

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE



**UNIVERSITAS**  
*Miguel Hernández*



TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO 2021/2022

---

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN  
Y SIMBOLOGÍA INSTITUCIONAL**

---

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN CLAVE MULTINIVEL**

AUTOR: MIGUEL MARTÍNEZ CRESPO

TUTORA: ROSARIO TUR AUSINA

SEPTIEMBRE, 2022



## ÍNDICE

<b>RESUMEN.....</b>	<b>3</b>
<b>PALABRAS CLAVE .....</b>	<b>3</b>
<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>PRIMERA PARTE: RELACIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA SIMBOLOGÍA INSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO DE UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>10</b>
<b>I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN .....</b>	<b>10</b>
A) <i>Configuración: naturaleza y contenido.....</i>	<i>10</i>
1. La Constitución española de 1978 .....	10
2. Su naturaleza .....	11
3. Su contenido .....	13
B) <i>Dimensión institucional de la libertad de expresión .....</i>	<i>15</i>
<b>II. SÍMBOLOS E INSTITUCIONES OBJETO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>18</b>
A) <i>Los símbolos.....</i>	<i>19</i>
B) <i>Símbolos constitucionales en sentido estricto .....</i>	<i>21</i>
C) <i>Otros símbolos constitucionales .....</i>	<i>21</i>
D) <i>Figuras constitucionales de contenido simbólico.....</i>	<i>22</i>
E) <i>Las instituciones.....</i>	<i>22</i>
F) <i>Las instituciones del Estado.....</i>	<i>24</i>
<b>III. LA PROTECCIÓN DE LA SIMBOLOGÍA INSTITUCIONAL.....</b>	<b>25</b>
A) <i>La prevención en el respeto a la libertad de expresión .....</i>	<i>26</i>
B) <i>La tutela en el ámbito civil.....</i>	<i>28</i>
C) <i>La tutela en el ámbito penal .....</i>	<i>31</i>
D) <i>La tutela constitucional .....</i>	<i>37</i>
<b>IV. DELIMITACIÓN ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODIIO .....</b>	<b>39</b>

A) <i>El discurso odioso</i> .....	40
B) <i>El discurso del odio</i> .....	42
<b>SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL USO DE LA SIMBOLOGÍA INSTITUCIONAL .....</b>	<b>45</b>
<b>I. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DISCURSO DEL ODIO.....</b>	<b>45</b>
A) <i>Evolución de la jurisprudencia del TEDH</i> .....	45
B) <i>Evolución de la jurisprudencia del TC español</i> .....	48
<b>II. DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES.....</b>	<b>50</b>
A) <i>Sentencias emblemáticas del TC y del TEDH</i> .....	51
1. Contraste entre la sentencia del TC 65/2015, de 13 de abril de 2015 y la sentencia del TEDH del caso Benítez Moriana e Iñigo Fernández c. España, de 9 de marzo de 2021 .....	51
2. Contraste entre la sentencia del TC 177/2015, de 22 de julio de 2015 y la sentencia del TEDH del caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España, del 13 de marzo de 2018.....	58
3. Sentencia del TC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020 .....	66
B) <i>Sentencias emblemáticas del TS</i> .....	72
1. STS 397/2018, de 15 de febrero de 2018 .....	72
2. STS 1298/2020, de 7 de mayo de 2020.....	74
3. STS 1175/2022, de 29 de marzo de 2022 .....	76
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>78</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>84</b>

## **RESUMEN**

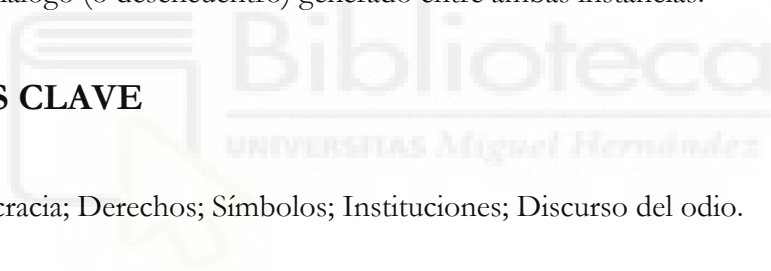
Este trabajo gira alrededor del derecho fundamental a la libertad de expresión y su relación con la simbología institucional en una sociedad democrática. Se trata de un tema sometido a debate desde antaño pero que, hoy en día, continúa estando de plena actualidad.

En primer lugar, se realiza una exposición de la doctrina aportada por la jurisprudencia sobre el derecho a la libertad de expresión y, a continuación, se analiza el concepto “simbología institucional”, diferenciando entre símbolos e instituciones y señalando las diferentes formas de tutela posibles para su protección.

Seguidamente se estudia el concepto del discurso del odio siempre en conexión con la simbología institucional, el cual se presenta como un límite al libre ejercicio de la libertad de expresión y, finalmente, se realiza una comparación entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destacando la evolución seguida por cada uno de estos tribunales en relación con el concepto del discurso del odio, y el diálogo (o desencuentro) generado entre ambas instancias.

## **PALABRAS CLAVE**

Democracia; Derechos; Símbolos; Instituciones; Discurso del odio.



## ABREVIATURAS

CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
DRAE	Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española
FJ	Fundamento Jurídico
LOPSC	Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana
RAE	Real Academia de la Lengua Española
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende ser una aproximación al estudio sobre el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión en relación con la protección que ofrece el ordenamiento jurídico sobre la simbología institucional.

La cuestión no es baladí y tampoco se trata de un tema resuelto en la actualidad. Tanto es así que Estrasburgo ha llegado a condenar a España en varias ocasiones por haber vulnerado el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión en relación con el tema que nos ocupa.

Existe hoy en día, por tanto, una tensión dialéctica entre Tribunales, principalmente entre el TC y el TEDH. Sin embargo, dicha tensión no ha existido siempre, pues sentencias anteriores del TC, como tendremos ocasión de analizar, nos permiten constatar que hubo un tiempo en el que ambos Tribunales decidían en la misma dirección.

La persistencia de esta situación tiene como consecuencia la falta de seguridad jurídica, con la agravante de que se trata de una cuestión relativa a un derecho fundamental y, cuya falta de diálogo puede dar lugar a un retroceso en la tutela de los derechos.

La vigencia del tema pasa también por los mediáticos casos sucedidos en nuestro país sobre las ofensas a España, a la Corona, a la bandera, al himno nacional, así como a otras instituciones, y sobre la respuesta que ofrecen nuestros tribunales ordinarios de justicia al respecto, de acuerdo con sus propios parámetros de enjuiciamiento.

Y es que, no sólo se trata de las advertencias recibidas desde Estrasburgo, a través de las sentencias del TEDH, sino que también ha sido el propio Consejo de Europa, quién recientemente, en marzo de 2021, ha recomendado a España que realice cambios legales, entre otros, sobre la tutela penal de los delitos de injurias a la Corona, para que enfoque la regulación de estos injustos penales sobre el uso de la violencia o de los discursos del odio.

Por su parte, el Ministerio de Justicia de España, dirigido, en el momento en que se produjo la recomendación del Consejo de Europa, por el ministro Juan Carlos Campo,

comunicó el pasado 18 de marzo de 2021, su intención de abordar las reformas solicitadas, siendo este un tema que forma parte de la agenda política del Gobierno de España<sup>1</sup>.

Sin embargo, a finales del año 2021, a pesar de las recomendaciones del Consejo de Europa y, de los previos compromisos internacionales ya asumidos por España, en el Marco del Tercer Examen Periódico Universal (2020) del Consejo de Derechos Humanos, no ha habido avances en este tema por parte de dicho ministerio.

El asunto tampoco es ajeno al poder legislativo, habiéndose presentado por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, la Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión, proposición que fue publicada en el BOE el 6 de marzo de 2020.

Si bien esta Proposición de Ley Orgánica fue retirada posteriormente por su autor, alegando que *“se retiró porque había que tramitar otras medidas más urgentes para hacer frente a la pandemia”*<sup>2</sup>, el pasado 9 de febrero de 2021 el mismo grupo parlamentario presentó otra Proposición de Ley Orgánica (122/000124), en términos similares a la anterior, con la novedad de que en esta ocasión, la propuesta *“llega después de la [mediática] condena al rapero Pablo Hasel, condenado a nueve meses de cárcel por un delito de enaltecimiento del terrorismo, e injurias y calumnias a la monarquía y a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, por difundir mensajes atentatorios en redes sociales”*<sup>3</sup>, condena ante la cual el condenado ha interpuesto recurso de amparo habiendo sido éste inadmitido por el TC.

---

<sup>1</sup> Vid. Carta de Juan Carlos Campo del Ministerio de Justicia del Gobierno de España a la Sra. Dunja Mijatovic, Comisaria para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, del 18 de marzo de 2021. Carta consultada en <https://rm.coe.int/reply-of-mr-juan-carlos-campo-minister-of-justice-of-spain-to-the-lett/1680a1d554>.

<sup>2</sup> niusdiario.es. Cfr. el texto en [https://www.niusdiario.es/nacional/politica/psoc-podemos-rivalizan-libertad-expresion-igualdad-trato\\_18\\_3088845188.html](https://www.niusdiario.es/nacional/politica/psoc-podemos-rivalizan-libertad-expresion-igualdad-trato_18_3088845188.html). (Consulta: 12/11/2021).

<sup>3</sup> lasexta.com. Cfr. el texto en [https://www.lasexta.com/noticias/nacional/justicia-plantea-despenalizar-delitos-libertad-expresion-visperas-ingreso-prision-pablo-hasel\\_202102086021a820c7101f0001540ed8.html](https://www.lasexta.com/noticias/nacional/justicia-plantea-despenalizar-delitos-libertad-expresion-visperas-ingreso-prision-pablo-hasel_202102086021a820c7101f0001540ed8.html) (Consulta: 12/11/2021).



La propuesta pretende “*derogar y modificar aquellos artículos del Código Penal que chocan frontalmente con la libertad de expresión*”<sup>4</sup>, entre otros, los delitos contra la Corona y los delitos de ofensas o ultrajes a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas. A juicio de los proponentes, determinados artículos del Código Penal suponen una auténtica barrera a la libertad de expresión llegando a criminalizar conductas como cantar rap o publicar mensajes en las redes sociales.

A finales de julio del 2022, la situación de la proposición es la de tramitación normal ante la Comisión de Justicia.

En definitiva, es evidente el interés que despierta este tema debido a su relevancia constitucional y su afectación sobre el ejercicio de los derechos fundamentales que a todos nos atañen.

Sin embargo, a pesar del mencionado interés y para mayor complejidad del asunto, no todos los partidos políticos tienen la misma opinión, de manera que, al igual que en el seno del TC o del TEDH, existen discrepancias sobre la forma de afrontar esta problemática. Así, el Partido Socialista que sí coincide en la necesidad de la reforma, no está de acuerdo en todo, pero cree que sería posible alcanzar un consenso. Partidos como el Partido Popular, Ciudadanos o Vox, por el contrario, no ven necesaria la reforma del Código Penal y argumentan que lo que se persigue con ella no es más que “*la impunidad para todos aquellos que quieren atacar símbolos e instituciones*”<sup>5</sup>.

Pues bien, para abordar este trabajo pensamos que el análisis debe partir de una explicación teórica sobre la libertad de expresión –dejando a un lado la libertad de información– como derecho fundamental, centrándonos únicamente en las manifestaciones derivadas de su ejercicio con respecto a los símbolos e instituciones especialmente protegidos por el ordenamiento jurídico.

---

<sup>4</sup> Parte V de la Proposición de L.O. de reforma de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del C.P. para la protección de la libertad de expresión. Presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galia en Común. BOCG-14-B-69-1.

<sup>5</sup> europapress.es. *Vid.* el texto en <https://www.europapress.es/nacional/noticia-congreso-abre-reforma-codigo-penal-despenalizar-delitos-opinion-ofensas-injurias-corona-20210615184914.html> (Consulta: 17/7/2022).

En este primer punto de partida será importante el análisis de la dimensión institucional de la libertad de expresión, pues detrás de ésta no hay otra cosa más que el interés por proteger una opinión pública libre, lo que sin duda implica la posibilidad de realizar una crítica constructiva a las instituciones. La clave parece ser *el momento de la crítica*. ¿Cuál es la extensión de la crítica hacia los símbolos e instituciones? ¿Hasta dónde debe permitirse la crítica en una democracia constitucional?

Nuestro siguiente paso será, una vez analizado el régimen jurídico que nos atañe sobre la libertad de expresión, conocer qué hemos de entender por símbolos e instituciones, es decir, indagar sobre nuestro objeto de protección frente a la libertad de expresión. ¿Son lo mismo símbolos e instituciones? ¿Todos los símbolos e instituciones son objeto de igual protección? Y si no lo son, ¿qué es lo que hace a unos ser merecedores de una especial protección y a otros que no lo sean?

A priori, es fácil adivinar que por “simbología institucional” debemos entender la bandera o la Corona; pero no es menos cierto que también lo son los representantes de los poderes del Estado, como los Jueces o el propio Gobierno; pero, y qué ocurre con los contrapoderes del Estado, como, por ejemplo, la policía; y en cuanto a los medios de comunicación, la universidad o la iglesia, que también son contrapoderes, ¿cuál es la tipología de estas instituciones dentro del Estado?, ¿los podemos considerar como un símbolo o institución merecedores de una especial protección?

Avanzaremos en nuestro estudio para desarrollar a continuación los diferentes niveles de tutela de la libertad de expresión, pues ésta se puede proteger desde diferentes ámbitos, los cuales son compatibles entre sí.

Así, se analizará en primer lugar el ámbito preventivo, que no es otra cosa más que la forma en la que en una democracia se fomenta el respeto hacia las instituciones. Considero que este es el nivel básico y fundamental.

Lógicamente, se tratará también la tutela reactiva –en los ámbitos civil y penal–, donde nos centraremos propiamente en el concepto de *honor*, así como en la regulación efectuada por el código penal con relación a los delitos de *odio* y a los delitos de *ultrajes* a España, así como también en la diferenciación entre el *discurso del odio* y el *discurso odioso*.

Por último, se pretende analizar, más concretamente, jurisprudencia reciente tanto del Tribunal Constitucional Español como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

para lo que comentaremos algunas sentencias emblemáticas en las que se valora si ha habido violación del derecho la libertad de expresión. Y finalizaremos con un punto dedicado al contraste entre la jurisprudencia del TC y del TEDH.



# PRIMERA PARTE: RELACIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA SIMBOLOGÍA INSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO DE UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

## I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

### A) Configuración: naturaleza y contenido

#### 1. La Constitución española de 1978

En sentido estricto, el derecho a la libertad de expresión aparece constitucionalizado en el art. 20.1 a) CE, que establece que *“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”*.

El propio art. 20 CE contempla otros derechos fundamentales en apartados sucesivos, que junto con el de la libertad de expresión, configuran lo que se ha venido a denominar, ya en sentido amplio, el derecho a una comunicación pública libre<sup>6</sup>.

La jurisprudencia constitucional tuvo ocasión de definirlo tempranamente en la sentencia 6/1981, de 16 de marzo, en la que en su FJ 4, afirma que *“La libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite”*.

Y es que el poder constituyente ya quiso advertir desde el principio que este derecho fundamental, como cualquier otro, no es absoluto ilimitado y, por tanto, también está sometido a unos límites dentro de los cuales debe desarrollarse su ejercicio. Así, vemos como ya en la misma Constitución Española se proclaman las primeras limitaciones frente al poder público, las cuales se refieren fundamentalmente y para el estudio que aquí nos interesa, al respeto de los derechos y deberes fundamentales del Título I CE, al respeto a los preceptos

---

<sup>6</sup> Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *“Derecho Constitucional”*, 10ª Ed., Tecnos, Madrid, 2021, p. 393.

de las leyes que desarrollen dicho título y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Además de los anteriores límites mencionados, cuando se reflexiona sobre la estrecha vinculación que mantienen la libertad de expresión y la libertad ideológica, se pone de manifiesto un nuevo límite, en este caso, el necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, como expresamente determina el artículo 16.1 CE. “*Se trata de un límite específico, más restrictivo y concreto que los límites generales reconocidos en el artículo 20.4 CE para las libertades de expresión e información*”<sup>7</sup>, que se deberá de tener en cuenta a la hora de valorar si las expresiones fruto de la libertad de expresión son el resultado de la libertad ideológica.

No obstante, se puede afirmar sin mayor problema, que el mantenimiento del orden público opera como límite inherente a cualquier derecho, incluidos lógicamente los derechos fundamentales.

## 2. Su naturaleza

Si dejamos a un lado el derecho a una comunicación pública libre, que en sentido amplio comprende tanto la libertad de expresión en sentido estricto –como expresión de ideas–, como la libertad de información, y nos centramos únicamente en su sentido estricto, a la hora de abordar su naturaleza jurídica no cabe duda de que su carácter corresponde, en puridad, al de los derechos de libertad, y ello sin perjuicio de que considerado en sentido amplio consista en un derecho complejo cuya naturaleza hoy se entiende con un carácter dual, en tanto que estamos ante un derecho de libertad pero también de prestación.

“*La libertad de expresión en sentido estricto protege exclusivamente una sola actividad: la comunicación sin trabas del pensamiento*”<sup>8</sup>. En esta línea se expresa la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo, al afirmar que “*Son estos derechos [libertad de expresión y derecho a comunicar], derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos*”.

---

<sup>7</sup> STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020. Voto particular que formula el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

<sup>8</sup> Solozabal Echevarria, Juan José, “*La libertad de expresión desde la teoría de los Derechos Fundamentales*”, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

Otro de los aspectos problemáticos sobre la naturaleza de este derecho es el relativo a determinar si goza o no de una condición de libertad preferente en su relación con otros derechos fundamentales.

Por lo que respecta a su carácter preferente o prioritario, la STC 177/2015, de 22 de julio de 2015, ha dicho en relación con la regla general de ponderación de los límites a un derecho, que “*habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, lo es todavía más cuando dicha libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales, en particular el derecho al honor (art. 18.1 CE), y señaladamente con otros intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal*”. De modo que, ante situaciones de conflicto entre estos derechos fundamentales, la interpretación de los límites se deberá realizar “*de tal modo que el derecho fundamental [del art. 20.1 a) CE] no resulte desnaturalizado*” (STC 20/1990, de 15 de febrero; FJ 4).

Además, el TC ha reconocido que “*las libertades del art. 20, [...] no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano*”, sino que en ellas se garantiza la opinión pública libre, como institución política fundamental ligada con el pluralismo político, cuya dimensión, continúa la sentencia, otorga a dichas libertades “*una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales*” (STC 104/1986, de 17 de julio).

En la misma línea ha incidido todavía más si cabe, la STC 177/2015, de 22 de julio de 2015, en su FJ 2 d), al derivar de la posición preferente de la libertad de expresión, que ello “*obliga entre otras consecuencias, a «modificar profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión» pues su posición preferente impone «la necesidad de dejar un amplio espacio al disfrute de [dicha] libertad*”.

A mi juicio, la preferencia otorgada por el Tribunal Constitucional a la libertad de expresión no es tal en el sentido de que no es preferente por defecto ante otros derechos fundamentales, lo contrario sería admitir que hay unos derechos fundamentales que lo son más que otros, y bien sabemos que no es así<sup>9</sup>.

En realidad, la mencionada preferencia, que se le atribuye por el hecho de la expansión a la que es llevada cuando pasamos de configurarla como una libertad individual

---

<sup>9</sup> Idea desarrollada a partir de apuntes propios de la asignatura de Filosofía del Derecho y Deontología impartida por el profesor Antonio Luis Martínez-Pujalte López.

a configurarla como una libertad colectiva –configuración que no podría ser otra en un Estado social y democrático de Derecho, cuya base intrínseca es la convivencia social–, es su propia naturaleza. Es decir, no podemos hablar de libertad de expresión sin concebirla como garantía de la opinión pública libre y dicha garantía no es un extra que le otorgue un valor añadido.

La preferencia de la libertad de expresión se deriva del caso concreto, como en el resto de los conflictos entre derechos fundamentales, por lo que no es una preferencia automática, en unos casos existirá y en otros no.

En síntesis, y para ser claros, la libertad de expresión tiene una configuración muy extensa, lo que implica que propiamente tenga unos límites muy reducidos, de ahí que en la mayoría de los casos concretos se nos presente como vencedora y revestida de carácter preferente.

### 3. Su contenido

Hemos dicho que la libertad de expresión tiene una configuración extensa y, también hemos dicho que sus límites son reducidos.

La STC 190/2020 recoge en su FJ 3 el alcance dado por el TEDH a la libertad de expresión y que es compartido por el TC:

*“La libertad de expresión comprende desde luego la crítica de la conducta de otro, 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» (STEDH de 23 de abril de 1992, caso Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, caso Fuentes Bobo c. España, § 43). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» (STEDH de 24 de febrero de 1997, caso De Haes y Gijssels c. Bélgica, § 49)”.*

Especial atención merece el siguiente párrafo de la referida sentencia por las exclusiones que realiza:

*“Quedan fuera de la protección del artículo 20.1 a) CE las expresiones que en las concretas circunstancias del caso sean indudablemente injuriosas, ultrajantes u oprobiosas, es decir, las expresiones*

*ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, toda vez que el referido precepto constitucional «no reconoce un pretendido derecho al insulto» (entre muchas otras, SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4, 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; 112/2016, d2 20 de junio, FJ 2, y 89/2018, de 6 de septiembre).*

Conviene destacar también el recordatorio que nos hace el Tribunal Constitucional en su sentencia 177/2015, de 22 de julio, cuando afirma que en nuestro sistema político “*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 ...*”.

En este punto, hemos de preguntarnos si de los límites expuestos por la jurisprudencia constitucional y del TEDH, podemos seguir afirmando –como hemos hecho al principio de este apartado– que la libertad de expresión tiene unos límites reducidos.

Pues bien, resultan llamativos cuanto menos ciertos condicionantes contemplados como límites; el primero, el hecho de imponer un nexo entre las expresiones ofensivas y las ideas expuestas y, el segundo, el hecho de que las expresiones expuestas tengan que ser necesarias para la exposición.

Como veremos más adelante, la jurisprudencia del TC y del TEDH vienen argumentando generalmente que, cuando se realiza una expresión ofensiva, que aparentemente constituya un ataque a la libertad de expresión, esta expresión no podrá ser admitida y, por tanto, quedará fuera de la libertad de expresión, cuando no esté relacionada con la crítica que se esté realizando y cuando no resulte necesaria para la exposición de dicha crítica. Por tanto, *a sensu contrario*, parece que tanto el TC como el TEDH estén admitiendo que cuando se realice una expresión ofensiva relacionada con la crítica y que resulte necesaria para ésta, entonces en ese caso, dicha expresión no supondrá un ataque a la libertad de expresión. Esto, a mi juicio y en principio, no parece servir como un buen parámetro delimitador de la libertad de expresión o del correcto ejercicio de ésta.

Y no lo es a mi parecer porque, la relación y la necesidad de la crítica realizada mediante expresiones molestas no debería tener que ser analizada posteriormente para conocer si hubo o no una vulneración a la libertad de expresión. Ambos criterios deberían quedar al margen de la valoración judicial al hablar del derecho a la libertad de expresión. Tal inseguridad jurídica otorga un carácter muy restrictivo a la configuración de este derecho y va en contra de la dimensión institucional de los derechos fundamentales.



Por otro lado, creo que el verdadero límite, que también ha sido desarrollado por la jurisprudencia, como no podía ser de otra manera, debe ser el del uso de la violencia o de la incitación a la misma. Es aquí donde debemos dirigir toda la atención para analizar si se han traspasado las fronteras de la libertad de expresión –concretamente, como veremos más adelante, en relación con las ofensas y ataques a la simbología institucional–.

De lo contrario, es decir, configurando y delimitando incorrectamente la libertad de expresión la habremos deformado. Así ha reconocido el propio TC que los límites a la libertad de expresión “*han de ser interpretados de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado*”<sup>10</sup>.

## **B) Dimensión institucional de la libertad de expresión**

Como todo derecho fundamental, también la libertad de expresión se interpreta hoy en día por la doctrina mayoritaria, partiendo de una valoración sobre el alcance que despliega cada una de las dimensiones que la componen, es decir, desde la dimensión subjetiva y desde la dimensión institucional (u objetiva).

Por lo que respecta a la dimensión subjetiva, es decir, la libertad de expresión como derecho subjetivo de los ciudadanos, ya hemos destacado en apartados anteriores la naturaleza de este derecho como componente de los derechos de libertad, lo que lleva consigo que los poderes públicos no puedan alterar o restringir su contenido esencial.

Así, sobre los derechos fundamentales, determina el artículo 53.1 CE que “*...Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades ...* [los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I CE]”. Anótese aquí, simplemente a modo de recordatorio, que el contenido esencial de un derecho es aquel contenido constitucionalmente protegido, ya sea de forma directa como de forma indirecta.

Si bien es cierto que en el caso concreto de la libertad de expresión es evidente su dimensión subjetiva, no es menos cierto, como acabamos de decir, que todo derecho fundamental tiene una doble dimensión y, por tanto, también está presente en ella la dimensión institucional, que no por menos evidente es menos importante.

---

<sup>10</sup> STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020, FJ 3.

La dimensión institucional de los derechos fundamentales es precisamente la que cobra mayor importancia para el presente trabajo, pues es la que pone de manifiesto que los derechos fundamentales no son únicamente derechos ejercidos en interés particular, sino que *“son también de interés general, son fundamento del orden político y la paz social [...] y componentes estructurales básicos del orden jurídico-político general”*<sup>11</sup>. La consecuencia inmediata de ello es que esta dimensión institucional obliga a todos los poderes públicos, pero especialmente al legislador, a la realización y promoción de los derechos fundamentales, como así se consagra en el artículo 9.2 C.E.

Por lo tanto, es preciso ahora analizar el alcance de la dimensión institucional de la libertad de expresión, distinguiendo entre su vertiente positiva (o dimensión prestacional) y su vertiente negativa (o prohibición del desaliento).

Este análisis, ha de hacerse partiendo de la base del sistema político que declara la Constitución Española de 1978 en su artículo 1.1 cuando dispone que *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (...)”*. Esta precisión es importante porque con ella asumimos directamente la cláusula del Estado social, que transforma el sentido de todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, con ella asumimos la existencia de la dimensión prestacional predicada de la totalidad de los derechos fundamentales, sin excepción.

Por si hubiera dudas sobre lo anterior, el artículo 9.2 CE viene a recordar la transformación que deviene de la declaración de la cláusula del Estado social al establecer que, *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

En este sentido, se ha dicho que *“de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales [dimensión subjetiva], sino también la obligación*

---

<sup>11</sup> Cidoncha Martín, Antonio, *“Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial”*, Teoría y realidad constitucional, nº 23, 2009, p. 184.

*positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano*<sup>12</sup> [dimensión institucional].

Para el caso concreto de la libertad de expresión, existe una consolidada jurisprudencia constitucional confirmando su dimensión prestacional “*en cuanto que garantía para la «formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática»*”<sup>13</sup>. Esta misma doctrina ha hecho hincapié “*en la necesidad de que dicha libertad «goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor»*”<sup>14</sup>.

Lo que se está poniendo de relieve no es otra cosa que la estrecha relación, y directa, entre la libertad de expresión y la necesidad de garantizar una opinión pública libre, institución ésta, por medio de la cual se ha de hacer efectiva su dimensión institucional.

Tal es su importancia, que el Tribunal Constitucional ha afirmado que “*sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas buer as las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 CE, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política*”<sup>15</sup>.

En cierto modo, se podría decir que la opinión pública libre es un ejercicio de poder, inherente al Estado Democrático, que consiste en la influencia ejercida por el Estado sobre los ciudadanos “informados” y éstos sobre el Estado y, además, entre cada uno de los propios sujetos mencionados<sup>16</sup>.

Llegados a este punto, como ya habremos podido observar, dentro de la dimensión institucional relativa a la libertad de expresión, como derecho fundamental, destaca su

---

<sup>12</sup> Martínez-Pujalte, Antonio Luis; De Domingo, Tomás, “*Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*”, Comares, Granada, 2011.

<sup>13</sup> STC 190/2020, de 15 de diciembre, FJ 3.

<sup>14</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.

<sup>15</sup> STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4.

<sup>16</sup> Cfr. Sánchez Lorenzo, Jesús, “*Tesis Doctoral: Opinión pública libre, opinión publicada. La libertad de comunicación pública y los medios de comunicación*”, UNED, 2019.

vertiente negativa, conocida en la jurisprudencia interna como “prohibición del desaliento” (o *chilling effect* en términos de la doctrina internacional).

El análisis de dicha vertiente trata de evitar que se produzca un efecto desmovilizador en el ejercicio de la libertad de expresión por parte de la ciudadanía, en atención a las posibles sanciones establecidas, ya sean estas administrativas o judiciales.

A la hora de hablar sobre la doctrina de la prohibición del efecto desaliento, es importante diferenciar entre el ámbito jurídicamente protegido de los derechos fundamentales y su función institucional. En el caso del derecho a la libertad de expresión, cuando nos referimos a su ámbito jurídicamente protegido, lo tenemos que relacionar con “aquella porción de libertad que la Constitución reconoce a los ciudadanos para que puedan desarrollar plenamente su personalidad [y este] ámbito de libertad goza de la máxima protección constitucional”<sup>17</sup>. Sin embargo, cuando referimos a la función institucional, lo tenemos que poner en relación con el hecho de que su “ejercicio contribuye a la formación de una opinión pública libre”<sup>18</sup>.

Por esta razón, el legislador debe prestar especial atención a la hora de realizar su labor con respecto a normas reguladoras sobre esta materia; no obstante, en el caso de que el legislador hubiera podido ir, *a priori*, más allá de lo debido, es decir, si hubiera regulado sobrepasando los límites inherentes a la libertad de expresión, será labor de los tribunales de justicia, realizar un análisis para determinar la constitucionalidad del impacto de la medida y, para ello, los tribunales habrán de aplicar el test o juicio de proporcionalidad.

## II. SÍMBOLOS E INSTITUCIONES OBJETO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Resulta fundamental, como punto de partida, que podamos encontrar una relación que nos permita conectar la libertad de expresión con la simbología institucional.

---

<sup>17</sup> Colomer Bea, David, “La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales”, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, n° 41, 2019, p. 103.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

Definida, por tanto, la libertad de expresión en el epígrafe anterior, ahora nos detendremos en analizar –aunque sea de forma somera– el significado de la locución “*simbología institucional*”, es decir, qué comprende dicha expresión, así como cuál es el fundamento que da lugar a su consideración como objeto de protección constitucional, en qué medida debe ser tutelada y quién debe llevar a cabo la misma.

En primer lugar, podemos ver cómo la expresión “simbología institucional” – utilizada como subtítulo de este trabajo–, aparece formada por dos conceptos distintos.

De un lado, la noción de “simbología”, que nos remite a los símbolos y, de otro lado, el término de “institucional” que nos acerca al concepto de institución.

Necesariamente, en este momento, se plantean pertinentemente una serie de cuestiones, a las que deberemos ofrecer una respuesta, como son las siguientes: ¿qué son los símbolos? y, ¿qué son las instituciones?

Pues bien, una vez que hayamos definido ambos conceptos y, por tanto, habiendo dado respuesta a las preguntas anteriores, trataremos de poner ambos conceptos en relación. Para ello y para averiguar si puede o no surgir una idea diferente como consecuencia de su tratamiento conjunto, nos plantearemos las siguientes cuestiones: ¿pueden las instituciones ser símbolos? y, ¿pueden los símbolos ser instituciones?

Una vez resueltas estas cuestiones, analizaremos cual es la protección otorgada por el ordenamiento jurídico español a símbolos e instituciones.

### **A) Los símbolos**

Veamos pues, en primer lugar, el concepto de símbolo. Para ello, siempre resulta conveniente empezar por lo básico, en este caso, consultada la definición que sobre símbolo ofrece el Diccionario de la Lengua Española de la R.A.E., que dice así en la primera de sus cinco acepciones:

*“Elemento u objeto material que, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición, etc. [y añade como ejemplos] La bandera es símbolo de la patria. La paloma es el símbolo de la paz”*<sup>19</sup>.

El resto de las acepciones las descartamos para nuestro análisis, pues es únicamente la primera de ellas la que para el caso nos interesa, en tanto en cuanto es la que nos aproxima a la vertiente político-jurídica que vamos a desarrollar.

Para Vernet Llobet, *“los símbolos son ciertos elementos materiales o no, recreados, que representan entidades o comunidades, sobre la base de hechos históricos, mitos, valores y tradiciones, que perviven mediante prácticas institucionalizadas, creando la cohesión del grupo”*<sup>20</sup>.

Según este autor, la definición de símbolo se extiende también a “elementos no materiales” como pueden ser, por ejemplo, determinados valores, costumbres y mitos.

Esta comprensión en sentido más amplio que realiza Vernet Llobet con respecto a la definición ofrecida por la R.A.E., resulta bastante interesante, pues permite que “la idea en sí” puede ser considerada un símbolo, sin necesidad de representar materialmente a la misma.

Por otro lado, esto también quiere decir que habrá elementos que podrán ser representados mediante símbolos materiales y no materiales. Pongamos, como ejemplo de elemento que queremos representar, a España. Ésta podrá ser representada por la bandera de España –siguiendo a la R.A.E, podríamos decir que la bandera es símbolo de la patria–, pero también podríamos representar a España mediante ideas, valores, conceptos, sentimientos y toda una serie de elementos no materiales. Por ejemplo, podríamos decir que España es un conjunto de valores como los que propugna la Constitución Española en su artículo 1, y de esta manera podríamos decir que España es Libertad, es Justicia y es Igualdad.

En la misma línea que Vernet Llobet, en cuanto a considerar la posibilidad de la inmaterialidad del símbolo, el Tribunal Constitucional nos ha ofrecido una definición de este concepto en la STC 94/1985, de 29 de julio, con motivo del conflicto competencial entre las Comunidades Autónomas de Navarra y País Vasco sobre la utilización de un escudo, en la

---

<sup>19</sup> Definición recogida por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (R.A.E.), edición del tricentenario en su actualización de 2021.

<sup>20</sup> Vernet i Llobet, Jaume, *“Símbolos y fiestas nacionales en España”*, en Revista Teoría y Realidad Constitucional, 2003, p. 102.

que el Tribunal indicaba que el símbolo político *“Enriquecido con el transcurso del tiempo, (...) acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa Comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada”*.

Un análisis de la definición ofrecida por el Tribunal Constitucional nos permite advertir el importante valor del símbolo, la verdadera razón por la cual debe gozar de especial protección, que no es otra que su consideración como libertad de expresión de una comunidad de individuos.

En este sentido, los símbolos políticos deben de seguir el mismo régimen jurídico regulador del derecho a la libertad de expresión.

### **B) Símbolos constitucionales en sentido estricto**

En puridad, la Constitución Española utiliza únicamente el término “símbolo” para referirse a la Corona, concretamente al Rey, como así establece en su artículo 56.1 que reza lo siguiente: *“El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, [...], y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes”*.

Tiene sentido que así sea, puesto que el concepto de símbolo que aquí se utiliza se dirige hacia la Monarquía, por tanto, hacia la Corona, dejando aparte en este momento a la Jefatura del Estado, que sería propiamente una institución.

El otro símbolo que se contempla en la Constitución y que, como tal, es un símbolo en sentido estricto, son las banderas. Así, la CE se refiere en su artículo 4.1 a la bandera de España y en el artículo 4.2 a las banderas y enseñas de las Comunidades Autónomas.

### **C) Otros símbolos constitucionales**

Existen otra serie de símbolos de Estado a los que la Constitución *“no les ha conferido una garantía constitucional similar a la de las banderas [y, aunque] la mayor parte de consideraciones sobre la bandera van a ser extensibles al resto de símbolos”*, la diferencia estriba en que su régimen jurídico de protección es infra-constitucional.

Este es el caso de los himnos nacionales y autonómicos o los escudos, pero no son los únicos, pues la Constitución “no ha establecido una reserva normativa para cualesquiera otros símbolos, de modo que el legislador pueda establecer una protección determinada cuando lo crea necesario”<sup>21</sup>.

#### **D) Figuras constitucionales de contenido simbólico**

Siguiendo a Enrique Belda, en la Constitución “*todo puede tener una lectura simbólica, incluida la propia Carta Magna en sí misma (Tajadura, 2001:32), cada derecho, o cada prescripción normativa*”<sup>22</sup>.

Por esta razón es importante diferenciar los símbolos propiamente dichos de aquellas figuras constitucionales con una fuerte carga simbólica.

Es el caso, por ejemplo, de los valores superiores del ordenamiento jurídico consagrados en el artículo 1.1 CE, como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político o como la dignidad humana del artículo 10.1 CE.

En este sentido, la carga simbólica atribuida se debe a su consideración de pilares estructurales de la Constitución, “*pero cuyo primer objetivo [...] no es simbolizar*”<sup>23</sup>.

De igual modo, sucede con los símbolos de las confesiones religiosas, pero que, en puridad, no se configuran como simbología del Estado.

Por ello, hecha esta precisión, dejaremos al margen de este trabajo este tipo de “símbolos”.

#### **E) Las instituciones**

Fruto de la función de integración correspondiente al símbolo, surgen, podríamos decir, las instituciones.

---

<sup>21</sup> Cfr. con el texto de Belda, E., “*Elementos simbólicos de la Constitución española. La protección del uso de los símbolos por las personas y las instituciones*”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 117, 2019, pp. 49-50.

<sup>22</sup> Belda, E., “*Elementos simbólicos de la Constitución ...*”, cit., p. 50.

<sup>23</sup> Belda, E., “*Elementos simbólicos de la Constitución ...*”, cit., p. 50.



Así, siguiendo a la R.A.E. y utilizando la que quizás sea la acepción más adecuada para nuestro objeto de todas las establecidas, una institución es “*cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, nación o sociedad*”.

Además, se las define también en otra de sus acepciones como “*órganos constitucionales del poder soberano en la nación*”.

Sin duda, cualquiera de estas acepciones destacadas hace referencia a las instituciones políticas.

Por su parte, para José M. Medrano, son instituciones políticas “*las que se dirigen y ordenan esencialmente a la formación, integración y gobierno de las sociedades globales llamadas Estados*”<sup>24</sup>.

Muy interesante resulta la STC 32/1981, de 28 de julio, en la que el Tribunal Constitucional, con motivo de la supresión de las Diputaciones Provinciales catalanas que establecía la Ley de la Generalidad de Cataluña 6/1980, de 17 de diciembre, se pronuncia sobre la “*garantía institucional*” que la Constitución garantiza y que, en su fundamento jurídico tercero define como una garantía que asegura “*la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*”. Dichas instituciones son “*elementos arquitecturales*” indispensables del orden constitucional.

También en la mencionada sentencia, señala el Tribunal Constitucional que la garantía institucional es objeto tanto de “*las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional*”, como de aquellas otras en las que “*la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario*”.

Pues bien, las mencionadas definiciones del concepto de “*institución*” no nos ofrecen de una forma tan evidente, como cuando hablábamos de los símbolos, un sentido unívoco. En este caso, vemos que se apunta a conceptos como órganos, organizaciones, orden, elementos, etc.

Sin embargo, todas ellas remiten en última instancia a la noción de “*interés general*” o de “*interés público*” –entendidos aquí como sinónimos–, pues como hemos visto, todas han señalado al Estado, a los órganos constitucionales o al orden constitucional.

---

<sup>24</sup> Medrano, Jose María, “*Instituciones, Política y Gobernabilidad*”, en Revista Colección, n° 9, 2000, p. 71.

Esto es así, ni más ni menos, porque aquí estamos refiriéndonos a instituciones públicas, y en concreto, a instituciones políticas y que, por tanto, ejercen una función de representación de lo público, de un interés general, sin que ello quiera decir que sea un interés de suscripción obligatoria o que su sentido sea de interpretación única<sup>25</sup>.

Pues bien, ahora ya estamos en condiciones de responder a la pregunta de si símbolos e instituciones son lo mismo.

A pesar de la relación que existe entre ellos por su función integradora, está claro que símbolos e instituciones –políticas– son ideas diferentes y, en consecuencia, símbolos y garantías institucionales tampoco se identifican. Sin embargo, podríamos decir que una institución bien podría ser considerada un símbolo, pero no podríamos decir lo contrario, es decir, no podríamos decir que un símbolo en sí pudiera ser una institución.

Por tanto, realizada previamente esta distinción terminológica, podemos establecer que bajo el concepto de “simbología institucional” se incluyen tantos símbolos en sentido estricto como instituciones.

Dicho en otros términos, bajo la denominación de “simbología institucional” nos estamos refiriendo a los “símbolos en sentido amplio”. Y como veremos a continuación, este es el sentido que utiliza la Constitución Española al englobar conjuntamente a símbolos e instituciones.

## **F) Las instituciones del Estado**

Partiendo del anterior concepto de institución, al hablar de instituciones hacemos referencia a aquellas entidades que tienen su origen en la organización del Estado, que ostentan una función integradora y representativa.

En concreto, las instituciones a las que nos referiremos a continuación tienen su fundamento en el artículo 1.3 CE, el cual establece que “*La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria*”.

---

<sup>25</sup> Cfr. párrafo tercero del apartado 1.1 del voto particular formulado por los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón en la STC 190/2020.

De la anterior formulación se derivan una serie de estructuras estatales mínimas, como forma de organización del Estado, a las que habría que añadir como necesarias aquellas otras que se mencionan en otros preceptos constitucionales.

Con todo, son instituciones del Estado en sentido amplio y sin ánimo de ser exhaustivos, la Jefatura del Estado, el Congreso de los Diputados y el Senado, el Gobierno, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Supremo, el Fiscal General del Estado, el Consejo de Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos.

### III. LA PROTECCIÓN DE LA SIMBOLOGÍA INSTITUCIONAL

Es evidente que la simbología es importante para el proceso de construcción de las sociedades. Ahora bien, *“su protección no puede llevarse a cabo contra o en perjuicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en este caso de la libertad de expresión”<sup>26</sup>*.

Más allá de las razones por las que la simbología institucional es objeto de protección jurídica, la realidad es que nos encontramos una cuestión que es susceptible de tutela multinivel.

En el ámbito de los derechos fundamentales, la protección multinivel se refiere al *“conjunto de fenómenos que se relacionan con la pérdida de protagonismo de los Estados y los avances de ciertos procesos de integración supranacional”<sup>27</sup>*. En este sentido, la configuración internacional del orden jurídico pasa en nuestros días –sin ánimo de ser exhaustivos– por diferentes instancias con estatutos jurídicos diferentes y que pueden dar lugar a interpretaciones diferentes.

---

<sup>26</sup> Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel, *“En torno a la tutela de instituciones y símbolos en el debate público”*, en Revista Vasca de Administración Pública, nº 113, (enero-abril) 2019, p. 54.

<sup>27</sup> Revenga Sánchez, Miguel, *“Protección multinivel de los derechos fundamentales y lucha contra el terrorismo a escala europea: a propósito de las listas negras y otras anomalías de la Unión”*, Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria, nº 82, 2, 2008, p. 237.

No obstante, a pesar de tratarse de instancias diferentes, la cuestión principal es que estamos ante una misma jurisdicción y que, por tanto, su modo de proceder se basa necesariamente en el diálogo entre dichas instancias.

En nuestro caso, debemos señalar hacia tres niveles normativos multinivel, como son la propia Constitución española, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En definitiva, esta configuración de la tutela de los derechos, “*puede producir importantes problemas jurídicos que han de afectar a las relaciones entre los Tribunales ordinarios y el Tribunal constitucional por un lado, y a las decisiones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por otro*”<sup>28</sup>.

Por último, hay que indicar que la tutela multinivel no se refiere únicamente a instancias jurisdiccionales, sino que también tienen cabida en esta tutela otras instancias no jurisdiccionales, como a continuación podremos analizar.

#### **A) La prevención en el respeto a la libertad de expresión**

En una sociedad tan cambiante como la actual, que avanza rápidamente en las tecnologías y en las formas de comunicación social, se hace necesario invertir en la formación de los individuos para estar preparados ante los cambios y poder afrontarlos sin perder de vista la perspectiva colectiva.

La idea de comunidad, de sociedad, parece que hoy se está debilitando o si se quiere, desequilibrando en favor de una especie de hiperindividualismo, quizás alentado por las sucesivas crisis sociales y económicas que estamos atravesando en este siglo XXI. Ello parece que ha dado lugar al crecimiento de movimientos populistas que, partiendo de eslóganes como el de “*America first*” –con el que se defiende un modelo aislacionista frente a la actual globalización– como solución para los principales problemas actuales de los Estados, se ha trasladado a la población un mensaje de insolidaridad, que pone por delante no sólo al propio Estado, sino que también otorga al propio individuo una posición predominante opuesta a la idea de comunidad y de sociedad.

---

<sup>28</sup> Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, “*Derecho Constitucional...*”, p. 251.

De esta manera, el movimiento aislacionista recibido a través de los populismos, trae consigo el auge del individualismo a modo del conocido falso dilema de “*o estás conmigo o estás contra mí*”. Y ello unido, no tanto a la falta de educación, sino sobre todo al aumento de desinformación, da lugar a una creciente inseguridad y falta de credibilidad en el seno de las sociedades actuales y que avanza continuamente retroalimentándose.

Esta compleja situación puede sin duda dar lugar a una reinterpretación de los Derechos favoreciendo una regresión de los mismos y de ahí la importancia de educar en derechos, de educar en libertad de expresión.

La lucha por conseguir nuevos Derechos es sin duda necesaria para toda sociedad, pero esto no puede significar que dejemos de atender al sentido que cada Derecho otorga, pues de lo contrario, nos convertiremos en sociedades con muchos Derechos que en el fondo no comprendemos y, consecuentemente, no seremos capaces como sociedad de ejercerlos de la mejor manera posible. Así, “*la importancia de la educación en derechos estriba no tanto en el reconocimiento de los individuos como sujetos de esos derechos, sino en su efectiva participación en la «construcción de una sociedad democrática que les llevará a su efectivo goce»*”<sup>29</sup>.

Y es que, en general, la comprensión de los Derechos se presupone. Sin embargo, llama la atención como la regulación de determinados derechos, como es el caso del Derecho al aborto, ha exigido por parte del legislador que, para llevarse a cabo, previamente se haya tenido que informar a las mujeres de toda una serie de implicaciones e incluso se haya tenido que agotar un periodo de reflexión antes de llevarlo a cabo. Y es que como decía Clara Campoamor, “*la libertad se aprende ejerciéndola*”.

Pues bien, esto que, no cabe duda, el legislador puede articular de diferentes maneras –y cuanto antes posiblemente mejor–, no se hace extensivo al resto de Derechos, ni siquiera, por tanto, con la libertad de expresión.

---

<sup>29</sup> Ortega Giménez, Cristina, “*Entre el control y el autocontrol en el ejercicio de la libertad de expresión: Un análisis a propósito del caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España. Sentencia objeto de comentario: STEDH, E.E. y J.R. c. España, 13 de marzo de 2018*”, en la obra colectiva, Ortega Giménez, Alfonso (coord.), Ruda González, Albert (dir.) y Jerez Delgado, Carmen (dir.), Estudios sobre Jurisprudencia Europea: Materiales del IV Encuentro anual del Centro Español del European Law Institute, 2021, p 6.

Lejos de las polémicas interesadas que plantean la disyuntiva entre formación o adoctrinamiento, lo que es cierto es que “educar en Constitución” es poner en valor, con sus muchos sentidos, a toda una sociedad y, es también, prepararla para la convivencia pacífica, basada en el respeto a la dignidad de las personas. Sirva como ejemplo de ello la iniciativa que supone la Carta del Consejo de Europa sobre Educación para la ciudadanía democrática y Educación para los derechos humanos, en la cual se afirma que “*Cada vez más se ve la educación como el medio para defenderse contra la violencia, el racismo, el extremismo, la xenofobia, la discriminación y la intolerancia*”<sup>30</sup>.

Así, las medidas de prevención son aquellas dirigidas a tener más democracia.

En este sentido, y sin menospreciar el desarrollo de actividades por asociaciones privadas con este fin, resultaría fundamental que, en pro del propio interés general, el Estado se ocupase con mayor énfasis de promover una educación constitucional, para nuestro caso concreto, una educación que permita compatibilizar la libertad de expresión con el respeto a la simbología institucional.

Por otro lado, otras formas para conseguir un correcto ejercicio de la libertad de expresión son a través de una regulación pública de los medios de comunicación respetando la pluralidad de las sociedades y garantizando la información de la ciudadanía, protegiéndola de la desinformación, la cual supondría un abuso de la libertad de expresión y, por tanto, esta debería ser uno de sus límites.

## **B) La tutela en el ámbito civil**

A la hora de analizar la tutela de la libertad de expresión en el ámbito civil y circunscrita, en nuestro caso, a los símbolos e instituciones como elementos centrales, surge el planteamiento de si éstos pueden ser considerados como sujetos pasivos del derecho al honor.

El derecho al honor, ha sido configurado por la doctrina con una doble vertiente. Así, por un lado, aparece la vertiente objetiva en la que el honor “*es el juicio positivo que una persona recibe de los demás en razón de sus actividades conocidas, así como el derecho a ser respetado en razón*”

---

<sup>30</sup> Ortega Giménez, Cristina, “Entre el control y el autocontrol en el ejercicio de la libertad de expresión ..., cit., p 6.

de ese juicio positivo”<sup>31</sup>. Y por la otra vertiente, la concepción subjetiva, en la que el derecho al honor “*confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás (STC 85/1992)*”<sup>32</sup>.

Sin embargo, la mayor problemática surge en cuanto a la naturaleza de este derecho consagrado por el artículo 18 CE. Si bien en un principio el Tribunal Constitucional lo había configurado como un Derecho dirigido a la protección del individuo, “*el sentido personalista [...] se ha ido diluyendo paulatinamente*”<sup>33</sup>, como así ha considerado el Tribunal Constitucional en sentencias posteriores, entre otras la STC 139/1995, en la que establece que “*el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, pero que sí son titulares las personas jurídicas en cierta medida en cuanto tienen un derecho a la propia estimación o buen nombre*”.

De lo anterior, parece evidente que los símbolos –como posibles sujetos pasivos– quedan fuera del Derecho al honor. No obstante, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, nace de inmediato una duda sobre si en el caso de las instituciones públicas estas podrían o no ser titulares del derecho al honor.

Pues bien, si lo dicho hasta ahora, en cuanto a la extensión de la titularidad del derecho al honor, es válido respecto de las personas jurídico-privadas, no es así respecto de las personas jurídico-públicas como las instituciones.

Esta negativa ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en la STC 107/1998, afirmando que para las instituciones públicas “*es más correcto, [...], 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 [...]*”.

No obstante, y con carácter particular, hay que indicar que pese a la anterior exclusión “*el Tribunal Constitucional ha reconocido sólo excepcionalmente a los entes personificados de naturaleza pública la titularidad de algún derecho fundamental, pero ni mucho menos en toda su extensión. Así ha*

---

<sup>31</sup> Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, “*Derecho Constitucional...*”, cit., p. 366.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 369.

*sucedido con el derecho a la tutela judicial efectiva [...] que el alto Tribunal considera predicable de las personas jurídico-públicas en su vertiente procesal [...]*<sup>34</sup>.

A mi juicio, considero que debemos distinguir entre lo que son los derechos fundamentales por un lado, únicamente predicables de las personas físicas –y si se quiere con la matización que los hace extensibles a determinadas personas jurídicas– de los derechos atribuidos a las instituciones jurídico-públicas por otro, pues lógicamente, éstas deben de configurarse dentro del marco constitucional y, en consecuencia, en base a los derechos fundamentales. Pero una cosa es admitir que las instituciones jurídico-públicas sean sujetos inherentes de determinados derechos fundamentales y otra bien distinta es que en ellas podamos advertir el halo de los derechos fundamentales que las configuran y, en todo caso, de aquellos derechos que el legislador les haya atribuido.

Ahora bien, cuestión distinta es si en el ejercicio de la libertad de expresión se pudiera cometer un ataque contra el derecho al honor de un individuo que actúa en representación de una institución pública.

Sobre esto, y en línea con lo expuesto anteriormente, considero que ello sería posible, puesto que estaríamos ante un ataque individualizado sobre una persona y no sobre la institución en sí y que, por tanto, ello se debería resolver por los cauces previstos en la jurisdicción civil.

Eso sí, como se ha encargado de establecer el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, entre otras en la STC 79/2014, en relación con los dirigentes políticos, *“los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares [...]”*.

En definitiva, para el caso de los políticos y otros representantes públicos, se deberá distinguir si la ofensa que reciben tiene que ver con el ejercicio de sus funciones o si por el contrario tiene que ver directamente con su persona y por el ejercicio de acciones en el ámbito privado. En este último caso, por tanto, sí podría tener lugar una injerencia en el derecho al honor de dicha persona.

---

<sup>34</sup> Vidal Marín, Tomás, *“Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional”*, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 397, 2007, p. 10.



### C) La tutela en el ámbito penal

Cuando todo lo anterior ha fallado, entonces llega el momento de aplicar la *ultima ratio* del Derecho, el derecho penal.

La protección de los símbolos en el ámbito penal no ha dejado de ser hasta nuestros días una cuestión problemática. Esto es debido, en parte, a la intención de combinar fórmulas tradicionales de tutela sobre los símbolos con otras concepciones actuales, cuyo resultado ha sido trasladado al Código Penal español con cierta confusión como ahora veremos.

Así, el Título XXI del Código Penal de los “Delitos contra la Constitución” ha sido el encargado de regular este tipo de delitos, dedicando el Capítulo II a los delitos contra la Corona –artículos del 485 al 491–, el Capítulo III a los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes –artículos del 492 al 505– y el Capítulo VI a los delitos de ultraje a España –artículo 543–.

Realizando un análisis comparativo de los mencionados artículos, advertimos una primera cuestión problemática en relación con la consideración de la Corona y de los miembros que integran la misma y su encuadre en los tipos penales.

Como hemos tenido ocasión de señalar en epígrafes anteriores, la Corona es un símbolo constitucional y, por tanto, aquello que simboliza es distinto de aquellos que la representan.

De lo anterior, se puede deducir que un ataque a la Corona, como símbolo constitucional que es, sería objeto de encuadramiento, en su caso, en el artículo 543 CP de los ultrajes a España. Este artículo establece lo siguiente: *“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”*.

El mismo artículo precedente sería el único que procedería aplicar ante el ataque a otros símbolos de España.

Ahora bien, hay que recordar que hemos mencionado que el Capítulo II del Título XXI del Código Penal es el encargado de regular los delitos contra la Corona. Sin embargo, este capítulo se refiere a los ataques contra la Jefatura del Estado y contra los miembros integrantes de la misma, salvo lo dispuesto por el artículo 491.2 CP, que junto con el artículo 490.3 CP, se convierten en la cuestión más problemática de dicho capítulo.

Por lo que respecta al artículo 491.2 CP, establece 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*”.

Siguiendo a Enrique Belda, lo que este precepto pretende castigar son las “*acciones contra la imagen de cada figura para ‘dañar el prestigio de la Corona’, es decir, de la institución y no de su magistratura unipersonal [...]*”<sup>35</sup> y continúa diciendo que “*sólo en este supuesto se desplegaría por la ley penal, en sentido estricto, la protección al símbolo*”<sup>36</sup>.

En cuanto al artículo 490.3 CP, éste establece que “*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 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 meses a doce meses si no lo son*”.

Lo problemático de este artículo no es su sentido, sino las gravosas consecuencias jurídicas que le atribuye el Código Penal, como nos recuerda Enrique Belda al indicar que así ha sido señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al establecer que “*se deba contemplar la aplicación de tal norma punitiva en total sintonía con los márgenes de la libertad de expresión y en el contexto del pluralismo democrático*”<sup>37</sup>.

Por lo que respecta a las instituciones a las que ofrece protección el Título XXI del CP, en su Capítulo Tercero, se refiere a determinados actos cometidos contra el Congreso de los Diputados, el Senado, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, incluidas sus Comisiones, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, el Consejo de Ministros o Consejos de Gobierno Autonómicos, el Gobierno de la Nación, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, los Ejércitos y a las Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

---

<sup>35</sup> Belda, E., “*Elementos simbólicos de la Constitución...*”, cit., p. 57.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>37</sup> *Ibidem.*

Del Título XXI del CP, interesa ahora destacar los artículos 496 y 504 en cuanto a lo relacionado con las injurias contra determinadas instituciones, obviando lo relativo al resto de acciones tipificadas.

Así, el artículo 496 CP se ocupa de castigar con pena de multa a aquellos que injuriasen gravemente y, estando en sesión, a las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma.

Por su parte, el artículo 504.1 CP se encarga de sancionar con pena de multa a los que injuriasen al Gobierno de la Nación, al CGPJ, al TC, al TS, o al Consejo de Gobierno o al TSJ de una Comunidad Autónoma.

Y el artículo 504.2 CP establece el castigo con pena de multa para aquellos que injuriasen a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

A mi juicio, la tipificación de estos delitos por injuriar a determinadas instituciones públicas –a unas sí y a otras no– carece de verdadera motivación, puesto que no hay ofensa que pueda tener lugar y, en cualquier caso, considero al igual que ha reconocido la jurisprudencia del TC en relación a otros asuntos, que *“la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones acogidas con favor [...], sino también para que aquellas que [...] inquietan al Estado”*<sup>38</sup>, así como también ha reconocido que en nuestro sistema *“no tiene cabida un modelo de democracia militante”*<sup>39</sup>. En este sentido, estimo que deberían modificarse dichos artículos y se debería eliminar la tipificación de las injurias, puesto que en nada interfieren en el normal desarrollo de estas instituciones.

Por lo que respecta al ámbito sancionador administrativo, cabe resaltar el artículo 36.2 LOPSC<sup>40</sup>, el cual tipifica como infracción grave *“La perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituya infracción penal”*.

---

<sup>38</sup> STC 177/2015, de 22 de julio de 2015 (FJ 2 b).

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

El mencionado artículo –entre otros– fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, concluyendo el TC en la Sentencia 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, que dicha previsión si es constitucional.

Aunque el motivo del recurso en relación con el artículo 36.2 LOPSC se fundamenta en la vulneración del derecho de reunión del artículo 21 CE, resulta necesario hacer algunas referencias a la motivación del Tribunal en dicha sentencia, por la estrecha vinculación que existe entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho de reunión, como así constata el propio Tribunal en su FJ 6 –apartado B) a)– cuando afirma que *“El derecho de reunión, es (i) una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce del principio democrático participativo en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución”*. Y continúa diciendo, que *“la libertad de reunión, como manifestación colectiva de la libertad de expresión, está intensamente vinculada con el pluralismo político en tanto coadyuva a la formación y existencia de la opinión pública, de forma tal que se convierte en una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático”*.

Pues bien, el Tribunal se ocupa de analizar el contenido del artículo 36.2 LOPSC advirtiendo, por un lado, que éste excluye de su ámbito de aplicación *“aquellas perturbaciones graves de la seguridad ciudadana que sean constitutivas de infracción penal”*, refiriéndose al artículo 494 CP, el cual *“sanciona la conducta de quienes promuevan o presidan manifestaciones o reuniones ante las sedes legislativas, cuando estén reunidas, alterando su normal funcionamiento”* y, por otro lado, que el mismo incluye *“únicamente las conductas que, con ocasión de las [...] reuniones o manifestaciones, den lugar a una perturbación grave de la seguridad ciudadana, previsión que comprende las actuaciones [...] que dañan de un modo intenso a personas o bienes (o que entrañan un riesgo agravado de que se produzca ese resultado lesivo), así como la que obstruyen sensiblemente el funcionamiento de los órganos legislativos”*.

Para el Tribunal, las sedes parlamentarias se configuran desde una doble vertiente. Por una parte, *“albergan el desenvolvimiento efectivo de las funciones representativas”* y, por otra, *“resulta inherente a ellas, incluso cuando están inactivas, su carácter de representación institucional de la voluntad popular, de modo que constituyen un símbolo del más alto valor constitucional”*.

Sin embargo, llama la atención como a continuación, el Tribunal, afirma en relación a esta última vertiente mencionada, que *“los órganos legislativos que albergan las sedes parlamentarias*

*tienen una especial significación institucional e incorporan un valor simbólico que está plenamente vigente aun en los momentos en que ninguna de sus composiciones está reunida”.*

Así, parece deducirse que el Tribunal está afirmando, a la vez y en el mismo fundamento jurídico, que las sedes parlamentarias son un símbolo constitucional, así como también, son poseedoras de una carga simbólica especial.

Por mi parte, considero, en línea de lo desarrollado en epígrafes anteriores y siguiendo, como habíamos visto, a Enrique Belda, que se debe distinguir entre los símbolos propiamente dichos y aquellas figuras de la constitución que, aun teniendo una especial carga simbólica, no tienen por función la de simbolizar. Por tanto, coincido con el Tribunal cuando otorga a las sedes parlamentarias *“una especial significación institucional”*, pero no así cuando atribuye a las sedes parlamentarias el valor de símbolo propiamente constitucional.

Resulta trascendente esta segunda vertiente relativa a las sedes parlamentarias que señala el Tribunal, puesto que es aquí donde reside la relación con el presente trabajo. Así, el Tribunal considera que *“el art. 36.2 LOPSC se orienta a evitar que la perturbación grave de la seguridad ciudadana con ocasión de reuniones o manifestaciones ante las instituciones parlamentarias [...] produzca una desconsideración del símbolo encarnado en las sedes parlamentarias que razonablemente pueda coadyuvar por sí misma, o mediante la incitación de otras conductas, a que se ponga en riesgo la tranquilidad y convivencia ciudadanas [...] o a que, de un modo más general, se condicione a otros ciudadanos el libre ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento jurídico [...]”*.

Parece derivarse de las palabras del Tribunal, que cuando éste habla de una posible *“desconsideración del símbolo”*, esté haciendo referencia a un ataque –de carácter simbólico– a una sede parlamentaria por su consideración de símbolo. Considero, por tanto, que de ser así esta interpretación, la misma está encubriendo una restricción de los derechos de reunión y libertad de expresión en función de un razonamiento incorrecto *ab initio*. Y ello, no solo por lo dicho sobre la interpretación de que las sedes parlamentarias son poseedoras únicamente de una especial carga simbólica, interpretación a la que me adhiero, sino también porque considero que se produce un efecto desalentador sobre el ejercicio de estos derechos frente a dichas sedes, así como también considero que, de haberse realizado un profundo juicio de proporcionalidad de la medida, se habría llegado a una conclusión contraria.

El Tribunal continúa el análisis del artículo 36.2 LOPSC, afirmando que el mismo contiene una medida que considera idónea para los fines legítimos que persigue, incluso *“cuando la referida conducta tiene lugar sin estar reunidos los órganos parlamentarios”*, así como que

también defiende que se trata de una medida eficaz para alcanzar dichos fines —a saber, los de “*normal funcionamiento de las Cortes y preservación de su especial significación institucional*”—. Me remito una vez más a lo dicho anteriormente, y es que el hecho de que el Tribunal considere que la medida es idónea, incluso estando vacías las sedes parlamentarias, es porque a éstas se las está considerando un símbolo en sentido estricto y de ahí se deriva esta especial protección por parte del Tribunal.

La sentencia cuenta con el voto particular formulado por la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, la cual presenta sus diferencias —entre otras— en relación con la posibilidad de manifestarse delante de las Cámaras legislativas.

Para la Magistrada, el lugar donde se realiza una protesta forma parte del debate político. Así, afirma que “*manifestarse en las Cortes, en los Parlamentos o en las sedes gubernamentales, también forma parte del diálogo político que, si es pacífico y sin el recurso a la violencia, estaría dentro del contenido del art. 21 CE*”.

Hay que tener en cuenta, como así recuerda la Magistrada, que las manifestaciones delante de las sedes parlamentarias también tienen como objeto la expresión de “*la desconexión sentida entre quienes son titulares de esa soberanía, y quienes toman decisiones en su nombre y representación*”. Y continúa afirmando que “*el espacio simbólico, en este caso, forma parte del discurso político de forma clara, y más si tenemos en cuenta que, existiendo dos tipos penales específicos para salvaguardar la inviolabilidad colectiva de las Cámaras (los arts. 494, 495 y 498 CP), la inclusión del art. 36.2 LOPSC no está justificada*”.

Para la Magistrada, la clave de su desacuerdo con los miembros del Tribunal no es otra que el hecho de asociar el lugar de celebración de la manifestación con la cualificación de la infracción, pues esto “*exige que el juicio de constitucionalidad analice la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, no ya de la tipificación del hecho ilícito, sino de su calificación concreta*”.

Por tanto, la Magistrada considera que, en los casos en que la medida sea motivada, proporcionada y necesaria para alcanzar el fin perseguido —asegurar el normal funcionamiento de las instituciones parlamentarias—, la restricción del derecho de reunión sí podría estar justificada. Sin embargo, añade que esto “*no concurre cuando no existe actividad en el interior de las Cámaras*”. Y continúa diciendo, que “*el símbolo de la institución y el símbolo del ejercicio del derecho [...] tienen igual valor constitucional y no debiera priorizarse a uno sobre el otro [razón por la cual], resulta evidente la inconstitucionalidad del precepto impugnado cuando cualifica el comportamiento punible por el mero hecho de que se produzca ante las cámaras cerradas*”.

La Magistrada concluye este argumento con un argumento que considero muy importante para este trabajo, así, afirma que “*la preservación del símbolo no basta para justificar la restricción del derecho, porque la dignidad se predica de los seres humanos, titulares de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE) y no de las instituciones o de los edificios en que estas se albergan*”.

Con todo, considero que tanto la sentencia como el voto particular basan su argumentación en la consideración de las sedes parlamentarias como símbolos y, aunque lleguen a conclusiones diferentes, la posición de la que se debería haber partido es la de considerar a dichas sedes como poseedoras de una especial carga simbólica, sin más, pues éstas quedan suficientemente protegidas tanto por su carácter de inviolables expresado en la Constitución, como por la protección que ofrece el Código Penal en cuanto a su normal funcionamiento cuando éstas estén funcionando.

#### **D) La tutela constitucional**

Por lo que respecta a la protección del símbolo en sí, hemos visto como la constitución únicamente se refiere, por un lado, a la bandera de España y a las banderas de las Comunidades Autónomas y, por otro lado, a la Corona.

No obstante, la protección que la Constitución otorga a uno u otro símbolo no tiene el mismo alcance.

Así, la Constitución protege a la bandera nacional en su artículo 4 en lo relativo a su composición y a su utilización en edificios públicos y actos oficiales. Por tanto, es una protección básica, recibiendo una “*atención complementaria del legislador en aquello que no se deduce de la declaración del art. 4 CE*”<sup>41</sup>.

Sin embargo, para la Corona, la Constitución establece una regulación completa en su Título II, en la que se determina de forma clara su función simbólica y que, por tanto, “*no requiere de intervenciones posteriores*”<sup>42</sup> o complementarias por parte del legislador.

Pero, además, la Constitución no sólo les otorga una protección directa en cuanto símbolos que son, sino que los reviste de una especial protección por la ubicación que en su

---

<sup>41</sup> Belda, E., “*Elementos simbólicos de la Constitución ...*, cit., p. 2

<sup>42</sup> *Ibidem*.



texto les confiere, incluyendo a las banderas en su Título Preliminar y a la Corona en su Título Segundo, “dotados de una especial fortaleza [...] ante la reforma, según el art. 168 CE, y que da lugar a una protección que ha sido calificada como reforzada”<sup>43</sup>.

El carácter reforzado de este procedimiento de reforma especial se debe tanto a las mayorías exigidas en el Congreso y el Senado como a “la aprobación de la reforma por las Cortes previas y posteriores a la disolución de las Cámaras y convocatoria de elecciones, así como al referéndum preceptivo”<sup>44</sup>. Ha día de hoy nunca ha sido utilizado este procedimiento especial de reforma constitucional.

Ahora bien, en cuanto a la protección del “uso de la simbología”, nos situamos ante una cuestión que debe plantearse en el ámbito del derecho a la libertad de expresión y que, como Derecho Fundamental, se regula en el Título I.

Es evidente que los símbolos, más allá de su función de institucionalización, son interpretados de forma personal por cada individuo y que, por tanto, cada persona puede utilizarlos de formas diferentes en el ejercicio de su libertad de expresión. De este modo – como veremos posteriormente en el análisis de determinadas sentencias –, el uso de la simbología trae consigo una serie de conflictos que se presentan en el terreno del derecho a la libertad de expresión y que nos obligan a determinar sus posibles límites.

Por lo que respecta a las instituciones, la Constitución, ya en el preámbulo, se encarga de proclamar su voluntad de protegerlas: “proteger a todos los españoles [...] en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”. También incorpora otra particular forma de protección en el Título Tercero de las Cortes Generales, en relación con las “instituciones básicas del Estado”<sup>45</sup>.

En este sentido, la Constitución se ocupa de configurar determinadas instituciones, por ejemplo, en cuanto a su denominación, composición o funciones, o incluso en lo que

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>44</sup> Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, “Derecho Constitucional ...”, cit., p. 123.

<sup>45</sup> En relación con los Decretos-leyes dictados por el Gobierno en los casos de extraordinaria y urgente necesidad, los cuales, según establece en el artículo 86.1 CE, no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado.



sería su propia existencia, en lo que vendría a ser una protección formal mínima que en todo lo demás deja al legislador la potestad para su complementación.

Llama especialmente la atención la inviolabilidad de las Cortes Generales declarada por el artículo 66.3 CE, la cual “*garantiza la posición de las Cortes Generales como institución y le asegura una situación de tranquilidad institucional para el ejercicio de sus funciones*”<sup>46</sup>. Con ello, la Constitución lo que pretende es garantizar la independencia del Congreso y del Senado, protección que se incluye también a los diputados y senadores.

#### **IV. DELIMITACIÓN ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODIIO**

Hasta dónde puede llegar la libertad expresión no parece que sea una cuestión fácil de resolver, sobre todo a la luz de las experiencias vividas en los últimos tiempos, donde parece que el debate está más abierto que nunca.

El retroceso en la defensa de la libertad de expresión ha sido puesto de manifiesto desde diferentes sectores, no solo en la jurisprudencia, sino también en la doctrina o en organizaciones internacionales.

A este respecto, sirva como ejemplo la STC 177/2015, de 22 de julio, en la que “*se han sancionado como delitos de injurias meras críticas en el marco del discurso político, lo que ha dado lugar a reiteradas condenas a España por el Tribunal de Derechos Humanos*”<sup>47</sup>.

A la principal “fuerza” situada frente a la libertad de expresión –causante de su retroceso actual– se la conoce como “*discurso del odio*”, un concepto todavía impreciso e

---

<sup>46</sup> manualderechoconstitucional.es *Vid.* el texto en <https://manualderechoconstitucional.es/lesson/la-inviolabilidad-de-las-cortes-generales> (Consultado: 22/7/2022).

<sup>47</sup> Roig Torres, Margarita, “*Delimitación entre libertad de expresión y discurso del odio*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 14.

indeterminado que, a pesar de ello, se está utilizando como “*canon para poder ponderar el equilibrio entre la libertad de expresión y otros derechos que puedan verse afectados en su ejercicio*”<sup>48</sup>.

Por otro lado, el problema se acrecienta a la hora de diferenciar entre aquellas expresiones que son propiamente discurso del odio y lo que es un discurso odioso.

### **A) El discurso odioso**

El concepto de odio es definido por el DRAE como “*antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea*”<sup>49</sup>. Así, en términos literales podemos afirmar que un discurso de odio es simplemente una manifestación de antipatía sobre alguien al que se le desea un mal.

Sin embargo, como se ha adelantado, cuando nos referimos al “discurso del odio”, estamos ante un concepto jurídicamente ambiguo, de ahí la dificultad a la hora de discernir entre ellos cuando se plantea un caso concreto.

Tanto es así, que el TEDH llegó a afirmar que “*no existe una definición universalmente aceptada de la expresión ‘discurso del odio’*”<sup>50</sup>.

El mismo TEDH afirmó que “*La identificación de expresiones que podrían calificarse como ‘discurso del odio’ es, en ocasiones, difícil porque este tipo de discurso no se mantiene necesariamente a través de la expresión del odio o de las emociones. También puede ocultarse en afirmaciones que a primera vista pueden parecer racionales o normales*”<sup>51</sup>.

Para autores como Javier García Rodríguez, el discurso del odio está “*basado en burdas simplificaciones o exageraciones absurdas que normalmente son acompañadas de mentiras, calumnias y el doble rasero para juzgar los hechos, un discurso destinado a un público ávido de escándalo y que acaba por no cuestionar su contenido*”<sup>52</sup>. En realidad, está poniendo de manifiesto lo que es el discurso

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>49</sup> Diccionario de la Lengua Española de la RAE (Consultado el 27/05/2022).

<sup>50</sup> Coleman, Paul, “*La censura maquillada*”, Dykinson, Madrid, 2018, p. 28.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> García Rodríguez, Javier; “*El discurso de la discriminación y los delitos de odio*”, en la obra colectiva, Pérez Álvarez, Fernando (Dir.), *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, 1ª ed., Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2016, p. 661.

odioso y la base en la que se sustenta el origen del discurso del odio, el cual no siempre se materializará como tal.

Tras esta idea, en realidad se está señalando al discurso del odio como una herramienta de manipulación de personas que se basa en crear y propagar mensajes que apelan directamente a las emociones, sabiendo que así se podrá eludir más fácilmente todo control racional que permita analizar la información transmitida.

Por su parte, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa, en su recomendación general N.º 15, adoptada el 8 de diciembre de 2015, en Estrasburgo, ofrecía la siguiente definición:

*“El discurso de odio [...] debe entenderse como 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”.* En realidad –como luego veremos–, la definición precedente ofrecida por la ECRI, tal y como está redactada, apunta hacia el concepto de discurso odioso, que es una categoría más precisa.

Sobre estas definiciones, es posible confirmar la imprecisión del concepto aquí tratado y, por tanto, es comprensible que no solo no sea sencillo delimitarlo legal y jurisprudencialmente, sino que también es sencillo que pueda ser utilizado expresamente para tratar de debilitar el derecho a la libertad de expresión.

Si al final, por una hipersensibilidad de la sociedad, a toda expresión estridente o de desprecio hacia los símbolos se le otorga automáticamente el carácter de odio, lo que se pone en riesgo es la verdadera libertad de expresión, avanzando cada vez más hacia una sociedad intolerante<sup>53</sup>.

Por otro lado, es evidente que el discurso odioso es ajeno al tipo penal, de manera que, si determinadas expresiones hirientes o desabridas, por muy molestan que sean, no

---

<sup>53</sup> Cfr. Teruel Lozano, German M., “Discursos odiosos, que no del odio”. En <https://agendapublica.elpais.com/noticia/15495/discursos-odiosos-no-odio> (Consultado: 22/7/2022).

encajan en la tipificación establecida en el CP para los delitos de odio, no estaremos ante el discurso del odio. “Y es que en un sistema democrático y, por tanto, plural, ser racista, machista u homófobo [...] supone un grave problema personal [...], pero en principio, la exteriorización de esos prejuicios y maldades está amparada por la libertad de expresión”<sup>54</sup>.

Por lo que respecta a los sujetos que son objeto de las expresiones desabridas, ya sea en el caso del discurso odioso como en el caso del discurso de odio y, en relación con el presente trabajo, las expresiones deben ir dirigidas siempre contra determinados sujetos especiales. En nuestro caso, estos sujetos no pueden ser más que los símbolos constitucionales –la Corona y la bandera nacional o banderas autonómicas– y a aquellas instituciones a las que otorga protección el legislador –Cortes Generales, Gobierno de la Nación, los Ejércitos, entre otras– y siempre que la injuria se dirija contra la institución en sí o contra sus representantes en el ejercicio del cargo.

## **B) El discurso del odio**

El llamado discurso del odio –acuñado por primera vez por el TS de Estados Unidos como *hate speech*– “hace referencia a aquellas expresiones, en cualquier formato, dirigidas contra grupos humanos que han sido históricamente discriminados por motivos de género, orientación sexual, etnia, religión o cualquier otra circunstancia personal o social, y que, además, constituyen minorías tradicionalmente excluidas socialmente”<sup>55</sup>.

Al utilizar la expresión de “delitos de odio” estamos dando a entender que odiar está prohibido y castigado penalmente. Nada más lejos de la realidad.

“El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia”<sup>56</sup>. Lo que persigue el derecho penal son las expresiones que constituyan injurias o que supongan

---

<sup>54</sup> presnolinera.wordpress.com *Vid.* texto en <https://presnolinera.wordpress.com/2017/01/26/discursos-del-odio-o-discursos-odiosos/> (Consultado: 22/7/2022).

<sup>55</sup> Valero Heredia, A., “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 110, 2017, p. 307.

<sup>56</sup> *Vid.*, STS 4/2017, de 18 de enero.

incitación a la violencia o la discriminación, eso sí, siempre y cuando los hechos probados encajen en el tipo penal<sup>57</sup>.

Con esta terminología –de origen anglosajón (*bates crimes*)– “*se designan todos los ilícitos en los que la víctima es elegida por su pertenencia a un determinado grupo o colectivo y que responden a motivos de intolerancia*”<sup>58</sup>.

También se ha dicho, en un sentido amplio, que el delito de odio es “*toda manifestación de intolerancia que pudiera venir precedida o sucedida de una acción*”<sup>59</sup>.

En realidad, es un concepto más amplio que el de discurso del odio, puesto que va más allá de la libertad de expresión, incluyendo también a aquellos delitos en los que se ataca el principio de igualdad de trato<sup>60</sup>. Dicho en otros términos, al menos en España, el discurso de odio forma parte de una categoría superior que sería la de delitos de odio.

El Código Penal español se ocupa de la regulación de este tipo de delitos en los artículos 510, 510 bis y 515.4º, comprendidos en el Capítulo IV “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”.

Además, el artículo 22.4 CP contempla una agravante por motivos de discriminación que permite que determinadas conductas puedan considerarse como “delitos de odio”. En concreto el artículo establece como agravante el hecho de “*cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad*”.

De acuerdo con el II Plan de acción de lucha contra los delitos de odio 2022-2024 elaborado por el Ministerio del Interior para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado,

---

<sup>57</sup> presnolinera.wordpress.com *Vid.* texto en <https://presnolinera.wordpress.com/2017/01/26/discursos-del-odio-o-discursos-odiosos/> (Consultado: 22/7/2022).

<sup>58</sup> Roig Torres, Margarita, “*Delimitación entre libertad...*”, cit., p. 24.

<sup>59</sup> García Rodríguez, Javier, “*El discurso de la discriminación y los delitos...*”, cit., p. 666.

<sup>60</sup> Roig Torres, Margarita, “*Delimitación entre libertad...*”, cit., p. 24.

los delitos de odio son aquellos “*delitos de prejuicio cometidos contra una determinada persona por poseer o presentar ciertas características, reales o percibidas, recogidas en nuestra normativa y que no solo atacan a la propia víctima del hecho delictivo, sino que también buscan influir en el conjunto del colectivo con el que la víctima se identifica, generando sentimientos de miedo e inseguridad y que, a su vez, amenazan de forma directa la seguridad y la propia convivencia de la sociedad en general*”.

A mi juicio, esta interpretación en relación sobre quién o quiénes deben ser las víctimas de los delitos de odio, bien ya sea un individuo o bien un grupo, se erige como la opción más adecuada ya que permite solucionar la polémica al respecto, y es asimismo la que mejor encaje presenta por los fines que persigue al tratarse de una definición omnicomprensiva.



## **SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL USO DE LA SIMBOLOGÍA INSTITUCIONAL**

### **I. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DISCURSO DEL ODIO**

#### **A) Evolución de la jurisprudencia del TEDH**

La diferenciación entre los conceptos de discurso del odio y discurso odioso realizada por el TEDH se ha ido definiendo con ocasión de los diferentes casos a los que ha tenido que dar respuesta. Como ahora veremos, su jurisprudencia ha ido ampliando el concepto de discurso del odio con el paso del tiempo.

Hay que advertir que la ampliación del concepto de discurso del odio que realiza el TEDH no es en base a cambiar su criterio, es decir, no ha sido porque una expresión fuera considerada en un primer momento como discurso odioso y posteriormente esa misma expresión se haya calificado como discurso del odio. Lo que estamos apuntando es que el TEDH ha elaborado una distinción entre ambos conceptos, es decir, a partir de una delimitación, con motivo de los casos concretos que ha resuelto, partiendo de una definición abierta.

Como veremos a modo de ejemplo, en las sentencias que se mencionan a continuación, el TEDH acude a los requisitos del artículo 10.2 CEDH para analizar si un Estado ha vulnerado la libertad de expresión. Estos requisitos son la necesidad de que la limitación esté prevista por ley, que ésta responda a un fin legítimo de los mencionados en el artículo –seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, etc.– y que se trate de una limitación necesaria en una sociedad democrática. Si se cumplen los tres, entonces la actuación del Estado no ha supuesto una vulneración de la libertad de expresión y estaríamos dentro del margen del que disponen los Estados para restringir la libertad de expresión.

Inicialmente, la delimitación del discurso del odio por parte del TEDH se realizó aludiendo a la incitación a la violencia, figura a la que posteriormente se han ido uniendo

otras expresiones que inciten al odio, la hostilidad, la discriminación y las que atentan contra el honor de grupos por motivos de intolerancia.

Así, en el caso *Erdogdu and Ince v. Turkey* de 8 de julio de 1999, el Tribunal, tras comprobar que se cumplían los requisitos del artículo 10.2 CEDH, dio la razón a los recurrentes, en contra del gobierno de Turquía, y alegó que en el supuesto enjuiciado no se había incitado a la violencia. Si bien, el Tribunal no llega a definir en que consiste la incitación a la violencia.

En el caso *Sürkey v. Turkey*, de 8 de julio de 1999, con motivo de unos hechos relacionados con el discurso del odio, el Tribunal confirmó la condena impuesta por el Estado al señalar que en esta ocasión si concurrían los requisitos contemplados por el artículo 10.2 CEDH. En concreto, el Tribunal argumentó que “*si bien es cierto que el demandante no se unió a las ideas, proporcionó una vía para avivar la violencia y el odio*”. Por tanto, en este caso el Tribunal lo que condena en realidad no es exclusivamente la incitación al odio, sino la incitación a la violencia.

En estas sentencias, entre otras, el TEDH pone de relieve como primer límite a la libertad de expresión aquellas expresiones que incitan a la violencia dentro del discurso del odio.

Sin embargo, en sentencias posteriores, el TEDH ha ido ampliando la base del concepto del discurso del odio, yendo más allá de la incitación a la violencia e incluyendo en la categoría de discurso del odio “*las expresiones que incitan al odio, la hostilidad o la discriminación y las que atentan contra el honor, de grupos o de sus miembros por razones de intolerancia*”<sup>61</sup>. Y, además, resulta sorprendente que el TEDH haya matizado que el discurso del odio “*no requiere la inducción a actos violentos o delictivos*”<sup>62</sup>. Por tanto, el TEDH está distinguiendo entre incitación a la violencia e incitación al odio como clases distintas dentro de una misma categoría, la de discurso del odio.

Así, en el caso *Garaudy v. France*, de 24 de junio de 2003, el TEDH sostuvo que la negación del Holocausto constituye un límite a la libertad de expresión, ya que “*a su juicio ese*

---

<sup>61</sup> Roig Torres, Margarita, “*Delimitación entre libertad...*”, cit., p. 46.

<sup>62</sup> *Ibidem*.



*hecho supone siempre una grave difamación racial y una incitación al odio contra los judíos*<sup>63</sup>. Sin embargo, la vía que utiliza aquí el TEDH para resolver no es la de comprobación y análisis de los requisitos del artículo 10.2 CEDH —como en las sentencias precedentes—, sino que utiliza la vía de la aplicación del artículo 17 CEDH por medio de la cual no se permite el abuso de derecho. La solución en este supuesto que ofrece el TEDH es la inadmisión de la demanda, a la cual el TEDH acudirá siempre que considere que no se respetan los valores del CEDH.

En realidad, el TEDH al resolver de esta manera está admitiendo directamente que el discurso del odio no tiene por qué ir de la mano de la incitación a la violencia. Es decir, diferencia ambos conceptos y, como hemos dicho, siendo la incitación a la violencia una clase dentro de la categoría de discurso del odio. No obstante, esta postura adoptada por el TEDH no debe confundirnos, puesto que se trata de un caso especial, y es que el TEDH tiene muy presente el contexto histórico del Estado en el que los hechos se han producido, pudiendo incluso dar lugar a resoluciones diferentes ante hechos similares en función de dicho contexto.

Una nueva ampliación del concepto del discurso del odio llegó con el caso *Gündüz v. Turkey*, de 4 de diciembre de 2003. En esta ocasión, el TEDH viene a destacar que *“la tolerancia y el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen los fundamentos de una sociedad democrática y pluralista [y por ello] en determinadas sociedades democráticas puede considerarse necesario sancionar o incluso impedir toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)”*<sup>64</sup>.

En este momento es cuando aparece de forma más clara el concepto de incitación al odio, que como vemos, consiste en llevar a cabo expresiones basadas en motivos de intolerancia y que supongan una ofensa a la dignidad humana. Solo cuando se materializan estas dos condiciones, la ofensa al valor dignidad y los motivos de intolerancia, es cuando estamos ante la figura del discurso del odio.

Resulta interesante también el caso *Féret v. Belgium* de 16 de julio de 2009, en la que el TEDH señala que *“la incitación al odio no necesariamente requiere un acto de violencia y otro acto delictivo”*. Los hechos del caso tenían que ver con publicidad de carácter discriminatorio por

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>64</sup> Fundamento Jurídico 40.

motivo de raza, color o etnia y, en este sentido, el Tribunal consideró que el discurso publicitario era una muestra del discurso del odio.

En el mismo sentido se plantea la sentencia del TEDH en el caso *Vejdeland and others v. Sweden*, de 9 de febrero de 2012, pero en esta ocasión, ante un asunto de incitación al odio por motivos de orientación sexual. En el fundamento jurídico 46 dice el TEDH que “*las restricciones a la libertad de expresión deben permitirse en los supuestos en que el objetivo del discurso sea degradar, insultar o incitar al odio contra personas o una clase de personas en razón de su orientación sexual*”. En definitiva, vuelve a diferenciar entre la incitación a la violencia y la incitación al odio.

Son muchas las sentencias del TEDH las que han ido perfilando con el paso del tiempo el discurso del odio y que, como hemos podido señalar, han ido añadiendo figuras como las de la discriminación, la ofensa al honor y la incitación al odio o a la violencia.

La consecuencia de esto implica que cuando el TEDH considere que se han materializado estas figuras, se estará ante el discurso del odio y, por tanto, ante una intromisión a la libertad de expresión.

## **B) Evolución de la jurisprudencia del TC español**

Con carácter general, el TC ha ido perfilando el concepto del discurso del odio de manera similar al TEDH, partiendo inicialmente de los presupuestos de la incitación a la violencia para después ir ampliando el concepto.

No obstante, existe una diferencia importante entre ambos Tribunales y es que el TC español, a diferencia del TEDH, no establece como límite a la libertad de expresión la negación de hechos históricos<sup>65</sup>.

Hecha esta precisión, en la que se advierte que el concepto de discurso del odio es más amplio por parte del TC que por parte del TEDH, veamos cuándo ha sido apreciado el discurso del odio por este Tribunal.

---

<sup>65</sup> Cfr. el texto de Roig Torres, Margarita, “*Delimitación entre libertad...*”, cit., p. 63.

En la STC –Pleno– 177/2015, de 22 de julio de 2015, el Tribunal tiene ocasión de analizar el caso en el que los recurrentes han sido condenados por un delito de injurias a la Corona por quemar una fotografía de los Reyes de España.

Es interesante destacar que el Tribunal resalta que en aquellos casos en los que “*trasluce ultraje o vejación*” en el ejercicio de la libertad de expresión, las críticas realizadas no serán objeto de protección constitucional, siempre y cuando se lleven a cabo expresiones que no consistan en una incitación a la violencia o al odio. Por tanto, aquí el TC, y en la línea del TEDH, diferencia entre la incitación a la violencia y la incitación al odio, siendo posible, por tanto, que las expresiones ultrajantes o vejatorias puedan formar parte del concepto de discurso del odio bien por apreciarse incitación al odio, o bien por apreciarse incitación a la violencia, o incluso por apreciarse ambas. En cualquier caso, se deberá atender al contexto en el que se producen los hechos para dilucidar la categoría que se ha materializado.

No obstante, en esta sentencia, tras una argumentación tangencial, el Tribunal termina por concluir que los hechos enjuiciados quedan fuera de la protección legítima del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y, lo hace argumentando que la solución pasa por basarse en los motivos de “*exclusión de quienes los recurrentes identifican con la Corona*”. El TC se está refiriendo a los motivos que persiguen los recurrentes con aquellas expresiones y que para el TC son los de exclusión de la vida política e incluso a la eliminación física de quienes representan a la Corona.

En definitiva, viene a confirmar que la quema de la fotografía de los Reyes, tal y como se produjo, forma parte del discurso del odio, aunque no hubiera uso de violencia, pero si se produjo su inducción. Aquí, por tanto, el TC reconoce nuevamente la distinción entre la incitación al odio y la incitación a la violencia, dado que aquí condena simplemente por incitación al odio.

A mi juicio, importa subrayar la aplicación por parte del TC de la categoría de discurso del odio a un grupo de personas, los miembros que forman parte y representan a la Corona, que evidentemente no constituyen un colectivo desprotegido o una minoría discriminada, de manera que se identifica el rechazo a la Corona como forma política del Estado como si fuera un motivo de intolerancia basando en la ideología de sus miembros.

En la STC 112/2016, de 20 de junio, el Tribunal materializa la ampliación del discurso del odio al incluir bajo este concepto las expresiones que fomentan la intolerancia y el odio. La sentencia tiene lugar como consecuencia de una condena por delito de enaltecimiento del

terrorismo, en la cual, el Tribunal concluye que en los hechos enjuiciados se apreciaba no solo incitación a la violencia, sino que, además, "*fue una expresión de odio basado en la intolerancia*".

Por tanto, el Tribunal viene a considerar que la simple expresión de odio por motivos de intolerancia constituye en sí misma parte del discurso del odio, sin necesidad de que se incite a la violencia. Se trata, en definitiva, de "*expresiones que promueven el odio y la intolerancia frente a determinados grupos, tanto si propician acciones violentas como si no*"<sup>66</sup>, por tanto, evoluciona en la misma línea que el TEDH en cuanto a esta apreciación.

En sentencias posteriores el Tribunal ha ido delimitando el discurso del odio, pero siempre en atención a los hechos concretos, de modo que nunca ha elaborado una definición completa, abstracta, del concepto de discurso del odio.

La consecuencia de lo anterior es que nos encontramos ante un concepto complejo y altamente ambiguo como señalábamos en apartados previos.

Por esta razón, el propio Tribunal se ha encontrado ante dos tipos de vicisitudes evidentes. Por un lado, la diferente interpretación del discurso del odio entre sus propios miembros y que ha dado lugar a la formulación de interesantes votos particulares y, por otro lado, las diferencias de interpretación con respecto al TEDH, el cual, ha llegado a sancionar a España en diversas ocasiones por considerar vulnerado el artículo 10 del CEDH por sus autoridades.

## II. DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES

Una vez que hemos conocido la opinión jurídica tanto del TC como del TEDH respecto de lo que es discurso del odio y de lo que no lo es, vamos a adentrarnos en algunas sentencias emblemáticas de estos Tribunales.

Lo que se pretende ahora es contrastar la solución ofrecida por cada Tribunal y analizar las diferencias de criterio que surjan en función de los parámetros de interpretación con los que cuenta cada instancia.

---

<sup>66</sup> Roig Torres, Margarita, "*Delimitación entre libertad...*", cit., p. 83.

Cuando dicho contraste no sea posible, por estar pendiente todavía la resolución del TEDH, se elaborará una crítica personal sobre la sentencia del TC utilizando los parámetros de análisis del TEDH y que se han desarrollado anteriormente. El tiempo nos dirá si nuestro análisis fue correcto o equivocado.

En cuanto a las sentencias a analizar, todas las que han sido elegidas están conectadas con una supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión por motivo de injurias o ultrajes a la simbología institucional.

Finalmente, y por la importancia mediática que han tenido, comentaremos algunas de las más recientes sentencias del Tribunal Supremo español, con el objetivo de conocer el sentido de su interpretación y su (des)encaje con la doctrina del TC y del TEDH.

### **A) Sentencias emblemáticas del TC y del TEDH**

1. Contraste entre la sentencia del TC 65/2015, de 13 de abril de 2015 y la sentencia del TEDH del caso Benítez Moriana e Iñigo Fernández c. España, de 9 de marzo de 2021

a) STC 65/2015, de 13 de abril de 2015

En esta sentencia los recurrentes acuden en amparo ante el TC contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Teruel, por la que fueron condenados por un delito de injurias graves con publicidad, cuya condena fue confirmada por la Sentencia de 29 de enero de 2013 de la Audiencia Provincial de Teruel, por una supuesta vulneración de las libertades de expresión e información.

Los hechos consistieron en la publicación de una carta en el “Diario de Teruel”, en la que los recurrentes en amparo, en su condición de portavoces de una asociación, se dirigieron contra la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Teruel, con motivo del fallo emitido en una de sus sentencias y, por la que los recurrentes mostraron su disconformidad con la resolución y por la que desacreditaron a la Magistrada-Juez con afirmaciones tales como *“usted representa a un poder, pero no a la justicia”*, entre otras muchas.

La condena de los ahora recurrentes, como autores de un delito de injurias graves hechas con publicidad de los artículos 208, 209 y 211 y siguientes del CP, consistió en una

pena de multa de diez meses y a la publicación de la Sentencia a su cargo en el “Diario de Teruel”, a lo que se añadió una indemnización económica para la Magistrada-Juez.

Los recurrentes invocan que han sido vulneradas sus libertades de expresión y de información, señalando que la relevancia constitucional del asunto se basa en el conflicto entre sus derechos fundamentales como portavoces de una asociación ciudadana y el derecho al honor de un magistrado-juez. Además, centran su defensa en argumentar que *“el hecho de que haya resultado molesta, incómoda o incluso irritante a la Juez denunciante no la convierte en ataque a su derecho al honor y menos aún en constitutiva de ilícito penal”*.

El TC empieza su argumentación analizando si han de intervenir las libertades invocadas por los recurrentes, la libertad de expresión y la libertad de información y, termina concluyendo que en este caso lo que se ha ejercido, legítimamente o no, es únicamente la libertad de expresión, conclusión que alcanza en su FJ 2, recordando que *“la libertad de expresión tiene su campo de proyección más propio en la manifestación de valoraciones o juicios que, es evidente quedan al margen de toda confirmación o desmentido fácticos”*. Así, afirma la sentencia que *“aunque la carta pública [...] no deja de mostrar un cierto carácter informativo [...], es indudable que ese alcance es en ella del todo marginal”*. La importancia de dicha conclusión tiene que ver con los diferentes límites constitucionales a los que está sometida cada una de estas libertades.

El Tribunal continúa realizando una serie de precisiones importantes, resaltando que las resoluciones judiciales si pueden ser objeto de crítica pública, incluso cuando la crítica utilice un tono áspero, pues lo que se persigue con ello es la formación de una opinión pública libre.

Sin embargo, dicha posibilidad de crítica no es irrestricta y especialmente cuando se dirige contra un Juez, por cuanto éste *“carece [...] de la misma capacidad de réplica personal”* en comparación con otras autoridades, como por ejemplo en el caso de los políticos. Además, hay que considerar que las críticas no afectan únicamente el honor profesional, sino que se cuestiona también la confianza en la justicia.

Con todo, el Tribunal considera que los hechos enjuiciados no consisten en una crítica general hacia el Poder Judicial, sino que se trata de un carta en la que se señala expresamente a una Magistrada y a la que se le acusa directamente de falta de parcialidad y de profesionalidad, acusaciones muy graves para el Tribunal, que al no quedar justificadas de ninguna manera, considera que no pueden ser admisibles por cuanto dañan el honor profesional del juez a la vez que dañan la confianza en la justicia.

En este caso el tribunal se ha centrado en la acusación de parcialidad dirigida contra la Magistrada como principal motivo de denegación del amparo a los recurrentes. Así, en el FJ 5 llega a decir que *“las resoluciones judiciales son [...] plenamente susceptibles de crítica [...] pero lo que la Constitución no protege es la censura a esas resoluciones o a sus autores que parta exclusivamente [...], ya de la reprobación ad personam, sin razón atendible, de quienes las dictaron, ya de premisas argumentales [...] que no consienten, en manera alguna, concluir en reproche tan severo como el de parcialidad”*.

No comparto este criterio utilizado por el Tribunal, pues a mi parecer, la imparcialidad del Juez o la falta de la misma, constituye precisamente una de las críticas a las que más atención deberían prestar los ciudadanos en lo que respecta al ejercicio de su control del Poder Judicial. Además, resulta también llamativo que el Tribunal preste tanta importancia a dicha acusación sabiendo como sabía que, en la carta publicada por los recurrentes en la que se realizaba la crítica, éstos habían dicho acatar la Sentencia dictada. Por todo ello, considero que si se vulneró su libertad de expresión.

Por lo que respecta a los votos particulares que acompañan a esta sentencia, uno de ellos es el formulado por el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, quien considera que la conducta enjuiciada sí forma parte del derecho a la libertad de expresión.

A juicio del Magistrado, de la sentencia se deduce que los miembros del Poder Judicial gozarían de una mayor protección frente a la crítica como miembros de un poder público, contraviniendo así la propia doctrina del TC en la que se defiende precisamente lo contrario, es decir, que los poderes públicos y los cargos que los representan quedan sometidos a una crítica más intensa en una sociedad democrática.

Por otro lado, el Magistrado descarta también en su FJ 3 que las acusaciones de parcialidad realizadas sobre la Juez puedan considerarse como vejatorias. Y a mi parecer así debiera de considerarse, ya que no se debería de banalizar el concepto de vejación, pues la acusación de parcialidad no atenta contra la dignidad profesional del juzgador.

Por tanto, concluye que los recurrentes ejercieron adecuadamente su derecho a la libertad de expresión y que no debió aplicarse sanción penal.

El otro voto particular viene de la mano del Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, quien entiende que también debió estimarse el recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad de expresión.

Para este Magistrado, la sentencia sólo ha tenido en cuenta los derechos subjetivos en conflicto, a saber, la libertad de expresión y el derecho al honor, de manera que se ha obviado el pertinente análisis de *“la legitimidad constitucional de la reacción penal del Estado para la protección del derecho al honor”*.

Apunta a continuación que, como consecuencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, los órganos judiciales tienen que evitar provocar el efecto desalentador sobre el ejercicio de los mismos, y ello incluso cuando *“puedan apreciarse excesos en el ejercicio del derecho fundamental [y] éstos no alcanzan a desnaturalizarlo o desfigurarlo”*.

En este sentido, destaca en su FJ 2 la imperatividad de llevar a cabo un juicio constitucional de necesidad y de proporcionalidad, que a su entender ha sido omitido en la sentencia y, que de haberse realizado, se habría llegado a la conclusión de que *“la conducta enjuiciada estaba dentro del ámbito objetivo de protección del derecho a la libertad de expresión, por lo que resultaba prevalente sobre el derecho al honor”*, incluso añade que *“la apreciación de un eventual exceso en su ejercicio, puesto en relación con la incidencia en el derecho al honor, no hacía necesaria ni justificaba una respuesta penal”*. Ciertamente considero que no se ha tenido en cuenta la doctrina del efecto desalentador para el ejercicio de los derechos fundamentales.

En cuanto a la prevalencia de la libertad de expresión defendida en la sentencia, argumentación apoyada en la STEDH de 24 de febrero de 1997, caso *De Haes y Gijssels C. Bélgica*, el magistrado resalta las matizaciones que, a su juicio, la sentencia no ha considerado; por una parte, señala que la mayor protección de los jueces con respecto a otros cargos públicos, queda restringida a los meros *“ataques destructivos carentes de cualquier base fáctica”*; y por otra parte, afirma que el ejercicio de ponderación a realizar sobre el respeto al honor es el mismo independientemente del tipo de cargo público. Personalmente considero que no puede ser de otra manera, puesto que no existe una motivación verdaderamente intensa como para sostener que deben distinguirse diferentes grados de crítica dentro de los cargos públicos.

Con respecto a lo argumentado sobre la dificultad de réplica de los jueces y magistrados, si bien es cierto, el magistrado entiende que ello no puede ser utilizado como argumento válido y recuerda que existen mecanismos legales previstos que garantizan la facultad de defensa de jueces y magistrados.

Para el Magistrado, supone también un contrasentido el argumento utilizado en la sentencia de que la acusación de parcialidad sea considerada como una injerencia al derecho



al honor de la Juez-Magistrada. De ser eso así, afirma el Magistrado, no sería posible criticar ninguna resolución judicial, pues qué sentido tendría hacerlo si no se apreciara ni falta de parcialidad ni falta de competencia. Ello, por tanto, estaría dando lugar a la producción de un efecto disuasorio con respecto al derecho a la libertad de expresión.

Por último, considera injustificado que los hechos enjuiciados sean merecedores de una respuesta penal, ya que ésta no resulta ni justificada ni proporcionada. Por mi parte, y en la línea de esta defensa, creo que los hechos enjuiciados no vulneraron el honor de la Magistrada y, en cualquier caso, existen otras alternativas al derecho penal a las que acudir previamente.

b) STEDH del caso Benítez Moriana e Iñigo Fernández c. España, de 9 de marzo de 2021

El asunto tiene como origen la STC 65/2015, de 13 de abril de 2015 –sentencia adoptaba por mayoría de cuatro jueces de la Sala Primera del TC, contando con dos votos particulares disidentes– por la que se desestimó el amparo solicitado por los recurrentes, que recordemos, trataba sobre la presunta violación del derecho de los recurrentes a la libertad de expresión con motivo de una condena penal por criticar públicamente el trabajo de una juez en los procesos que les afectan.

Ante la disconformidad con la mencionada sentencia, los implicados interpusieron demanda ante el TEDH, el cual decide –por cinco votos contras dos– que ha habido una violación del artículo 10 del CEDH. Vemos qué interpretación realiza el TEDH y en que fundamenta su opinión, que es contraria a la del TC español.

El Tribunal, pone de relieve, en primer lugar, que las partes han estado de acuerdo en considerar que la respuesta penal supuso una injerencia en el derecho a la libertad de expresión y señala que así lo considera también.

A continuación, el Tribunal se detiene en los motivos de justificación de la injerencia y, para ello, simplemente se ocupa de verificar si se ha cumplido con los requisitos establecidos por el artículo 10.2 del CEDH.

Así, el Tribunal no tiene dudas en cuanto al cumplimiento de los requisitos de prescripción por la ley y de persecución de un fin legítimo de los previstos por el Convenio.

Pero en cambio, con respecto al tercero de los requisitos, el de necesidad en una sociedad democrática, el Tribunal recuerda que debe analizar si existió una *“apremiante necesidad social”*.

El Tribunal recuerda su doctrina por la que afirma que los jueces *“deben estar protegidos frente a ataques destructivos carentes de fundamento”*, lo que se ha apuntalado no solo por su función dentro del Estado de Derecho sino también por el *deber de reserva* al que están sometidos y que les impide responder.

También viene a señalar el alto grado de protección que ostenta la libertad de expresión cuando ésta tiene lugar en asuntos de interés público. Así, en su apartado 48 afirma que *“el grado de hostilidad y la potencial gravedad de ciertos comentarios no impiden el derecho a un elevado nivel de protección de la libertad de expresión, en vista de la existencia de un asunto de interés público”*, recordando eso sí, que la excepción a lo anterior viene impuesta por los *“ataques gravemente perjudiciales que carezcan básicamente de fundamento”*.

Precisamente, por ser expresiones inocuas o de escasa gravedad en relación con un tema de interés público y dirigidas contra un cargo público en el ejercicio de su deber, considero que no se debió de condenar a los recurrentes.

En cuanto al análisis de la proporcionalidad de la sanción penal, el Tribunal considera que el hecho de que la pena impuesta haya consistido en una multa –relativamente moderada– no sirve como argumento válido para defender que no hay riesgo de provocar un efecto disuasorio en el ejercicio de la libertad de expresión. Mas apropiado sería a su entender, la moderación de las autoridades a la hora de acudir a la vía penal. En este sentido, como he mencionado al comentar la sentencia del TC, existen otras alternativas a la vía penal que los Estados deben considerar previamente con la intención de evitar el efecto desalentador en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Por lo que respecta a la contribución al debate de interés público, para el Tribunal no cabe duda de que se trata de un asunto de interés general y en este sentido, equipara la función de una asociación en asuntos de esta naturaleza con el papel de la prensa, en cuanto a sus funciones de vigilancia sobre asuntos de interés general. Por tanto, afirma el Tribunal que al proceder en este caso un mayor nivel de protección de la libertad de expresión, las autoridades disponían de menor margen de actuación.

Sigue en su argumentación el Tribunal con el análisis de las expresiones realizadas por los recurrentes contra la Juez-Magistrado. El Tribunal considera que éstas forman parte

de juicios de valor con suficiente fundamento fáctico y que por tanto se trata de críticas que un juez puede esperar recibir por realizar sus funciones.

A mi juicio, creo que esta última matización –presente tanto en la jurisprudencia del TC como del TEDH– es innecesaria. Me refiero a la exigencia de relación entre las expresiones realizadas y el asunto criticado, puesto que, si existe relación es porque ésta se ha producido en el ámbito del ejercicio de un deber, pero, si no ha sido así, es decir, si las expresiones han sido “gratuitas”, también estamos ante el ámbito de la libertad de expresión, pero habrá que determinar si “colisiona” con algún otro derecho, por ejemplo, el derecho al honor, por tratarse de expresiones graves o si por el contrario no se produce tal “colisión” por tratarse de expresiones inocuas.

Por otro lado, en cuanto a la sanción impuesta, el Tribunal considera que por leve que sea y, en relación con el presente caso, la considera desproporcionada en cuanto al fin perseguido, señalando además que las mismas provocan un efecto disuasorio. Vemos aquí como la mayoría del Tribunal coincide con los votos particulares de la sentencia del TC.

Finalmente, el Tribunal concluye declarando que se ha producido la vulneración del artículo 10 del CEDH.

Como hemos podido advertir, el principal motivo diferenciador con respecto a la sentencia del TC, se encuentra en la interpretación que realiza cada Tribunal sobre la gravedad de la acusación de parcialidad de la Juez-Magistrada. Así, para el TC dicha acusación suponía una “denigración gratuita”, mientras que para el TEDH se trata de juicios de valor que “*reflejan una valoración global de la conducta de la jueza*” y que es perfectamente esperable que pueda realizarse.

Con todo, esta sentencia del TEDH presenta el voto discrepante formulado por los jueces Elósegui y Serghides, los cuales discrepan del acuerdo de la mayoría y consideran que no se vulneró el artículo 10 del CEDH.

En concreto, consideran que no se analizó el contexto completo del asunto, de modo que el Tribunal no pudo ver que las expresiones contenidas en la carta y dirigidas contra la Juez-Magistrada poco o nada de base fáctica tenían, especialmente porque ambos jueces consideran que la carta no tenía relación con el procedimiento judicial y que el verdadero motivo de la misma respondía a cuestiones emocionales y personales –no aducidas por el Tribunal por la limitación contextual del asunto–.

En este voto particular, podemos ver de nuevo la exigencia de relación entre las expresiones realizadas y el asunto criticado. El criterio de estos jueces es que las expresiones contenidas en la carta nada tenían que ver con el proceso, es decir, entiende que eran totalmente gratuitas y, por ello, consideran que los recurrentes se excedieron en el ejercicio de su libertad de expresión.

Mi criterio sobre este asunto ya ha sido explicado y reitero que no me parece un criterio válido para limitar el derecho a la libertad de expresión el hecho de la exigencia de dicha relación.

Continúan su argumentación señalando que no puede servir el artículo 10 del CEDH para proteger la calumnia o la difamación, lo que en modo alguno contribuye al pluralismo o a la democracia.

Por todo lo demás, ambos jueces consideraron que los tribunales nacionales realizaron una correcta ponderación de los derechos en conflicto y que en ningún caso la pena impuesta puede ser tachada de desproporcionada.

2. Contraste entre la sentencia del TC 177/2015, de 22 de julio de 2015 y la sentencia del TEDH del caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España, del 13 de marzo de 2018

- a) STC 177/2015, de 22 de julio de 2015

Los recurrentes en amparo fueron condenados por el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional a una pena de multa por un delito de injurias contra la Corona.

La sentencia empieza su argumentación recordando que la libertad de expresión contempla también aquellas expresiones “*que contrarían, chocan o inquietan al Estado*”, y recuerda también que cuando la libertad de expresión es ejercida por un representante político, la libertad de expresión adquiere en éste menores limitaciones, al permitírsele “*una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación*”<sup>67</sup>. Choca en esta sentencia, dictada tan solo dos meses después de la STC 65/2015, que el Tribunal resalte el más amplio margen de crítica que

---

<sup>67</sup> STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi c. España.

deben soportar los cargos públicos, lo que a mi parecer se contradice con lo dicho por este mismo Tribunal con respecto a los miembros del Poder Judicial en la citada sentencia en la que, recordemos, ha considerado como límite a la libertad de expresión el hecho de acusar de parcialidad a una Magistrada en el desarrollo del proceso judicial.

El Tribunal continúa su argumentación haciendo referencia a los límites existentes para todo derecho fundamental y, en este sentido, recuerda que uno de los límites establecidos por el propio Tribunal son “*las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas*”. En este punto me remito a lo ya expuesto en cuanto a mi punto de vista sobre la exigencia de la relación entre las expresiones injuriosas con el asunto que se critica.

Seguidamente, el Tribunal señala la necesidad de someter a ponderación los límites a la libertad de expresión, especialmente, como en el caso que nos ocupa, cuando en el presente contexto aparece el derecho al honor.

A la hora de analizar si la conducta enjuiciada –la quema de la fotografía de los Reyes– constituye o no reproche penal, el Tribunal realiza las siguientes puntualizaciones:

- Señala que la Corona es objeto de una protección jurídica reforzada por el hecho de estar regulada en el C.P. en el título XXI relativo a los delitos contra la Constitución. A mi parecer, esta interpretación no es adecuada. Entiendo que la ubicación de la regulación de un delito en un Título u otro del CP pueda servir de indicador de la especial importancia que el legislador ha pretendido atribuirle; sin embargo, basarse únicamente en ello nos puede llevar a desvirtuar, tanto por exceso como por defecto, la verdadera naturaleza de lo que se pretende proteger, al menos desde un punto de vista sustancial y que es a lo que considero que debería atenderse.

- Recuerda en el FJ 3 que toda idea puede ser expresada también mediante el lenguaje simbólico y, en el presente caso, así sucede, puesto que “*la destrucción de un retrato oficial posee un innegable y señalado componente simbólico*”, cuyo significado se determinará en función del caso concreto.

- Termina por destacar que, incluso cuando la libertad de expresión permita la crítica desabrida dirigida hacia las instituciones o cargos públicos, ésta tiene como excepción toda expresión que conlleve ultraje o vejación, la cual ha de entenderse, a mi juicio, como una ofensa grave por haber atentado contra la dignidad humana. Sin embargo, en el deslinde que

realiza el Tribunal para determinar si una expresión crítica contra la Corona merece o no la protección constitucional, se afirma que se negará dicha protección constitucional cuando se trate de *“un acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del Monarca, instrumentado mediante una liturgia truculenta”*. Aquí podemos ver como el TC señala como límite a la figura del discurso del odio, diferenciando como clases distintas pertenecientes a éste, tanto la incitación a la violencia como la incitación al odio. Recordemos que esta misma diferenciación se ha apreciado en la evolución de dicho concepto en el TEDH.

Hechas estas precisiones, el Tribunal se plantea si la condena penal por los hechos enjuiciados es constitucional o si por el contrario dichos hechos *“persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia”*<sup>68</sup>.

La conexión que realiza el Tribunal en su FJ 4 de los hechos enjuiciados con el discurso del odio es a través de lo que denomina el *“discurso fóbico”* –en sentido amplio–, que incluye, en palabras del Tribunal, aquel 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”*. Así, para el TC la quema de la fotografía en el contexto en el que se produce no sólo *“comporta una incitación a la violencia”* sino que también se trata de un acto *“incitador al odio”*.

En cuanto al contexto, interesa ahora especialmente aportar el siguiente extracto de la sentencia:

*“Hemos de reiterar que los recurrentes actuaron al término de la manifestación previa, cuya legitimidad no se cuestiona, y lo hicieron de manera premeditada. Ello denota que los demandantes aprovecharon la celebración de la previa reunión para, una vez concluida, realizar la actuación descrita. La ausencia de espontaneidad en el comportamiento de los demandantes es patente, puesto que la quema de la fotografía no surge de forma instantánea en el contexto de la manifestación y al hilo de la crítica sobre el modelo constitucional de Estado o como expresión de la ideología antimonárquica e independentista de los recurrentes. Dicho acto fue, por el contrario, fruto de una actividad diseñada de antemano y orientada a mostrar el mayor grado de hostilidad frente a la institución de la Corona.*

*Los hechos así expuestos avalan categóricamente el significado netamente incitador al odio, pues en el relato histórico de la Sentencia recaída en la instancia, expresamente aceptado por el Tribunal de apelación, no figura dato alguno que sustente la tesis que los demandantes esgrimen en pro del legítimo ejercicio del*

---

<sup>68</sup> Fundamento Jurídico 4.

*derecho de crítica hacia la institución monárquica. Y ello porque, al margen de la quema de la fotografía, aquéllos no profirieron ninguna expresión, discurso, mensaje u opinión de la que quepa inferir una censura u oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes; lisa y llanamente actuaron con el propósito de incitar a la exclusión sirviéndose de una escenificación lúgubre y con connotaciones violentas”.*

Pues bien, resulta cuanto menos muy llamativa la interpretación que realizan de los hechos descritos y la débil justificación jurídica que incorporan a los mismos. A mi juicio, me sorprende la separación que realiza el Tribunal por haberse producido los hechos después de la manifestación y no durante la misma. Incluso diría, a tenor de la argumentación del Tribunal, que los mismos hechos sí habrían sido objeto de protección constitucional si durante la manifestación se hubieran realizado. Es cierto que se ha señalado ya la importancia del contexto, pero no comparto la ruptura temporal del contexto que realiza el Tribunal. Una vez más se repite la exigencia de relación entre las expresiones injuriosas y el asunto que se critica, pero en este caso, siendo muy llamativo el deslinde artificial que realiza el Tribunal entre la manifestación y los hechos posteriores a la misma, deslinde que argumenta el Tribunal para poder denegar el amparo a los recurrentes.

En definitiva, el Tribunal acaba por concluir que la quema en público en las circunstancias concretas del caso supone una incitación a la violencia y al odio y, que no concurriendo circunstancia alguna que permitiese considerar que los hechos formasen parte de la crítica política, estamos por tanto ante un caso en el que se ha lesionado el derecho a la libertad de expresión.

La conclusión alcanzada por el Tribunal pone sobre la mesa la ampliación del concepto del discurso del odio del que hemos hablado en epígrafes anteriores. Si recordamos, tanto el TC como el TEDH partían de una concepción abierta que, inicialmente, incluía la incitación a la violencia. Ahora bien, acabamos de ver como se incluye ahora también la incitación al odio. Pues bien, para comprender mejor el razonamiento del Tribunal creo necesario repetir aquí un párrafo muy interesante plasmado en el FJ 4 de la sentencia:

*“[...] debe advertirse sobre el 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 la quema de la fotografía de los Reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e «incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Feret c. Bélgica § 77), o, en fin, avivar el sentimiento de desprecio o*

*incluso de odio hacia los Reyes y la institución que representan, exponiendo a S.S.MM. «a un posible riesgo de violencia» (STEDH de 8 de julio de 1999, caso Sürek c. Turquía § 62), pues, como ha advertido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Feret c. Bélgica § 73)».*

Nótese de lo anterior, que en ningún caso existieron actos violentos como así lo denota el silencio a este respecto por parte del Tribunal, quien, sin embargo, interpreta que si existió una incitación a la violencia. Dicha interpretación es a mi juicio un tanto forzada a tenor de los hechos constatados.

También, interesa destacar en este punto lo ya expuesto en epígrafes anteriores sobre la innecesaridad de los actos violentos para determinar la existencia de incitación al odio como parte del discurso del odio.

En cuanto a los votos particulares formulados, el primero de ellos es el de la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré. Este voto señala la discrepancia tanto con la fundamentación jurídica como con el fallo argumentado por la mayoría del Pleno del TC; y considera que el recurso de amparo debió de estimarse.

El sentido de este voto apunta a que, de la argumentación realizada en la sentencia, se deriva de forma implícita que la tutela del honor de la Monarquía no puede prevalecer sobre la libertad de expresión y que, en coherencia, la sentencia tendría que haber estimado el recurso de amparo. Así, estos magistrados consideran que de la Sentencia aprobada por la mayoría del Tribunal se deduce que la razón por la que no se vulneró la libertad de expresión de los recurrentes no fue por motivo de la vejación o deshonor alegados en las sentencias impugnadas, sino porque el Tribunal ha considerado que los hechos formaban parte del discurso del odio. De esta manera, el Tribunal niega de forma implícita que la ofensa al honor de la institución monárquica pueda operar como límite a la tutela de la libertad de expresión.

Pero, además, este voto muestra su discrepancia con parte de los fundamentos jurídicos en tanto en cuanto entiende que se hace una equiparación errónea del discurso antimonárquico con el discurso del odio, que se realiza una reconstrucción de los hechos y también una alteración de la calificación jurídica de los mismos.



Por otro lado, el segundo de los votos particulares corresponde a la Magistrada doña Encarnación Roca Trías. La línea argumental de este voto opta por dar preferencia al derecho a la libertad ideológica, de modo que este derecho, en el presente caso, englobaría al derecho a la libertad de expresión.

Con ello, la Magistrada argumenta que, de haber sido así, los límites a considerar habrían sido menores, puesto que la libertad ideológica encuentra como límites únicamente los necesarios para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Por tanto, considerando según su interpretación que no se ha sobrepasado dicho límite, lo adecuado hubiera sido otorgar el amparo.

Para la Magistrada, en el presente caso no se parte del ejercicio de la libertad de expresión de meras ideas u opiniones, sino que se trata de la expresión de una concreta ideología –de convicciones antimonárquicas–, por tanto, sujeta a la libertad ideológica. Además, las expresiones enjuiciadas forman a su juicio una “*actuación simbólica*”, de “*alcance mucho más opinable que el resultante de un texto escrito*” y en un contexto “*sobre un asunto de relevancia pública*” en el que no se produjeron altercados.

Por mi parte, he de indicar que no comparto que en el caso en concreto entre en juego la libertad ideológica como derecho prioritario. Considero que la denegación de los sucesivos recursos no responde a una intención de perseguir por parte del Estado el discurso antimonárquico, ni creo que pueda afirmarse tal circunstancia.

Por último, el voto particular del Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, cuyo sentido también se dirige hacia la estimación del recurso de amparo. En este caso, el voto particular se articula en torno a tres cuestiones, como son, primero, que la conducta enjuiciada no supone una manifestación del discurso del odio; segundo, que no queda justificada la respuesta penal por aplicación del delito de injurias al Rey; y, tercero, que dicha respuesta no es necesaria ni proporcionada en la ponderación de los intereses afectados.

En cuanto a la primera cuestión, el Magistrado considera que la opinión mayoritaria del Tribunal supone una banalización del discurso del odio en tanto en cuanto no se han seguido las premisas básicas establecidas por el TEDH para apreciar en un acto comunicativo la figura del discurso del odio, a saber, “*(i) que suponga una incitación directa a la violencia y (ii) que se dirija contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular*”. En este sentido, ciertamente no parece que la institución monárquica forme parte de uno de estos grupos señalados.

Además, el Magistrado tampoco considera que el acto enjuiciado constituya una incitación directa a la violencia y, para ello, se apoya –entre otras– en la STEDH del caso *Christian Democratic People's Party c. Moldavia* (núm. 2), de 2 de febrero de 2010, ap. 27, “*en relación con la destrucción mediante el fuego de retratos de representantes políticos institucionales y banderas*”, en los que el TEDH no consideró que se produjera un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión.

También es relevante el argumento que presenta el Magistrado sobre el contexto en el que se desarrollan los hechos, considerando que éstos quedan encuadrados bajo un contexto de activismo político en relación con la forma política del Estado, en concreto contra la figura de la Corona, y no contra aspectos personales de los Reyes. Por esta razón, afirma que “*no puede establecerse una protección privilegiada de los jefes de Estado frente al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información*”.

Por último, en lo que respecta a la proporcionalidad de la respuesta sancionadora, el Magistrado considera que los límites constitucionales a las libertades ideológica y de expresión no pueden justificarse únicamente sobre la base de la defensa de las instituciones, “*máxime tomando en consideración [...], que nuestra Constitución no se configura como una democracia militante*”. En este sentido, “*recurrir al derecho penal para sancionar [un acto simbólico] es una medida innecesaria y desproporcionada en una sociedad democrática*”. A mi juicio, creo que esta consideración es fundamental, pues resulta excesivo acudir a la vía penal para sancionar conductas propias del sistema democrático, aún incluso aunque la sanción impuesta sea de multa.

- b) STEDH del caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, del 13 de marzo de 2018

Tras la denegación del amparo declarado por la STC 177/2015, de 22 de julio de 2015, los demandantes presentaron recurso ante el TEDH alegando, entre otros, vulneración del artículo 10 del CEDH.

La valoración del Tribunal empieza por recordar la legitimidad de los Estados a la hora de otorgar protección a determinadas autoridades en su condición de garantes del orden público. Eso sí, ello exige contención en el uso de la vía penal, la cual sólo será admisible en los supuestos del discurso del odio o del uso o la incitación a la violencia. Precisamente aquí

se presenta la idea defendida en los votos particulares por el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos en la STC 177/2015, idea a la que me sumé y que consiste en realizar un adecuado juicio de proporcionalidad a la hora de acudir a la vía penal.

La argumentación continúa distinguiendo entre los supuestos del ámbito de la crítica política y personal, indicando que en el presente caso estamos dentro del ámbito de la crítica política, por tanto, crítica de la institución de la monarquía en general. Para el Tribunal *“esta conclusión se manifiesta claramente al examinar el contexto en el que este acto tuvo lugar”*, es decir, en el de la manifestación antimonárquica con motivo de la visita del Rey a Girona. Entiende el Tribunal que estamos ante *“una crítica a lo que el Rey representa, como Jefe y símbolo del aparato estatal”*.

Por otro lado, el Tribunal advierte que en la STC se ha llegado a cuestionar el modo de expresión de la crítica política llevada a cabo por los demandantes. Sin embargo, para el TEDH, dicha forma de expresión –la quema de una fotografía de grandes dimensiones colocada bocabajo– no es más que una serie de elementos simbólicos en clara relación con la crítica política dirigida contra la monarquía y, que *“no van más allá de un recurso a una cierta dosis de provocación permitida para la transmisión de un mensaje crítico desde la perspectiva de la libertad de expresión”*. Una vez más, el TEDH argumenta en el sentido del Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos. En cambio, para la mayoría del TC esta forma de expresión sobrepasa los límites de la libertad de expresión *“para situarse en el ámbito del discurso del odio o del discurso que incita al uso de la violencia”*.

En cuanto a la apreciación de la incitación a la violencia contra el Rey, el Tribunal lo descarta e indica que tal consideración no puede deducirse de los hechos enjuiciados. Así, en el apartado 39 afirma que no se puede considerar *“que la intención de los demandantes era la de incitar a la comisión de actos de violencia contra la persona del Rey [y que] un acto de este tipo debe ser interpretado como expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta”*.

Y por lo que respecta a la incitación al odio, el Tribunal indica que, de incluirse en el discurso del odio las manifestaciones de crítica política de una institución, ello daría lugar a una ampliación del concepto del discurso del odio que sería perjudicial en una sociedad democrática. Por ello, el Tribunal entiende que estamos ante *“una forma de expresión de una opinión en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público, a saber la institución de la monarquía”*. Además, se deduce de los argumentos del Tribunal *“que los reyes no forman parte de los colectivos*

*vulnerables protegidos por este tribunal*<sup>69</sup>. Con estas afirmaciones, el Tribunal está alejándose por completo de la interpretación del TC y negando por tanto que los hechos encajen en el concepto del discurso del odio. Es decir, para el TEDH estamos ante lo que sería un discurso odioso.

Es más, resulta muy interesante la argumentación que desarrolla el Tribunal en el apartado 41 en relación con el discurso del odio como justificación de la condena penal. El Tribunal nos recuerda que “*los discursos incompatibles con los valores proclamados y garantizados por el Convenio se sustraen de la protección del artículo 10 por efecto del artículo 17 [relativo a la prohibición del abuso de derecho]*”, de manera que la protección del artículo 10 del Convenio no se aplica cuando se trata de un discurso de odio.

Finalmente, el TEDH estima que “*no es posible considerar los hechos como parte del discurso del odio*” y, por tanto, que el Estado español ha violado –mediante la pena impuesta– el artículo 10 del CEDH.

### 3. Sentencia del TC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020

La sentencia tiene como origen el recurso de amparo contra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña de 8 de febrero de 2018, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el día 22 de marzo de 2017 por el Juzgado de lo Penal número 1 de Ferrol, que condenó al recurrente como autor de un delito de ultrajes a España.

En los hechos declarados probados por la sentencia del Juzgado de lo Penal de Ferrol se constató que el recurrente en amparo gritó “*aquí tenéis el silencio de la puta bandera*” y “*hay que prenderle fuego a la puta bandera*”, todo ello mientras participaba en una manifestación de protesta laboral como líder sindical y mientras en las instalaciones militares de Ferrol se realizaba la ceremonia de izado de la bandera nacional, con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada.

El Juzgado de lo Penal de Ferrol condenó al ahora recurrente en amparo, por un delito de ultrajes a España del artículo 543 del CP y, ante dicho fallo, se presentó recurso de

---

<sup>69</sup> Ortega Giménez, Cristina, “*Entre el control y el autocontrol en el ejercicio de la libertad de expresión ..., cit.*”, p 4.

apelación por considerar que los hechos quedaban amparados por la libertad ideológica y la libertad de expresión. El recurso fue desestimado, quedando así confirmada la condena impuesta, que consistió en una pena de multa de siete meses.

Pues bien, en cuanto al objeto del recurso, el Tribunal apunta a la especial trascendencia constitucional de este asunto al permitir “*examinar la legitimidad de la condena penal impuesta por proferir unas expresiones ofensivas dirigidas a uno de los símbolos políticos de España, como es la bandera (artículo 4.1 CE)*”.

El ámbito de enjuiciamiento, recuerda el Tribunal, queda claro y no es otro que el de someter a enjuiciamiento la respuesta penal recaída en el presente asunto. Así, en el FJ 2 el Tribunal afirma que “*ninguna duda razonada cabe sobre la relevancia y legitimidad de la finalidad del tipo penal, pues se dirige a proteger los símbolos y emblemas del Estado constitucional*”. Con base en la función de representación que los símbolos desempeñan, el artículo 543 CP “*protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución*”.

Para el Tribunal, el símbolo político conlleva “*una esencial función representativa [...], que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles*”. Nótese aquí la particular interpretación que realiza la mayoría del Tribunal sobre el concepto de símbolo político, pues esta manera de verlo va a ser trascendental, a mi juicio, a la hora de comprender su fallo.

En cuanto a la libertad ideológica y la libertad de expresión, derechos que alega de forma conjunta el recurrente, el Tribunal reconoce la relación entre ambos en el presente caso y aprovecha para recordar toda la doctrina relativa a los mismos, señalando su especial vinculación, así como las diferencias y los límites de cada una y poniendo de manifiesto la especial ponderación que debe realizar el juez penal sobre los límites a la libertad de expresión, sobre todo cuando el ejercicio de la libertad de expresión va en relación con el derecho a la libertad ideológica.

El Tribunal recoge en el FJ 3 aquellas expresiones que no son merecedoras de la protección constitucional que brinda el artículo 20.1 a) CE, refiriéndose a “*las expresiones que en las concretas circunstancias del caso sean indudablemente injuriosas, ultrajantes u oprobiosas, es decir, las expresiones ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas*”.

En cuanto a los límites del derecho a la libertad de expresión, el Tribunal recuerda que es posible sancionar o prevenir “*todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan*

*o justifiquen el odio basado en la intolerancia” y reconoce que “la posibilidad de limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión ha de ser menor [cuando libertad de expresión se encuentra en relación con la libertad ideológica], [...], salvo los casos de insulto, de incitación a la violencia (discurso del odio) y alteración del orden público protegido por la ley”.*

Así, del análisis pormenorizado que realiza el Tribunal en el FJ 5, sobre cada uno de los elementos que configuran el contexto en el que se producen los hechos, destacaré algunas de sus valoraciones más llamativas. El Tribunal afirma que las expresiones utilizadas, como las de “puta” y “bandeira”, unidas, “encierran un mensaje de menosprecio hacia la bandera, que cumple una función integradora en la comunidad [...] en cuanto símbolo político que refuerza el sentido de pertenencia a ella”. Además, añade el Tribunal su doctrina sobre la innecesaridad de dichas expresiones para el fin perseguido. En este punto, insisto, no comparto dicha exigencia que, sin embargo, el TC siempre aporta en sus resoluciones.

En esta línea continúa su argumentación el Tribunal como puede verse en el siguiente extracto de la sentencia:

*“Uno de los dos mensajes difundidos a través del megáfono solo sirvió para transmitir a la opinión pública la idea de que había que prenderle fuego a la «puta bandera», sin añadir ninguna otra palabra más que asociara ese expresado deseo a las reivindicaciones laborales defendidas en la concentración [tratándose de expresiones] singulares y aisladas del resto de los actos de concentración y de las consignas expresadas en los mismos, que no guardaban relación con lo que defendían los concentrados”.*

Otro de los elementos que destaca el Tribunal es el momento elegido para realizar las expresiones enjuiciadas, momento que se concreta en el acto de izado de la bandera, con guardia en formación y durante la interpretación del himno nacional. Para el Tribunal, “el demandante se sirvió del referido momento solemne para proferir aquellas expresiones, innecesarias y desvinculadas de la reivindicación laboral”.

Del análisis de estos elementos –entre otros–, el Tribunal considera que aquellas expresiones y en aquel contexto suponen, tanto un rechazo hacia la simbología política, menospreciativo del sentimiento de unidad que muchos ciudadanos pueden sentir, como también “un mensaje de beligerancia [...] hacia los principios y valores que [la bandera] representa”. Mas interesante resulta todavía la siguiente interpretación que realiza el Tribunal:

*“la expresión de ese deseo supone, no ya el de la mera destrucción material de la bandera por el fuego, sino también la difusión a los demás de un sentimiento de intolerancia y de exclusión que se proyecta con su*

*afirmación a todos aquellos ciudadanos que sientan la bandera como uno de sus símbolos de identidad nacional y propios”.*

De lo anterior, se puede advertir que el Tribunal está situando los hechos en el ámbito del discurso del odio. Y así, tras comprobar que *“la conducta del recurrente queda fuera del ámbito protector de los derechos a la libertad de expresión e ideológica [...] y no es posible apreciar, siquiera, una mera extralimitación en los medios empleados en el contexto de un ejercicio, en principio legítimo, de aquel derecho”*. Por tanto, la conducta no puede ampararse en el derecho a la libertad de expresión, ya que *“no contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre”*.

Tras dichas comprobaciones, termina analizando la proporcionalidad de la pena impuesta, concluyendo que fue proporcional, puesto que se impuso la pena mínima prevista y que no se llegó a hacer efectivo el cumplimiento subsidiario de la pena de multa impuesta.

Finalmente, por todo lo anterior, la sentencia desestima el recurso de amparo y declara que las expresiones enjuiciadas no quedan bajo el amparo constitucional.

Por lo que respecta a los votos particulares, el primero de ellos lo formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trías. El sentido de su voto va en la misma línea del realizado en la STC 177/2015, señalando para el caso presente la preponderancia de la libertad ideológica frente a la libertad de expresión y, por tanto, la menor limitación del derecho a la que ha de atenerse en una sociedad democrática avanzada. Así, en su FJ 1, afirma que *“no siempre el ejercicio de la libertad de expresión deriva del de la libertad ideológica, pero, cuando parte de su ejercicio, debe ser menor la limitación del derecho y así, debe permitirse su libre exposición «en los términos que impone una democracia avanzada» salvo la imposición por la violencia de los propios criterios y la alteración del orden público”*. Concluye, por tanto, que debió de otorgarse el amparo solicitado.

El segundo de los votos particulares viene de la mano del Magistrado don Andrés Ollero Tassara. En este caso, el Magistrado destaca una serie de omisiones que aprecia en la sentencia de la tesis mayoritaria, como la verificación de si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio lícito del derecho a la libertad de expresión, así como también afirma que se han omitido las reflexiones planteadas por el Ministerio Fiscal, que se inclinaban por apoyar la pretensión del recurrente. Así, para el Fiscal, *“las «malsonantes expresiones dirigidas por el recurrente a la bandera de España han de ser situadas en el contexto de reivindicación laboral en que se produjeron y sin desatender el dato de la orientación ideológica del sindicato al que pertenece el recurrente, sustancialmente desafecto con la administración del Estado a la que se dirigían las protestas, y con los símbolos y emblemas que la distinguen”*. En definitiva, el Magistrado concluye que la conducta enjuiciada *“no rebasó*



*los márgenes que delimitan el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión [...], en conexión con el derecho a la libertad ideológica”, por lo que se debió otorgar la protección constitucional a los recurrentes.*

El siguiente de los votos particulares lo formulan en conjunto el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

Los Magistrados empiezan por destacar el potencial integrador de los símbolos a la vez que son poseedores de un mismo potencial disgregador. Por tanto, señalando el carácter no unívoco del símbolo, ponen en entredicho que el derecho penal sea el instrumento más adecuado para alcanzar el fin atribuido al mismo. Así, entienden *“que el recurso al derecho penal, como instrumento para perseguir el ataque a determinados símbolos, obvia la carga excluyente que esa persecución puede tener en relación con quien ve restringido el ejercicio de su libertad ideológica (artículo 16.1 CE) y de su libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE] por no adherirse al contenido simbólico de la bandera como elemento de cohesión política”*. Además, los magistrados le otorgan igual carga simbólica al lenguaje utilizado por quien se manifieste contra el símbolo.

También recuerdan el carácter polémico del artículo 543 del CP, debido a *“su contenido jurídico [...] sumamente abierto”*, y por ello *“escasamente taxativo”*, *“pudiendo incluir un abanico de gestos amplio y dispar: desde quemar una bandera, arrastrarla por el suelo, deteriorarla, mancharla, pisotearla, escupir sobre ella, quizá descolgarla e incluso, como demuestra el supuesto de hecho que está en la base del presente recurso de amparo, decir que se hará o se debería de hacer cualquiera de esas cosas, o proferir insultos dirigidos contra la bandera, y todo lo anterior sin que sea necesario ánimo ultrajante alguno, de modo que igual desvalor tendría realizar cualquiera de esas acciones con la voluntad de atacar el símbolo, o con la de desarrollar una performance con objetivos distintos del mero ánimo de ultrajar”*. Pero, sobre todo, resaltan del artículo su potencial efecto desalentador en el ejercicio de las libertades ideológicas y de expresión y, porque el derecho penal *“debe someterse al principio de última intervención”*.

Interesante resulta la nota en la que señalan que la Constitución no impone una adhesión a los símbolos, ni mucho menos que éstos tengan un efecto prevalente sobre determinados derechos fundamentales. Así, afirman los Magistrados que *“[e]l valor de lo simbólico en el marco del Estado constitucional podría justificar la protección de determinados símbolos por el derecho penal, pero la sentencia da por supuesto que esa justificación existe per se, y que despliega efectos incluso frente al ejercicio de determinados derechos fundamentales, de modo que supone una exigencia de*



*adhesión a los símbolos que se acerca en exceso a una idea de democracia militante que la Constitución no contiene”.*

Con todo, me resulta especialmente interesante la siguiente idea que aportan en su argumentación: *“Parece razonable pensar que, si no es necesario adherirse siquiera a las opciones políticas fundamentales del texto constitucional, cuanto menos puede hablarse de la necesidad o la obligación de adherirse a los símbolos, por más reconocimiento constitucional que estos posean. La utilidad del símbolo político como elemento de integración desaparece cuando la observancia del símbolo deviene obligatoria ante la amenaza del castigo frente a la expresión de la disidencia. Por eso la utilidad de la sanción penal para alcanzar la finalidad que la justifica, desaparece en el momento en que la sanción penal actúa”.*

En cuanto a los hechos declarados probados, argumentan que estamos ante manifestaciones del ejercicio legítimo a las libertades invocadas, ya que no se derivan de los mismos ninguna de las únicas excepciones frente a las que tendrían que ceder, como son las acciones que conlleven un riesgo claro e inminente de violencia.

Con respecto a la innecesaridad de las expresiones utilizadas en relación con el objeto de la protesta, en cualquier caso, consideran que en nada debe tenerse en cuenta en tanto en cuanto no existió riesgo de violencia en ningún momento. Los Magistrados aportan la jurisprudencia del TEDH en relación con otros asuntos y recuerdan que el mismo estimó *“que la incitación a la violencia no se puede inferir de un examen conjunto de los elementos utilizados para la puesta en escena y del contexto en el que el acto se ha producido, y que tampoco se pueda establecer en base a las consecuencias del acto que, de acuerdo con los hechos declarados probados por el juez, no ha sido acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público”.*

Afirman también que de la sentencia se deriva que se otorga una *“mayor protección a la libertad de expresión cuando se dirige contra una persona con relevancia pública [que no es el presente caso] que cuando se dirige contra un objeto”*, en este caso, la bandera, lo que consideran se apartaría de la jurisprudencia del TEDH.

Finalmente, consideran que la sanción aplicada a los hechos enjuiciados es tan innecesaria como desproporcionada en una sociedad democrática.

Por último, el voto particular del Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, en cuya opinión, se debió de admitir la pretensión del recurrente.

El Magistrado declara que los actos condenados están estrechamente relacionados no sólo con la libertad ideológica y de expresión sino también con la libertad sindical y el

derecho de huelga y que de haberse considerado así por todos, la respuesta hubiera sido contraria a la otorgada por el Tribunal. A mi juicio, esta conexión con la libertad sindical y el derecho de huelga, si bien puede apreciarse en el caso concreto y ser necesaria para contextualizar, no creo que sirva para ampliar más aún la protección otorgada por el derecho a la libertad de expresión unida a la libertad ideológica.

Destaca también su discrepancia en cuanto a la metodología empleada en la sentencia, pues considera que el Tribunal reduce el control constitucional a la existencia de una causa de justificación, obviando el análisis en cuanto a la necesidad y proporcionalidad de la pena.

En opinión del Magistrado, se debió de haber objetivado el bien jurídico protegido por el tipo penal, descartando que pudieran serlo *“los sentimientos subjetivos de ofensa que puedan experimentar los ciudadanos”*.

Y finaliza su argumentación señalando que *“Nunca deberíamos olvidar que la bandera constitucional es la bandera de una Democracia. Y también protege a los que no la aprecian”*.

## **B) Sentencias emblemáticas del TS**

### 1. STS 397/2018, de 15 de febrero de 2018

Esta sentencia tiene como origen la condena dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional en la resolución de 21 de febrero de 2017, en la que se condenó al acusado, por un delito –entre otros– de calumnias e injurias graves a la Corona del art. 490.3 CP.

En los hechos probados consta que el acusado compuso diversas canciones que fueron publicadas en Internet, en las cuales se utilizaban expresiones contra el titular de la Corona y sus familiares y contra determinados cargos de los Gobiernos Central y Autonómicos. En concreto, algunas de estas expresiones fueron las de *“Tu bandera española está más bonita en llamas, igual que un punto patrol, de la guardia cuando estalla”*, *“Por qué no se fractura la cabeza y no la cadera”*, *“sarcástico como el Rey dando la mano a Gaddaffi y después celebrando tener petróleo fácil (hijo de puta), puede ser que de la república solamente queden fósiles, pero quedamos nosotros, y del Rey los negocios”* o *“El Rey tiene una cita en la plaza del pueblo, una soga al cuello y que le caiga el peso de la ley”*.

El Tribunal realiza un análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional en los siguientes términos.

Así, en primer lugar, la sentencia de instancia rechazó que los hechos quedasen amparados por la libertad de expresión o de creación artística, como así pretendía el acusado, recordando *“el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc.”*.

En relación a los límites del derecho a la libertad de expresión, el Tribunal trae a colación la STC 177/2015 –analizada previamente–, en la que se recuerda que el control constitucional ante conductas que pueden ser consideradas manifestaciones del discurso del odio es la de *“dilucidar si los hechos [...] son expresión de una opción política legítima [...], o si por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia [...]”*.

En lo que respecta a la alegación del recurrente de que sus canciones no se dirigen contra ninguna minoría social, como no lo es la Monarquía, la sentencia de instancia señala que *“dicha crítica política, incluso hiriente y ofensiva del Rey y del sistema monárquico está amparada en la libertad de expresión siempre que se efectúe dentro de los límites del respeto de su reputación como persona, sin cuestionar la vida privada del monarca”*. A mi juicio, creo que el Tribunal no ha distinguido bien entre el derecho al honor de la persona del Rey, defendible como el de cualquier persona, y entre la protección de la Corona como símbolo del Estado, defendible también, pero en tanto en cuanto la crítica sea por el ejercicio del cargo y, sobre todo, defendible desde una mayor posibilidad de crítica.

Asimismo, advierte también lo ya establecido por el TC, quien *“ha subrayado repetidamente la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión, en cuanto que garantiza para la formación y existencia de una opinión pública libre”*, como también que *“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”*.

Por último, el Tribunal declara que *“quedan fuera de la protección constitucional del art. 20.1 CE las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”*. Termina añadiendo que *“en la ponderación de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor [...] de la Institución [de la Corona], [...]”*

*para decidir cuál prevalece en el caso concreto es determinante comprobar si en la manifestación de la idea u opinión [...], se han añadido expresiones injuriosas por innecesarias para la expresión pública del pensamiento que se trata de manifestar o expresiones o acciones que son formalmente injuriosas”.*

Como se puede ver, el TS insiste también en el criterio ya criticado de la exigencia de relación entre las ideas expuestas y la necesidad de éstas en su exposición. Una vez más señalo mi desacuerdo con este criterio que nada aporta en los supuestos de ámbito público.

Finalmente, el TS desestima el motivo alegado por el recurrente de infracción constitucional del art. 20 CE.

Contrasta, como hemos podido comprobar, esta argumentación con la expresada por el TEDH en la sentencia del caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018, en la cual el Tribunal afirma en el apartado número 35 que, “*En materia de insulto contra un Jefe de Estado, [...] una mayor protección mediante una ley especial [...] no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio*”.

## 2. STS 1298/2020, de 7 de mayo de 2020

Esta sentencia analiza la resolución dictada por la Audiencia Nacional sobre unos hechos supuestamente vejatorios para la Corona y otras instituciones del Estado.

Los hechos enjuiciados se refieren a diversos vídeos y comentarios publicados en Twitter, por parte del acusado –rapero y poeta–, que incorporaban comentarios supuestamente denigrantes contra distintas instituciones del Estado –Policía, la Corona, Guardia Civil, etc.–.

La sentencia recoge expresiones, entre otras, como “*El mafioso del rey dando lecciones desde el palacio millonario a costa de la miseria ajena. Marca España*”, “*La policía asesina a 15 inmigrantes y son santitos. El pueblo se defiende de su brutalidad y somos violentos terroristas, chusma*” o “*¿Guardia Civil torturando o disparando a inmigrantes? Democracia. ¿chistes sobre fascistas? Apología del terrorismo?*”.

El acusado recurre la sentencia alegando inexistencia de delito de injurias y calumnias a la Corona ya los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, motivos que adelanto ya, son desestimados por el TS, de acuerdo con el análisis siguiente.

En cuanto a las injurias al Rey, por el que se condenó al acusado mediante el art. 491 CP, la sentencia afirma que la posición neutral del Rey en el debate político “*no lo pone al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales*”. Para el TS, las expresiones que son objeto de enjuiciamiento “*exceden del derecho a la libertad de expresión u opinión, y exceden y traspasan la línea divisoria en el marco de expresiones que puedan herir o importunar [...] a las instituciones, o sus representantes, para entrar en el ámbito del ilícito penal*”. Añade el argumento que dichas expresiones no pueden admitirse en una sociedad “*donde el respeto deba ser la forma de actuar correcta*”.

El Tribunal considera que se ha ido más allá de la crítica pública a la monarquía o a sus miembros y, ese ir más allá, es lo que “*es delictivo y típico en el artículo 490 del Código Penal*”. Además, entiende que por el hecho de ser parte de la institución monárquica no se debería derivar una “*minusvaloración de los derechos que se tengan a la protección del honor*”. Advertimos aquí como el Tribunal no parece tener en cuenta la doctrina asumida sobre la mayor posibilidad de crítica a los cargos públicos y, no es que se le haya olvidado, sino que directamente afirma que se trata de establecer “*un plano de igualdad en el sentido de que si un miembro de la monarquía es víctima de injuria o calumnia puede merecer esta conducta el reproche penal que marca el tipo penal del artículo 490*”. A mi parecer, este argumento contradice la doctrina del TC y del TEDH y supone una incorrecta interpretación de la libertad de expresión en cuanto a su contenido y en cuanto a sus límites.

Los miembros del Tribunal no dudan, de una parte, de que estamos ante expresiones que atentan al honor, derecho protegido por el art. 18.1 CE y, de otra, de que ha habido un exceso claro y manifiesto en cuanto a la libertad de expresión, pues “*se trata de claros y graves ataques al honor de la familia real*”, ataques de consideración personal y que nada tienen que ver con discrepancias hacia la monarquía. Sin embargo, en una argumentación poco clara, el Tribunal considera de forma conjunta que estamos ante un “*menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarga en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad*” y, por ello, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión resulta contrario al principio de proporcionalidad.

Con todo, dado el carácter injurioso y ultrajante que atribuye el Tribunal a dichas expresiones, considera que éstas “*son incompatibles con la norma fundamental*” y, por tanto, éstas quedan fuera de los parámetros de la crítica.

En cuanto a las injurias a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, al igual que en el caso de las injurias al Rey, ahora el Tribunal considera que cabe decir lo mismo, pero en este caso bajo el tipo penal del art. 504 CP.

Así, afirma el Tribunal que no estamos ante “*una crítica a una institución pública [ni siquiera de su funcionamiento] como es la policía, sino que supone ataques injuriosos [...] al desempeño de su función como representantes del Estado*”. Además, afirma que “*los agentes de policía en modo alguno tienen una menor protección que cualquier ciudadano*”.

Por último, el Tribunal resalta el contexto en el que se producen las expresiones, alegando que se trata de expresiones desconectadas de la crítica política, reiteradas en el tiempo –por tanto, no fruto de un momento de desahogo– y en las que “*se incita a actuar violentamente contra la Corona y los Cuerpos policiales*”.

Nuevamente en esta sentencia, llama la atención la interpretación que realiza el TS sobre los hechos enjuiciados, quizás con la intención de encajarlos en el tipo penal, aún en contra de la jurisprudencia tanto del TC como del TEDH relativa a la menor protección del honor de las personas públicas ante las críticas, por molestas que parezcan, con motivo del cargo y/o del ejercicio de las funciones del mismo.

### 3. STS 1175/2022, de 29 de marzo de 2022

Esta sentencia, próxima en el tiempo, tiene lugar a raíz de la Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha de 30 de octubre de 2020, dictada en relación con un delito contra la Constitución en su modalidad de ultraje a la bandera nacional.

Se declaró probado que los acusados actuaron en la plaza Cívica de la Universitat Autònoma de Barcelona, en presencia de numerosas personas, cogiendo una bandera de España de la carpa de Societat Civil Catalana y la rajaron en dos trozos, dejándolos en el suelo.

Si bien en este asunto, la sentencia del Juzgado de lo Penal consideró que los hechos eran constitutivos de delito, la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a los acusados. Sin embargo, la decisión fue recurrida por el Ministerio Fiscal y por la asociación Societat Civil Catalana, quienes interpusieron recurso de casación.

El Tribunal empieza por considerar el modo de proceder del TC en supuestos similares, como el establecido por la STC 190/2020, de 15 de diciembre –analizada previamente–, en la que se afirma que “*el análisis que [el TC] ha de realizar en un recurso de amparo*

*contra una sentencia penal condenatoria se dirigirá [...] a determinar si la conducta del demandante se sitúa inequívocamente en el ámbito del contenido del derecho fundamental invocado y si, además, respeta los límites establecidos para su ejercicio”.*

Dicho lo anterior, el Tribunal no tiene duda de que los hechos son “*una clara ofensa a la enseña nacional, que es el símbolo de nuestra unidad política y de nuestra esencia como Nación*”, de modo que, “*si la bandera nos representa a todos, la ofensa a la bandera es igualmente a todos*”.

El Tribunal va más allá al afirmar que la acción de rasar la bandera española fue un acto violento. Así, considera que “*esa acción violenta, lejos de significar una manifestación que fluye del derecho a la libertad de expresión (derecho a la crítica), atenta, por el contrario, frontalmente contra el símbolo que enarbola una asociación que concurre pacíficamente a tal encuentro cívico*”. Este argumento utilizado por el Tribunal, a mi juicio, sólo considera al símbolo desde un punto de vista unívoco. Sin embargo, hemos visto como es doctrina constitucional el afirmar que no estamos en el marco de una democracia militante que imponga la adhesión a los símbolos del Estado.

Llama la atención el siguiente argumento que utiliza el Tribunal: “*Aquí estamos en presencia de una ofensa a un símbolo nacional [...]. El Código Penal no distingue ni en la descripción típica, ni en la asignación del reproche penal, por lo que es tan punible una acción como la otra*”. Lógicamente, el concepto de ultrajes a España es un concepto abierto que debe ser delimitado jurisprudencialmente, ya que no ha sido definido por el legislador, incumpliendo en parte el principio de seguridad jurídica. Sin embargo, considero que el hecho de que sea un precepto abierto y, tratándose de una sanción penal en relación con la libertad de expresión, el Tribunal debería haber actuado realizando una interpretación lo más restrictiva posible y habiendo expuesto dicho análisis en la sentencia.

Mas interesante resulta todavía el siguiente argumento, el cual, hasta ahora no había aparecido en este trabajo. Y es que el Tribunal analiza ahora la libertad de expresión desde el punto de vista de los demás. En este sentido, afirma que “*lo que hacen los acusados, es cometer un acto contra la libertad de expresión, contra la libertad ideológica, y quien así se conduce no puede alegar lo que está negando, precisamente la libertad de los demás para ondear la bandera que es símbolo de España, y, en consecuencia, signo representativo de todos los españoles*”. Por ello, el Tribunal cree que “*la acción que llevan a cabo los acusados no está amparada por la libertad de expresión, que tiene un límite expreso en el respeto a la libertad de expresión del contrario y teniendo en cuenta que el [TEDH] niega ese amparo a los que entienden como discurso del odio*”.



A mi juicio, si bien coincido con este último argumento que presenta el TS por el que nadie puede defender su derecho negando el de los demás, creo que eso se aleja de los hechos probados. Recordemos que al acusado no se le condena por impedir el ejercicio de un derecho a alguien, sino por cometer un delito de ultrajes a España. Por si fuera poco, el Tribunal no realiza un juicio de necesidad y proporcionalidad para analizar si con dicha condena se ha producido una violación del derecho a la libertad de expresión.

Finalmente, el TS desestima el recurso, “*debiendo imponerse a los acusados la misma pena que ya individualizó el Juzgado de lo Penal*”.

Sin embargo, considero una vez más que el TS, con el presente fallo, se aleja de la jurisprudencia del TEDH por la que recuerda “*que aun cuando la sanción sea la más leve posible, [...] constituye sin embargo una sanción penal y, en cualquier caso, ese hecho no puede bastar, en sí mismo, para justificar la interferencia con la libertad de expresión*”<sup>70</sup>. Pero, además, no sólo se aleja en este sentido, sino que también lo hace al interpretar los hechos en contra del criterio de la Audiencia Provincial, la cual había asumido la doctrina del TEDH.

Así, la Audiencia Provincial había considerado que “*el acto de rasgar una bandera, por sí solo, no incita a la violencia, ni constituye un discurso de odio. Y aplicando la doctrina resultante del TEDH, en su Sentencia de 13 de marzo de 2018 [sentencia que hemos analizado], razona que si quemar una imagen del Rey es un acto amparado por la libertad de expresión, lo propio debe predicarse de rasgar una bandera española, que por sí sola, no debe incardinarse en el discurso del odio*”.

## CONCLUSIONES

Llegado el final del presente trabajo, es el momento de presentar las conclusiones alcanzadas, aunque en algún caso, sería mejor hablar de reflexiones.

1. Considero que el derecho a la libertad de expresión está clara y perfectamente definido por la jurisprudencia. Se puede observar que en cada una de las sentencias en relación

---

<sup>70</sup> Sentencia del caso *Benítez Moriana y Iñigo Fernández c. España*, de 9 de marzo de 2021, en su apartado nº 59.



con la libertad de expresión se incorpora la jurisprudencia anterior y no se aporta nada nuevo. Sin embargo, la invocación permanente a la libertad de expresión y, en ocasiones, la vulneración de la misma –constatada por los Tribunales– hace parecer que esté en constante cuestionamiento, lo que, por otro lado, debe verse como algo positivo en el marco del debate judicial. Los tiempos de hoy no son los de antes, especialmente si nos referimos a la libertad de expresión. Hoy el alcance de mi derecho a expresarme libremente tiene un eco como nunca antes lo había tenido, y ello es posible gracias a los medios de comunicación y a las redes sociales, que hacen, incluso de modo instantáneo, que toda expresión mía, notoria, pública o publicada pueda llegar a cualquier parte y a cualquier persona. Y luego, ya se verá si mi expresión fue ejercida correctamente de acuerdo con el derecho a la libertad de expresión o si por el contrario me extralimité o si directamente vulneré dicho derecho.

2. En cuanto a la simbología institucional, no hay mayores dudas en cuanto su definición, sus figuras o su protección. He querido resaltar que símbolos e instituciones no son lo mismo, aunque a ellos nos podamos referir de forma conjunta empleando el término de simbología institucional. Quizás lo más importante que se deduce de su estudio separado, es que, aunque se pueda considerar a las instituciones como símbolos, en realidad, dicha consideración sólo es una atribución de carga simbólica y, por lo tanto, ello no permite atribuirle la protección a las mismas otorgada tanto por la Constitución como por el Código Penal a los símbolos, con una salvedad, la Corona. Pues bien, a mi juicio, el hecho de que la Corona –símbolo– se confunda con la Jefatura del Estado –institución– por la dificultad a la hora de deslindarlas, es el origen de los principales problemas que ocasiona la protección penal cuando es aplicada por los Tribunales. En este sentido, entiendo que cabría considerar cuanto menos dos opciones, una más sencilla que la otra. La primera consistiría en una reinterpretación de la jurisprudencia constitucional –una especie de *overruling*– en la que el TC considerase que la Corona no es un símbolo constitucional, equiparando su consideración al resto de instituciones del Estado, pero sin dejar de atribuirle un contenido simbólico. La segunda opción, pasaría por modificar la protección otorgada por el Código Penal en cuanto a los símbolos de España, lo que en este caso obligaría a tratar de la misma manera tanto a la Jefatura del Estado en relación con el resto de

las instituciones, como a la figura del Jefe del Estado, que debería tener la misma protección que el resto de representantes públicos.

3. Por lo que respecta al controvertido concepto del discurso del odio, ha quedado patente que su incompleta definición y la inseguridad jurídica que conlleva. Al menos parece claro que la incitación a la violencia, así como el uso de la misma, son límites admitidos y que forman parte del discurso del odio. Cuestión distinta es la de los propios hechos, los hechos probados o la interpretación de los hechos probados que determine si hubo o no violencia. Pero creo que las principales dudas aparecen en torno al concepto del discurso del odio en sí mismo considerado, pues ahí es donde viene las grandes diferencias entre Tribunales y entre miembros de los Tribunales, como así se ha demostrado al tratar los votos particulares a las sentencias o el fallo discrepante entre sentencias del TC y del TEDH. La cuestión es compleja, pero no por ello creo que debamos dejar de intentar –como sociedad, de forma individual o desde los medios de comunicación– dar la espalda a quien promueve discursos de intolerancia, que no es lo mismo que promover o incitar a la violencia. Así, por un lado, conseguiríamos mantener el principio atribuido al derecho penal de ser *ultima ratio* y, por otro lado, centraríamos nuestros esfuerzos en apuntalar el respeto debido entre los miembros de toda sociedad, lo que, además, se traduce en mayor fortalecimiento de la libertad de expresión y abunda en una mayor y mejor democracia.
  
4. Otra cuestión interesante que requiere de mayor claridad y que no se aborda profundamente por la jurisprudencia, es la distinción que llevan a cabo los tribunales entre dos figuras pertenecientes a la categoría del discurso del odio, en concreto me refiero a las figuras de la incitación al odio y la incitación a la violencia. En principio, y por lo poco que ha dicho el TEDH, la violencia es independiente de la incitación al odio y de la incitación a la violencia, es decir, los actos violentos no son un elemento necesario del discurso del odio. Recordemos que el TEDH ha llegado a decir –y así ha sido asumido también por el TC– que el discurso del odio “*no requiere la inducción a actos violentos*”. De esta doble clasificación que establece el TEDH –incitación al odio e incitación a la violencia–, parece deducirse que para el Tribunal solo hay violencia cuando los actos violentos son físicos, es decir, considera que no existe violencia

cuando se producen actos de violencia psicológica o emocional, categoría en la cual podríamos incluir a la figura de la incitación al odio. No se ha desarrollado en profundidad en este trabajo el concepto de violencia –pues daría para otro TFG–, pero basta decir ahora, que todos conocemos que existen distintas clases de violencia, como, por ejemplo, violencia de género, violencia sexual, violencia verbal, violencia física, etc. Está claro que el “apellido” que le otorguemos a la violencia es importante, pero la clave está en que todas las clases tienen en común el hecho de ser violencia en sí misma y, por violencia, se puede entender “*cualquier conducta intencional que causa o puede causar un daño*”<sup>71</sup>. Lógicamente, el odio, la incitación al odio, tal y como ha sido definida en este trabajo, puede causar un daño y, en este sentido, se podría decir que el odio es una primera fase dentro de un concepto más amplio que es de la violencia. Es evidente que los contornos entre odio y prejuicios son difusos y se deberá atender al caso concreto, pero en realidad, cualquier Tribunal, cuando condena por incitación al odio y, por tanto, por realizarse el discurso del odio, está condenando también por violencia, aunque esta no se haya materializado como un ataque físico y en actos violentos y aunque no se haya producido una incitación directa a la misma, sino a través de un mensaje de carácter subliminal, mucho más desapercibido.

5. Una cuestión interesante para destacar sobre el discurso del odio es la diferencia admitida entre el TC y el TEDH en relación con la negación del Holocausto. Las diferencias han quedado justificadas perfectamente atendiendo al contexto histórico de cada país y por tanto a su propia idiosincrasia. Así, para el TC la negación del Holocausto no puede ser considerado como parte del discurso del odio y basa su argumentación en la relación existente entre la libertad de expresión con la libertad ideológica, de modo que en este caso sí se permiten este tipo de afirmaciones por muy reprobables que sean, salvo cuando atenten gravemente contra el honor.
6. Sobre la proporcionalidad de las sanciones. Si bien será posible restringir la libertad de expresión en circunstancias muy concretas y con unos fines determinados, como

---

<sup>71</sup> Sanmartín Esplugues, José, “¿Qué es violencia? Una aproximación al concepto y a la clasificación de la violencia”, Revista de Filosofía, n° 42, 2007, 9-21, p. 1.

los que se establecen en el artículo 10 del CEDH, la imposición de las sanciones penales debiera ser más restringida aún, ya no solo por la consideración de *ultima ratio* que hemos mencionado respecto del derecho penal, sino porque se debe evitar la provocación de un efecto desalentador en el ejercicio de la libertad de expresión tal y como se deriva de la doctrina de la dimensión institucional de este derecho y que es admitida mayoritariamente hoy en día.

7. Como consecuencia de lo que vengo diciendo, quiero resaltar la importancia y necesidad de trabajar intensamente desde el ámbito público, por el reforzamiento de otras vías de tutela de la libertad de expresión y no solo de la tutela penal que, al fin y al cabo, es sobre la que siempre se abre el debate, quizá por ser esto lo más sencillo de hacer, aunque se sea consciente de que de poco servirá. Y lo que es peor, se hace a costa de mermar otros principios jurídicos y otros derechos de los ciudadanos. En definitiva, se trata de apostar por lo que considero que sería el paso previo para realizar “correctamente” el ejercicio del Derecho a la libertad de expresión. Como sociedad – democrática– debemos ser conscientes de lo que implica ser sujeto de Derechos, es fundamental conocerlos, comprenderlos, valorarlos, interpretarlos y sobre todo poder ejercitarlos. Si las sociedades de hoy se dedican únicamente a luchar por lograr nuevos derechos y por conservarlos sin atender a lo dicho atrás, de poco habrá valido la lucha, pues entonces lo que habrá logrado será más bien “papel mojado”, con el consecuente peligro que ello entraña. En suma, considero que primero responsabilidad con conocimiento de causa y luego el derecho penal.
8. En cuanto al diálogo entre Tribunales, a tenor del sentido de las sentencias analizadas, hemos podido observar que, tanto el TS como el TC realizan una interpretación más restrictiva del derecho a la libertad de expresión cuando se trata de supuestos en los que las ofensas e injurias se dirigen contra los símbolos institucionales, alejándose así de la jurisprudencia del TEDH. Tanto es así, que como advertíamos al inicio de este trabajo, España ha sido condenada en varias ocasiones por vulneración de este derecho fundamental y, todavía es posible que recibamos nuevas condenas, como la que podría llegar por el conocido “caso Hásel”, en la que la Audiencia Nacional condenó al cantante de rap Pablo Hásel por un supuesto de injurias al Rey y de la que no hemos podido analizar la sentencia del TC, puesto que no existe, ya que éste no

admitió a trámite el recurso de amparo al alegar que se había incurrido en el defecto insubsanable de no haber justificado la especial trascendencia constitucional del recurso. También, hemos podido apreciar como los tribunales nacionales, en contra de los principios del derecho penal, hacen una interpretación extensiva de las conductas tipificadas como delito, de modo que acaban sancionando conductas que para el TEDH están dentro de los límites del ejercicio de la libertad de expresión y en las que no concurre el discurso del odio. En definitiva, considero que el motivo por el que se alcanzan estas resoluciones de sentido divergente es por el hecho de que para el TS o el TC los ataques a la simbología institucional pueden suponer y suponen de hecho, actos denigratorios e injuriosos, mientras que para el TEDH se trata de formas de expresión críticas con un tono provocador, pero admisibles en el seno de las sociedades democráticas.

Por último, y a modo de conclusión general, simplemente quiero señalar que tarde o temprano el diálogo entre tribunales terminará por evolucionar en la misma dirección y, así continuarán, al menos durante un tiempo. No sabemos el sentido de dicha evolución, pero lo que no hemos de esperar y, lo que no deberíamos permitir como sociedad, es que se desvirtúen los Derechos fundamentales ni que se falseen los principios que rigen nuestro Estado social y democrático de Derecho. Si existe Estado es porque existen ciudadanos, y como ciudadanos hoy tenemos un derecho y un deber de participar. Nuestra vigilancia y control sobre el funcionamiento del Estado es fundamental, permanezcamos siempre atentos y seamos críticos y reflexivos sobre los valores que fundamentan nuestra democracia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, “*Derecho Constitucional*”, 10ª Ed., Tecnos, Madrid, 2021.
- Belda, E., “*Elementos simbólicos de la Constitución española. La protección del uso de los símbolos por las personas y las instituciones*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 117, 2019.
- Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel, “*En torno a la tutela de instituciones y símbolos en el debate público*”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 113, (enero-abril) 2019.
- Cidoncha Martín, Antonio, “*Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial*”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 23, 2009.
- Colomer Bea, David, “*La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales*”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 41, 2019.
- Coleman, Paul, “*La censura maquillada*”, Dykinson, Madrid, 2018.
- García Rodríguez, Javier; “*El discurso de la discriminación y los delitos de odio*”, en la obra colectiva, Pérez Álvarez, Fernando (Dir.), *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, 1ª ed., Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2016.
- Martínez-Pujalte, Antonio Luis; De Domingo, Tomás, “*Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*”, Comares, Granada, 2011.
- Medrano, José María, “*Instituciones, Política y Gobernabilidad*”, en *Revista Colección*, nº 9 2000.
- Ortega Giménez, Cristina, “*Entre el control y el autocontrol en el ejercicio de la libertad de expresión: Un análisis a propósito del caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España. Sentencia objeto de comentario: STEDH, E.E. y J.R. c. España, 13 de marzo de 2018*”, en la obra colectiva, Ortega Giménez, Alfonso (coord.), Ruda González, Albert (dir.) y Jerez Delgado, Carmen (dir.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: Materiales del IV Encuentro anual del Centro Español del European Law Institute*, 2021, p 6.
- Revenga Sánchez, Miguel, “*Protección multinivel de los derechos fundamentales y lucha contra el terrorismo a escala europea: a propósito de las listas negras y otras anomalías de la Unión*”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, nº 82, 2, 2008.

- Roig Torres, Margarita, “*Delimitación entre libertad de expresión y discurso del odio*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- Sánchez Lorenzo, Jesús, “*Tesis Doctoral: Opinión pública libre, opinión publicada. La libertad de comunicación pública y los medios de comunicación*”, UNED, 2019.
- Sanmartín Esplugues, José, “*¿Qué es violencia? Una aproximación al concepto y a la clasificación de la violencia*”, Revista de Filosofía, nº 42, 2007, 9-21, p. 1.
- Solozabal Echevarria, Juan José, “*La libertad de expresión desde la teoría de los Derechos Fundamentales*”, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.
- Valero Heredia, A., “*Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial*”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 110, 2017.
- Vernet i Llobet, Jaume, “*Símbolos y fiestas nacionales en España*”, en Revista Teoría y Realidad Constitucional, nº 12, 2003.
- Vidal Marín, Tomás, “*Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional*”, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 397, 2007.

