.º y 4.º.

en el posicionamiento ideológico del recurrente, contrario a la institución monárquica y a la Monarquía española, sino en determinadas expresiones vertidas (...) que, sobre la base de respetar la ideología antimonárquica del recurrente, pueden trasvasar el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, para inmiscuirse en el derecho al honor del Rey”, de modo que “es precisamente en la innecesidad de algunas de las expresiones vertidas en dicho artículo, y no en la ideología del recurrente, en las que encuentra su base la condena penal”⁵⁰.

Y llegamos a la sentencia del TEDH en este caso, que es clave en la comprensión de la especial protección otorgado por el Tribunal de Estrasburgo a la libertad de expresión en el contexto del discurso político en sentido estricto, de manera que determina la violación de esta, volviendo así al primer argumento del TSJ, en que “el demandante se expresaba sin duda alguna en su calidad de cargo electo y portavoz de un grupo parlamentario, de modo que sus manifestaciones son parte de la expresión política” y “sus declaraciones se inscribían en el marco de un debate sobre cuestiones de interés público”, de lo cual se deriva que “el margen de apreciación del que disponían las autoridades para juzgar sobre la ‘necesidad’ de la sanción pronunciada contra el demandante era, en consecuencia, especialmente limitado”⁵¹.

Además, el Tribunal Europeo reconoce expresamente que, “si bien es cierto que todo individuo que se compromete en un debate público de interés general, como el demandante en este caso concreto, no debe superar algunos límites, le está permitido recurrir a una determinada dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones”⁵². En definitiva, no se admitió la condena por injurias al Rey como necesaria en una sociedad democrática porque no se había constatado una incitación a la violencia a la luz de las circunstancias concretas del caso, a pesar de que el lenguaje usado fue provocador y hostil⁵³.

4. MANIFESTACIONES DE RECHAZO. LA QUEMA DEL RETRATO DE LOS REYES

El otro caso paradigmático en cuestión de injurias al rey se inició cuando, tras celebrarse un acto de protesta contra la monarquía en la plaza de Vino de Gerona el 13 de septiembre de 2007, y coincidiendo con una visita institucional

50. ATC 213/2006, de 3 de julio, FJ 2.º, que cita a su vez el ATC 19/1992, de 27 de enero, FJ 2.º, sobre el caso de un artículo publicado en Egin, supuesto que no es idéntico, dado que Otegi era un representante electo ejerciendo sus funciones de participación en el debate público.

51. STEDH (Sección 3.ª) de 15 de marzo de 2011, Otegi Mondragón c. España, §48.

52. STEDH (Sección 3.ª) de 15 de marzo de 2011, Otegi Mondragón c. España, §54.

53. V. Teruel Lozano (2017a), pp. 101-102.

del rey a dicha ciudad, dos personas colocaron bocabajo una fotografía de gran tamaño de Juan Carlos I y Sofía, la rociaron de líquido inflamable y le prendieron fuego⁵⁴. A la protesta le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía “300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española”.

Estos hechos fueron objeto de una condena por parte de la Audiencia Nacional⁵⁵, posteriormente confirmada en apelación⁵⁶. El caso fue recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional, que desestimó el recurso⁵⁷ y, finalmente, llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dictó sentencia en la declaró la vulneración de la libertad de expresión garantizada a los demandantes por el Convenio⁵⁸. En opinión de la doctrina, este itinerario judicial es muestra de la posición debilitada que la libertad de expresión ocupa en nuestros tribunales, incluyendo el TC, en relación con el ámbito de tipicidad de los delitos analizados, en un contexto, el político en sentido amplio, en el que esta debiera seguir teniendo un amplio alcance⁵⁹.

En la primera sentencia, ante la alegación de que los acusados estaban ejerciendo el derecho fundamental a la libertad de expresión, el juzgador alude de nuevo a la idea de innecesaridad: “es obvio que para manifestar el rechazo a la monarquía no es necesario menospreciar a SS.MM. los Reyes, quemando su fotografía, tras haberla colocado deliberadamente bocabajo”, por lo que distingue entre, por una parte, el momento en el que “los acusados se manifiestan pacíficamente y sin armas (art. 21 CE) coreando gritos antimonárquicos y portando pancartas con expresiones en el mismo sentido” y, por otra parte, “cuando en abuso del ejercicio del derecho se pretende menoscabar y desprestigiar la dignidad de otro, en este caso, la Institución de la Corona”⁶⁰. En sede de apelación se confirma una vez más que “los hechos enjuiciados exceden del ejercicio de un derecho, el de libertad de expresión en su vertiente de crítica político-institucional, como causa de exención de la responsabilidad criminal”

54. Analizan el caso desde el punto de vista doctrinal y crítico: Teruel Lozano (2017c), Rollnert Liern (2017), González Ballesteros (2018), Matía Portilla (2018), Presno Linera (2018), Marcchena Galán (2018), Al Hasani Maturano (2019) y Cabellos Espiérrez (2019). Se muestra en favor de la tesis de que la quema del retrato está fuera de los límites de la libertad de expresión: Fernández de Gatta Sánchez (2016).

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

56. SAN Sala de lo Penal (Pleno), de 5 de diciembre de 2008.

57. STC 177/2015, de 22 de julio.

58. STDEH (Sección 3.ª) de 13 de mayo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España.

59. Cabellos Espiérrez (2019), p. 53. En contra, la propia STC 177/2015, de 22 de julio, que distingue este supuesto del caso Otegi precisamente en que los recurrentes “no eran representantes electos, ni formaban parte de ningún grupo parlamentario” (FJ 4.º).

60. SAN JCP 40/2008, de 9 de julio, FJ 3.º

porque la conducta enjuiciada es “innecesaria para defender la opinión de los concentrados y es formalmente injuriosa”⁶¹.

A esta segunda sentencia se formularon dos votos particulares, fundamentados en la naturaleza político-ideológica de la conducta: “el acto de la quema de ‘una fotografía institucional’, aquella que se utiliza en las sedes oficiales y preside los actos públicos, de SS.MM. 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 de manera alguna supone un menosprecio intrínsecamente vejatorio carente de relación con la ideología expresada, sin que afecte al núcleo íntimo de la personalidad”⁶²; y en la adecuación del medio a la finalidad perseguida, contrastando con la idea mayoritaria de la innecesaridad: “La crítica [a la Monarquía] se desarrolló mediante la utilización de un lenguaje simbólico propio y adecuado. (...) 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 (...) Quemar una efigie o un icono del poder es un acto ritual (...), persigue poner de manifiesto que ese símbolo de la fuerza estatal es mortal (...). Por ello, el disidente se confronta con la efigie, no insulta, solo expresa rechazo”⁶³.

Llegados al Tribunal Constitucional, este deniega la demanda de amparo y confirma la compatibilidad de la sentencia recurrida con la jurisprudencia previa, tanto propia como del TEDH, y ello, esencialmente, sobre la base de tres argumentos:

* el encuadramiento de la conducta en el denominado “*discurso del odio*”, del cual, si bien “las manifestaciones más toscas (...) son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas (...) lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”⁶⁴;

* la existencia de un “riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como una *incitación a la violencia* y el odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan. Aunque no consta que se produjeran incidentes de orden público, la connotación destructiva que comporta

61. SAN Sala de lo Penal (Pleno), de 5 de diciembre de 2008, FJ 7.

62. SAN Sala de lo Penal (Pleno), de 5 de diciembre de 2008, voto particular de Guevara Marcos, numeral 4.

63. SAN Sala de lo Penal (Pleno), de 5 de diciembre de 2008, voto particular de Sáez Valcárcel, numeral 2.

64. STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4.º A esta cuestión se dedicará el siguiente epígrafe.

la quema de la fotografía de los Reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas (...);

* *la proporcionalidad de la sanción a la entidad del hecho*, dado que “en el presente supuesto la inicial pena de prisión fijada en aplicación de lo previsto en el art. 490.3 CP ha sido sustituida por multa de treinta meses a razón de una cuota diaria de 3 euros, por lo que la cuantía final sería de 2.700 euros”⁶⁵.

Los dos primeros argumentos, imbricados en la fundamentación jurídica de la sentencia, han sido ampliamente criticados por la doctrina, llegando a decirse de ella que supone “defender lo indefendible”⁶⁶ y también por algunos de los magistrados disidentes, que arremetieron con inusitada dureza contra el fallo mayoritario⁶⁷. Sobre el tercero, como comprobaremos más adelante, fue el TEDH el que lo contrastó sobre la base de que, aunque la pena fuese de multa, esta habría de sustituirse por una de prisión en caso de impago.

Por una parte, el Tribunal Constitucional actúa como si desconociera el delito por el que los recurrentes en amparo fueron condenados, un delito de injurias contra los reyes, hasta el punto de que justifica el contenido ofensivo de las expresiones en elementos que nada tienen que ver con el contenido de injusto del mencionado delito⁶⁸. En palabras de la magistrada Asúa Batarrita, la argumentación del Tribunal “aboca, ante todo, a una clara alteración de la calificación jurídica de los hechos, y, a continuación, a una incongruencia omisiva, porque deja sin responder el objeto del amparo”⁶⁹. Igual de contundente resulta otro de los votos particulares, que afirma que la condena resulta “incoherente con el interés protegido por el tipo penal” y critica que “la función que debe desarrollar un tribunal de garantías constitucionales en este tipo de supuestos de reacción penal ante el ejercicio supuestamente incurrido en extralimitación del derecho a la libertad de expresión no puede ser la búsqueda imaginativa de cualquier límite hipotéticamente concurrente que no haya sido el que concretamente justificaba la reacción penal y fue objeto de contradicción en el proceso de instancia”⁷⁰.

En este sentido, el Tribunal determinó que “debe advertirse sobre el riesgo evidente de que *el público presente percibiera la conducta* de los recurrentes como una incitación a la violencia y al odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan [...] tal acción *pudo suscitar* entre los presentes reacciones

65. STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 5.º Las cursivas son propias.

66. Martín Herrera (2018), p. 1.

67. STC 177/2015, de 22 de julio, votos particulares de Asúa Batarrita y Valdéz Dal-Ré y de Xiol Ríos.

68. Teruel Lozano (2017c), p. 8.

69. STC 177/2015, de 22 de julio, voto particular de Asúa Batarrita y Valdéz Dal-Ré.

70. STC 177/2015, de 22 de julio, voto particular de Xiol Ríos.

violentas⁷¹, pero lo hizo sin aportar ningún juicio consistente sobre la ofensividad concreta de las conductas que permita determinar que existió un peligro real o una efectiva humillación⁷². De nuevo, el parecer mayoritario se encuentra con la contradicción de los votos particulares: “es ineludible verificar seriamente el eventual riesgo de la escalada violenta, en cuanto a su claridad y a su conexión de inmediatez⁷³. Se advierte que las manifestaciones “sólo podrán ser prohibidas cuando existan razones fundadas de su alteración, con peligro para las personas o bienes y no sean fruto de ‘una mera sospecha o posibilidad de que se vayan a producir alteraciones de orden público’⁷⁴. La condena se habría basado en “argumentos justificativos totalmente descontextualizados y desconectados de una normal interpretación del acto desarrollado por los recurrentes, pues se basa en exacerbar determinados elementos de carácter meramente simbólico⁷⁵”.

Como era previsible, los acusados alegaron la violación por parte del Reino de España de la libertad de expresión garantizada por el Convenio y, como también era previsible, el Tribunal de Estrasburgo les dio la razón. Se trata de la “crónica de una condena anunciada” para quien conociera, aunque no fuera profundamente, la jurisprudencia del TEDH. En primer lugar, debido a que el Reino de España ya había sido condenado en el antes analizado caso Otegi Mondragón por haber aplicado una restricción a la libertad de expresión desproporcionada y por lo tanto innecesaria, aun cuando aquellos hechos podían si cabe ser considerados más graves, puesto que se trataba de la imputación al rey de ser “el jefe de los torturadores”. En segundo lugar, por la ya varias veces analizada amplitud reconocida a la libertad de expresión por parte de cargos públicos y en asuntos del debate público, entre los que expresamente se ha reconocido que están las opiniones sobre los jefes de Estado⁷⁶.

Sobre el fondo del caso de la quema del retrato, el TEDH, como suele ser habitual, no puso grandes reparos al cumplimiento de los requisitos de que

71. STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 5.º

72. Teruel Lozano (2017c), p. 10.

73. STC 177/2015, de 22 de julio, voto particular de Asúa Batarrita y Valdés Dal-Ré, en el que se reclama que el Tribunal el incorpore el test del peligro claro e inminente como “estándar operativo para demarcar el campo del discurso protegido en el marco constitucional e internacional de los derechos humanos”, dado que sí reconoce que “cualquier forma de expresión que incite, promueva o propague el odio racial, la xenofobia, u otras formas de odio basadas en la intolerancia, mediante la creación de un clima de hostilidad y exclusión, generador de un *efecto cierto de amenaza* que perturba el ejercicio de la igualdad de derechos de los miembros de determinados *colectivos socialmente vulnerables*” (cursivas propias).

74. STC 177/2015, de 22 de julio, voto particulares de Rocas Frías, con cita en la jurisprudencia constitucional en relación con la libertad de reunión y de manifestación.

75. STC 177/2015, de 22 de julio, voto particular de Xiol Ríos.

76. Sobre todo ello, v. Presno Lineras (2018), pp. 548-549.

la restricción de la libertad de expresión esté prevista por la ley y tenga una finalidad legítima. La controversia, por lo tanto, se centra en si la injerencia era “necesaria para una sociedad democrática”⁷⁷.

El Gobierno español sostuvo durante el proceso el enfoque del discurso del odio, en el que, como ya hemos adelantado, se basó parcialmente la denegación de amparo constitucional. Los demandantes, por el contrario, alegaban que su condena “no es proporcional a la finalidad legítima perseguida ni necesaria en una sociedad democrática”. Por su parte, el Tribunal concluyó que el caso en cuestión se movía en el ámbito del discurso y el debate políticos, en cuyo contexto los límites de la crítica admisible deben ser incluso más amplios que los relativos a la crítica a particulares, de modo que solo cabe restringir la libertad de expresión en casos de incitación al uso de la violencia o discurso del odio, entendiéndose que el acto de la quema del retrato de los reyes constituyó “una expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta” de la que no se siguieron alteraciones del orden público ni violencia, de manera que una medida restrictiva de un acto así “probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática”⁷⁸.

Por otra parte, en lo que respecta a la sanción penal impuesta, que se trataba de una pena de multa que, como sucede en el Derecho penal español, debía ser sustituida por una de prisión en caso de impago, el TEDH considera que, “en las circunstancias de este caso concreto y como ya lo ha dejado asentado en su jurisprudencia, una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco de un debate político, por cuanto representa la más fuerte reprobación jurídica de un comportamiento, constituye una injerencia en la libertad de expresión que no era proporcionada a la finalidad legítima perseguida ni necesaria en una sociedad democrática”⁷⁹.

III. ¿LAS INJURIAS AL REY COMO EJERCICIO DE DISCURSO DE ODIOS?

La fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional respecto al discurso del odio en el caso de la quema del retrato de los reyes estimuló un debate en la doctrina sobre los límites a la libertad de expresión y sobre si era adecuado o no tener en cuenta dicho concepto en la interpretación y

77. La necesidad de la injerencia en la libertad de expresión en una sociedad democrática (unida a la proporcionalidad entre dicha restricción y el objetivo perseguido) es el tercero de los elementos del llamado “test de Estrasburgo” sobre la conformidad con el Convenio de las medidas que, en limitación de la libertad de expresión, adopten los Estados, v. Serrano Mañillo (2011), pp. 582-584.

78. STDEH (Sección 3.^a) de 13 de mayo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, §§ 39 y 41.

79. STDEH (Sección 3.^a) de 13 de mayo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, §42.

aplicación, en general, de los delitos de injurias o calumnias al rey y a personas vinculadas a la Corona y, en particular, en el caso en cuestión de la protesta de Gerona.

1. EL DISCURSO DE ODIOS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En primer lugar, conviene intentar definir a qué nos referimos y a qué no al hablar de discurso del odio, concepto que ha recibido las críticas de algún sector doctrinal por su imprecisión y equivocidad al señalar que es la discriminación y no el odio el elemento clave para entender la nocividad de este tipo de discursos⁸⁰. En el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Ministros lo define, desde un punto de vista general, como:

“Todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio racial y de intolerancia, incluyendo: la intolerancia expresada a través de un nacionalismo agresivo y etnocéntrico, la discriminación y la hostilidad contra minorías, los inmigrantes y personas de origen inmigrante”⁸¹.

En este mismo sentido, el TEDH ha reconocido como discurso del odio “todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)”⁸², si bien precisando posteriormente que “la incitación al odio no necesariamente supone una llamada a cometer actos de violencia (...) cualquier ataque contra un *grupo específico de la sociedad*, ya sea por medio de insultos o de declaraciones que busquen ridiculizarlo o difamarlo, es suficiente para que las autoridades privilegien el combate contra los *discursos racistas* frente a la libertad de expresión, cuando ella es ejercida de forma irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio *basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales* representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”⁸³.

Así conceptualizado, este discurso del odio es límite legítimo a la libertad de expresión en casos en los cuales los sujetos aludidos pertenecían a grupos

80. Teruel Lozano (2017a), pp. 83-89; Al Hasani Maturano (2019), p. 1327-1329.

81. Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación n. R (97) 20, de 30 de octubre de 1997.

82. STEDH (Sección 1.^a) de 4 de diciembre de 2003, Müslüm Günduz c. Turquía, § 37.

83. STEDH (Sección 1.^a) de 16 de julio de 2009, Fèret c. Bélgica, § 73. Las cursivas son propias, para incidir en que el Tribunal, al hablar de un “grupo específico” está pensando en grupos raciales o caracterizados por motivos o hechos por los cuales son objeto de discriminación.

efectivamente vulnerables o discriminados, dado que la Corte europea, “plenamente consciente de la importancia de combatir la discriminación racial bajo todas sus formas y manifestaciones”⁸⁴, ha reiterado, en diversos pronunciamientos, que resulta “necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia” y que “expresiones concretas que constituyen un discurso del odio y (...) que pueden ser insultantes para personas o grupos, no se benefician de la protección del artículo 10 del Convenio”⁸⁵.

Más recientemente, la Recomendación General n.º 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia ha adoptado la siguiente definición:

“El uso de una o más formas de expresión específicas –por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones– basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”⁸⁶.

De estas definiciones podemos extraer una serie de elementos que caracterizan los actos que constituyen discurso del odio, entendido este como una categoría de expresiones que deben ser objeto de una política pública contraria, aunque no necesariamente de una medida de limitación de la libertad de expresión, ni mucho menos necesariamente una sanción penal⁸⁷:

* expresiones que estén dirigidas contra un grupo social especialmente vulnerable en función de una serie de características tales como, pero no solo,

84. STEDH de 23 de septiembre de 1994, Jersild c. Dinamarca.

85. SSTEDH de 8 julio 1999, Sürek c. Turquía; de 4 de diciembre de 2003; de 8 de julio de 1999, Gündüz c. Turquía; en términos similares: STEDH de 16 de julio de 2009, Féret c. Bélgica.

86. V. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, *Recomendación General n.º 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio, de 8 de diciembre de 2015*. Es interesante destacar que esta recomendación ha excluido del concepto discurso del odio la sátira y los informes y análisis objetivos (v. Teruel Lozano, 2017a, p. 85).

87. Me baso en los elementos identificados y propuestos por Teruel Lozano (2017a), pp. 86 y ss., como caracterización restrictiva del concepto de discurso del odio. En el mismo sentido: Al Hasani Maturano (2019), p. 1328.

Es necesario recalcar, por otra parte, que la constatación de un acto constitutivo de discurso del odio no debería llevar aparejado necesariamente una reacción penal, sino que también aquí debe regir el principio de *ultima ratio*, tal y como apunta también Teruel Lozano (2017b), pp. 191-193.

la raza, la etnia, la religión, la orientación sexual, etc., cuya vulnerabilidad es fruto de una “desigualdad estructural”⁸⁸;

* que sean ofensivas, insultantes, vejatorias, humillantes, amenazantes o que provocan a la comisión de actos de hostilidad, violencia o humillación;

* y que tengan intencionalidad directa del autor tanto con respecto a la discriminación como con respecto al carácter ofensivo de la expresión.

Esta propuesta, amplia al tiempo que restrictiva y basada en una interpretación teleológica del concepto que respeta el objetivo político-criminal de proteger a colectivos vulnerables, contrasta con la manera en la que nuestro Tribunal Constitucional ha usado el discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el caso de la quema del retrato de los reyes, extendiendo el ámbito del mismo “desde expresiones discriminadoras o amenazantes contra determinados grupos sociales, a otras formas de expresión de intolerancia social o incluso política, hasta supuestos de enaltecimiento del terrorismo”, llegando a constituir un verdadero “cajón de sastre” de cualquier discurso intolerante⁸⁹.

2. LA FALLIDA Y CRITICADA APLICACIÓN DEL DISCURSO DE ODIO PARA A SALVAR LA LEGITIMIDAD DE LAS INJURIAS AL REY

En la sentencia que estamos analizando, el Tribunal Constitucional sostiene que la libertad de expresión está limitada, por un lado, por la prohibición del insulto y, por otro, por la prohibición del discurso del odio, de manera que no serían legítimas las expresiones que “propaguen, inciten, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia”, según la jurisprudencia del TEDH a la que ya hemos hecho referencia⁹⁰. Hasta aquí no hay controversia. Es en el momento de aplicar tales límites, pacíficamente aceptados, al caso concreto, cuando la argumentación del Tribunal se vuelve “retorcida” y utiliza un concepto “distorsionado”⁹¹ del discurso del odio, llegando a desnaturalizar la propia categoría y el sentido tuitivo de la misma⁹².

En concreto, el Tribunal Constitucional amplía el concepto hasta abarcar otras facetas de lo que denomina “discurso fóbico”, “siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”. No estarían amparadas por la libertad de expresión las manifestaciones que “persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad,

88. Teruel Lozano (2017a), p. 87, que cita a la filósofa Adela Cortina.

89. Teruel Lozano (2017c), p. 3.

90. STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.

91. Teruel Lozano (2017c), pp. 8 y 9.

92. Teruel Lozano (2017a), p. 88;

incitando y promoviendo al odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”, ni las que “incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos”. Tampoco “la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, [que] deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre”. La “escenificación lúgubre y con connotaciones violentas” que, según la sentencia, se produce en los hechos lleva al Tribunal Constitucional a ver en el acto de la quema del retrato un “significado netamente incitador al odio”⁹³.

Para la doctrina, sin embargo, esta operación argumentativa confunde el discurso excluyente o intolerante, en general, con el discurso del odio, en particular, olvidando que una de las características de este debe ser la especial vulnerabilidad del grupo al que se dirige la expresión, tal y como ya adelantamos y como acertadamente ponen de manifiesto los ya citados votos particulares: “equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico –aquí y ahora– con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública”⁹⁴.

Se concluye que los hechos no forman parte del discurso del odio:

“La inclusión en el discurso de odio de un acto que, como el que se reprocha en este caso a los demandantes, es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución y la exclusión que se deriva del ámbito de protección garantizado por la libertad de expresión conllevarían una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH –lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna ‘sociedad democrática’”⁹⁵.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AL HASANI MATURANO, A. (2019). Presente y futuro de la libertad de expresión en la jurisprudencia comunitaria. Análisis de la sentencia de 13 de

93. Para todas estos pasajes, v. STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4.

94. STC 177/2015, de 22 de julio, voto particular de Asúa Batarrita. También el magistrado Xiol Ríos, en el suyo, concluye que “no se puede compartir que la conducta que dio lugar a la condena penal de los recurrentes pueda ser considerada ni calificada como una genuina manifestación del discurso del odio”.

95. STDEH (Sección 3.ª) de 13 de mayo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, §42.

- marzo de 2018 (Stern Taulats y Roura Capellera contra España), en GARCÍA ÁLVAREZ, L.; MARTÍN RODRÍGUEZ, J. (Dirs.). *El mercado único en la Unión europea: balance y perspectivas jurídico-políticas*. Dykinson, 1323-1338.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2012). Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-02, 1-32.
- AMPONSAH, P. N. (2001). *Political Speech and Defamation of Public Figures: A comparative Analysis of Prevailing Jurisprudence in the United States, the European Court of Human Rights, the United Kingdom and Australia*. Tesis de doctorado, Southern Illinois University, 293.
- ANASAGASTI, I. (2009). *Una monarquía protegida por la censura*. Akal.
- BENÍTEZ DE LUGO GUILLÉN, J. M. (2018). La libertad de expresión y las injurias al rey: abril/2011, en Id. *Misceláneas jurídicas*. Dykinson.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. (2019). En torno a la tutela de instituciones y símbolos en el debate público. *Revista Vasca de Administración Pública*, 113, 49-83.
- CARMONA SALGADO, C. (2017). Perspectiva despenalizadora de la especial tutela del Honor de la Corona y otras Instituciones del Estado. El derecho al honor de las personas jurídicas y demás colectivos. Una cuestión a debate. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 16-17-18, 235-260.
- CARMONA SALGADO, C. (2016). A vueltas con las propuestas despenalizadoras de ciertas conductas contra determinadas instituciones públicas, organismos de la nación, emblemas y símbolos. *Cuadernos de Política Criminal*, 119, 5-38.
- COSTA, J. M. (2001). La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, 44, 243-250.
- DE VERDA Y BELMONTE, J. R. (2014). 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*, 18, 350-365.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2021). El segundo “caso Pablo Hasél”. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, 393-414.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2016). Sentencias del Tribunal Supremo 2403/2016, de 7 de junio y 1841/2016, de 28 de abril y otras relacionadas. *Ars Iuris Salmanticensis*, 4-2, 203-207.

- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. (2019). Libertad de expresión y tutela de la Corona: el caso de “El Jueves”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 371-387.
- FURIÓ, A. (2008). ¿Dónde acaba la libertad de expresión? Límites y amenazas a un derecho fundamental. *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, 25, 5-20.
- GARCÍA ANDRADE, P. (2016). Delito de injurias a la Corona: los límites al ejercicio legítimo de la libertad de expresión y la libertad ideológica, comentario a la STS 177/2015, de 22 de julio. *Revista Española de Derecho Internacional*, 68-2, 149-154.
- GÓMEZ CORONA, E. (2011). “El prestigio de las instituciones como límite a la libertad de expresión de los ciudadanos: el caso Otegi Mondragón c. España”. *Civitas: Revista española de derecho administrativo*, 151, 727-741.
- GONZÁLEZ BALLESTEROS, T. (2018). Injurias a la Corona y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Periodistas*, 36, 134-141.
- GRIFFEN, S. (Dir.). (2017). *Defamation and Insult Laws in the OSCE Region: A Comparative Study*. OSCE Representative on Freedom of the Media.
- LINDE NAVAS, A. (2009). El Rey desnudo. Injurias a la Corona, jueces y libertad de expresión. *Claves de razón práctica*, n.º 193, 72-82.
- LLOBET ANGLÍ, M.; RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (2013). Condenado “en nombre de Su Majestad, el Rey” por injurias al Rey: ¿una contradicción? *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, 201, 1.ª noviembre, 14-18.
- MARCHENA GALÁN, S. M. (2018). “Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión”. *Anuario de la Facultad de Derecho la Universidad de Extremadura*, n.º 34, 132-162.
- MARTÍN HERRERA, D. (2014). Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso del odio al crimen de odio” *Estudios de Derecho*, vol. 62/2, 15-40.
- MARTÍN HERRERA, D. (2018). ¿Serán precisas más condenas del TEDH para dejar de proteger lo (in)defendible en España? Crónica de una interminable manipulación del *hate speech* para enmudecer al disidente molesto. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 9, n.º 1, 40-79.
- MARTÍNEZ GUERRA, A. (2016). Delitos contra la Corona, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.). *Tratado de Derecho penal español, tomo IV (Delitos contra la Constitución)*. Tirant lo Blanch, 95-140.
- MATÍA PORTILLA, F. J. (2018). Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 273-310.

- MUÑOZ CONDE, F.; LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2019). *Derecho penal. Parte Especial*, 22.^a Ed. Tirant lo Blanch, 727-729.
- PAUNER CHULVI, C. (2011). La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC. *Revista de estudios europeos*, n.º 58, 113-132.
- PRESNO LINERA, M. A. (2018). Crónica de una condena anunciada: el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* sobre la quema de fotos del Rey. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 539-549.
- RAMOS FERNÁNDEZ, F. (2013). El “tabú” periodístico de la monarquía en España. La crisis real y la crisis conyuntural. *Revista Latina de Comunicación Social*, 68, 217-247.
- RAMOS FERNÁNDEZ, F. (2007). El secuestro de *El Jueves* y las injurias periódicas a la corona, un injustificable ataque a la libertad de expresión. *Ámbitos*, n.º 16, 151-186.
- RAMOS FERNÁNDEZ, F. (2004). La utilización publicitaria de la imagen del rey y la familia real. *Ámbitos*, n.º 11-12, 9-38.
- RIDAO MARTÍN, J. (2018). Malos tiempos para la libertad de expresión. Una revisión de la praxis jurisprudencial en los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona e incitación al odio. *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 75, 10-15.
- ROLLNERT LIERN, G. (2017). Las llamas del odio: la quema del símbolo y las incongruencias del Tribunal Constitucional, en Martín Cubas, J. (Coord.). *Constitución, política y administración: España 2017, reflexiones para el debate*. Tirant lo Blanch. 67-80.
- SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. (2011). Las injurias al Rey a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Sentencia del TEDH Otegi Mondragón contra España (requête n.º 2034/07), de 15 marzo 2011. *Revista General de Derecho europeo*, 24, 21.
- SERRANO MAÍLLO, I. (2011). El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 579-596.
- SOTO GARCÍA, M. (2021). Los límites de la libertad de expresión en el debate político. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 42, 575-591.
- SURRIBAS BALDUQUE, M. (2020). La ficción como amparo legal del arte: titiriteros, raperos y libertad de expresión en la España por 15-M. *Journal of Spanish Cultural Studies*, 21-3, 411-428.

TERUEL LOZANO, G. M. (2017). El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 27, 81-106.

TERUEL LOZANO, G. M. (2017). Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 36, 185-196.

TERUEL LOZANO, G. M. (2017). Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial. *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 17, 1-20.