

CRÓNICA DE UNA CONDENA ANUNCIADA: EL ASUNTO *STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA C.* ESPAÑA SOBRE LA QUEMA DE FOTOS DEL REY

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Catedrático (A) de Derecho constitucional
Universidad de Oviedo

SUMARIO

I. Aproximación: la libertad de expresión como uno de los fundamentos de las sociedades democráticas. II. Libertad de expresión y debate político. III. Los antecedentes del caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*. IV. La sentencia del TEDH en el caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*. V. ¿Conclusiones?

I. APROXIMACIÓN: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO UNO DE LOS FUNDAMENTOS DE LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS¹

Por comenzar con unas palabras bien conocidas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en lo sucesivo), «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo social» (asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976) y tal afirmación es válida no sólo para «las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una «sociedad democrática. Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al objetivo legítimo que se persigue».

De este modo le corresponde al TEDH enjuiciar si las restricciones impuestas por los Estados son compatibles con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); esto es, si están previstas por la ley, si persiguen alguno de los fines enunciados por el apartado segundo del artículo 10 y si, finalmente, se trata de medidas necesarias «en una sociedad

¹ Me ocupé de estas cuestiones en PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO; *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, Lisboa, 2017; en especial en las pp. 99 y ss. y 123 y ss.

democrática. Al efectuar ese control, el Tribunal no se limita a los razonamientos empleados por las resoluciones judiciales nacionales sino que valora el conjunto del caso, pudiendo apreciar como relevantes hechos o circunstancias no tenidas en cuenta en la vía jurisdiccional nacional. Aunque la intensidad del control europeo varía en función del mayor o menor margen de apreciación que se reconoce al Estado según el grado de conexión de la expresión o información con el valor democracia o el grado de intrusividad de la medida, el Tribunal exige, en todo caso, que el Estado ofrezca razones «adecuadas y suficientes» para justificar la restricción del derecho (asunto *Handyside*, cit., p. 52).

Incidir en la relevancia de la libertad de expresión no es, claro, algo novedoso, pues desde mucho tiempo atrás se ha insistido en que un Estado democrático no puede entenderse sin una amplia garantía de la libertad de expresión y ésta no puede existir sino es en una organización política estructurada de forma democrática. Pero, además, y aunque no se suele prestarle tanta atención, ese derecho fundamental es también un requisito esencial para el libre desarrollo personal, que se orienta, principalmente, a la realización de la «máxima» autodeterminación de los individuos como expresión de los valores «libertad» y «pluralismo». En el servicio de este derecho tanto al bienestar colectivo como a la realización personal del ciudadano ya incidió en su momento John Stuart Mill en *Sobre la libertad*².

La libertad de expresión sirve también, pues, para que cada persona pueda manifestarse de forma autónoma y para singularizarse respecto a los demás sujetos que integran la sociedad; es, en suma, un presupuesto para el ejercicio de la autonomía de cada uno, para la interacción intelectual y emocional con los otros y para el crecimiento interno personal³.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEBATE POLÍTICO

La libertad de expresión alcanza una protección especial cuando se ejerce en el marco del debate político; en palabras del TEDH, «preciosa para cada persona, la libertad de expresión lo es muy especialmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario exigen que el Tribunal lleve a cabo uno de los controles más estrictos (asunto *Castells c. España*, de 23 abril 1992, p. 42).

2 Así, por ejemplo, «Gana más la sociedad con los errores de un hombre que, después de estudio y preparación, piensa por sí mismo, que con las opiniones justas de los que las profesan solamente porque no se permiten el lujo de pensar. No queremos decir con esto, que la libertad de pensamiento sea necesaria, única o principalmente, para formar grandes pensadores. Muy al contrario, es también y quizá más indispensable para hacer que el común de los hombres sean capaces de vislumbrar la estatura mental que pueden alcanzar. Han existido, y pueden volver a existir, grandes pensadores individuales en una atmósfera general de esclavitud mental. Pero nunca existió, ni jamás existirá en una atmósfera tal, un pueblo intelectualmente activo. Cuando un pueblo ha poseído temporalmente esta actividad, ha sido porque allí, durante algún tiempo, dejaron de actuar los temores a las especulaciones heterodoxas»; Aguilar. *Libera los libros*, p. 49. <https://librosgratis2016.files.wordpress.com/2016/01/stuart-mill-john-sobre-la-libertad.pdf> (a 18 de mayo de 2018).

3 Así, K. GREENAWALT; *Fighting words: individuals, communities, and liberties of speech*, Princeton University Press, 1995, p. 5.

Además, los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un político, al que se alude en condición de tal, que para un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitablemente a un control minucioso de sus hechos y actitudes, tanto por los periodistas como por las masas; por consiguiente, deberá mostrar mayor tolerancia. Ciertamente, tiene derecho a que se proteja su reputación, incluso fuera del ámbito de su vida privada, pero los imperativos de tal protección deben ponderarse con los intereses del libre debate de las cuestiones políticas, dado que las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación estricta (caso *Otegui Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, donde, además se resume la jurisprudencia anterior en la materia). En este caso el TEDH consideró contrarias al Convenio las condenas de los tribunales españoles al señor Otegui por haber pronunciado, entre otras, las siguientes palabras en una conferencia de prensa: «... el Rey español es el jefe máximo del ejército español, es decir, el responsable de torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia».

El Tribunal estimó que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado español, no lo pone al abrigo de todas las críticas en el ejercicio de sus funciones oficiales o, como en el presente caso, en su condición de representante del Estado, al cual simboliza, de las procedentes de aquellos que se oponen legítimamente a las estructuras constitucionales de dicho Estado, incluido su régimen monárquico.

Destacó también el TEDH que es precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, cuando más preciosa es la libertad de expresión. Asimismo, estimó que el hecho de que la persona del Rey no esté «sujeta a responsabilidad» en virtud de la Constitución española, concretamente en el ámbito penal, no impide de por sí el libre debate sobre su eventual responsabilidad institucional, incluso simbólica, en la jefatura del Estado, dentro de los límites del respeto de su reputación como persona (p. 56).

El TEDH consideró relevante que las declaraciones del demandante tenían un nexo suficiente con las acusaciones de malos tratos, hechas públicas por el director del diario *Egunkaria* cuando fue puesto en libertad. Asimismo, señala, que se podía entender que las expresiones empleadas por el demandante se inscribían en el ámbito de un debate político más amplio sobre la eventual responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado en algunos casos de malos tratos (p. 53).

Al examinar las declaraciones en sí mismas, el Tribunal reconoció que el lenguaje utilizado por el demandante pudo considerarse provocador. No obstante, y si bien es cierto que toda persona que participa en un debate público de interés general, como el demandante en este supuesto, está obligada a no sobrepasar ciertos límites en relación, concretamente, con el respeto de la reputación y los derechos ajenos, sí le está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, ser algo inmoderada en sus declaraciones. El TEDH señaló que aunque algunos de los términos del discurso del demandante pintaban uno de los cuadros más negativos del Rey como institución, adquiriendo así una connotación hostil, no exhortaban al uso de la violencia ni se trataba de un discurso de odio. Asimismo, el Tribunal tuvo en cuenta el hecho de que se trataba de declaraciones orales realizadas durante una rueda de prensa, lo que no dio al demandante la posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retirarlas antes de que se hicieran públicas (p. 54).

Finalmente, cabe plantearse hasta dónde llega el espacio para la crítica acerba y satírica de los ciudadanos respecto a los cargos políticos e institucionales. El TEDH lo hizo con ocasión del asunto *Eon c. Francia*, de 14 de marzo de 2013, donde revisó la condena impuesta por los tribunales franceses a un ciudadano que enarbó un pequeño cartel con la expresión «Casse toi pov'con» (lárgate, pobre gilipollas), al paso de la comitiva del presidente Sarkozy, expresión que anteriormente había empleado el propio Sarkozy para dirigirse a un agricultor que se había negado a darle la mano.

El TEDH consideró que la expresión debía analizarse a la luz del conjunto del caso y en particular con respecto a la calidad de su destinatario, del demandante, de su forma y del contexto de repetición en el que se hizo. Y recordó su conocida doctrina de que los límites de la crítica aceptable son más amplios para un político, considerado en esta calidad, que para un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitablemente y conscientemente a un control de sus acciones tanto por parte de los periodistas como por la ciudadanía en general. Por lo tanto, debe mostrar una mayor tolerancia.

Volviendo al caso, el Tribunal señaló (p. 60) que al retomar una fórmula ruda, empleada por el Presidente de la República, ampliamente difundida por los medios de comunicación, posteriormente comentada por una gran audiencia en forma frecuentemente humorística, el demandante decidió expresar sus críticas de una forma impertinente satírica. Sin embargo, el TEDH recordó que la sátira es una forma de expresión artística y comentario social que exagerando y distorsionando la realidad, pretende provocar y agitar. Por lo tanto, es necesario examinar con especial atención cualquier injerencia en el derecho de un artista —o de cualquier otra persona— a expresarse por este medio (asunto *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, de 25 de enero de 2007; *Alves da Silva c. Portugal*, de 20 de octubre de 2009, y, mutatis mutandis, *Tuşalp c. Turquía*, de 21 de febrero de 2012).

Finalmente, en el asunto *Eon* (p.61) el Tribunal consideró que castigar penalmente comportamientos como el del demandante en este caso es probable que tenga un efecto disuasorio sobre las intervenciones satíricas relativas a personalidades sociales que también puede jugar un papel muy importante en el libre debate de cuestiones de interés general sin el cual no existe una sociedad democrática.

III. LOS ANTECEDENTES DEL CASO *STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA C. ESPAÑA*

El artículo 490.3 del Código penal dispone que «el que calumniare o injuriare al Rey, a la Reina o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o a la Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son».

Pues bien, en aplicación de este tipo delictivo, el 9 de julio de 2008, el Juzgado Central de lo penal de la Audiencia Nacional condenó a Enric Stern Taulats y a Jaume Roura Capellera por haber quemado unas fotos del Rey Juan Carlos y de su esposa, como autores de un delito de injurias contra la Corona, a una pena de quince meses de prisión

e inhabilitación de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago por mitad de las costas. Dadas las circunstancias personales de los condenados, que no lo habían sido antes a una pena por delito o falta, junto con sus edades y profesiones, el Juez les impuso a cada uno la multa de 2.700 euros sustitutiva de la pena de prisión, advirtiendo que, conforme al artículo 88 del Código penal, en caso de impago, total o parcial, de la multa, deberían cumplir la pena de prisión impuesta.

El día 5 de diciembre de 2008, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmó esta sentencia y el Tribunal Constitucional, en la STC 177/2015, de 22 de julio, desestimó el recurso de amparo. De acuerdo con los antecedentes de hecho de esta última resolución, «sobre las 20:00 horas del día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita institucional de S.M. el Rey a la ciudad de Gerona, Jaume Roura Capellera y Enric Stern Taulats ... quemaron previa colocación boca abajo de una fotografía de SS.MM. los Reyes de España en el curso de una concentración en la Plaza de Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía '300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española'. Lo citados iban con el rostro tapado para no ser identificados y, tras colocar la citada fotografía de gran tamaño de SS.MM. los Reyes en la forma expuesta, en el centro de la plaza se procedió por Enric Stern a rociarla con un líquido inflamable y por Jaume Roura a prenderle fuego con una antorcha procediendo a su quema, mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza».

La citada Sentencia consideró que los hechos que acaban de recordarse eran constitutivos de un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 del Código penal (CP) y por este motivo condenó a los hoy recurrentes en amparo a la pena de quince meses de prisión, que fue sustituida por multa de treinta meses con una cuota diaria de tres euros, lo que arroja un total de 2.700 €. En el criterio de la Sentencia y a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en asuntos semejantes (SSTS de 28 de noviembre y 6 de diciembre de 1985), la condena de los recurrentes se funda en la naturaleza injuriosa de los hechos que protagonizaron, toda vez que «colocan la fotografía de SS.MM. los Reyes boca abajo, para ser quemada, tras el desarrollo de una manifestación precedente a la que habían acudido portando líquido inflamable, disfrazados y, por tanto, con la intención evidente de menospreciar la figura de Sus Majestades».

La Sentencia repite este mismo razonamiento poco después, para seguidamente afirmar que «[e]s obvio que para manifestar el rechazo a la Monarquía no es necesario menospreciar y vilipendiar a SS.MM. los Reyes, quemando su fotografía, tras haberla colocado deliberadamente boca abajo», y declarar que «[e]n un Estado democrático, en el que los derechos fundamentales de los ciudadanos se encuentran plenamente garantizados, nadie necesita cubrirse la cara para ejercer los derechos que considera legítimos». Todo lo cual confirma el carácter ilegítimo del acto realizado que no puede encontrar amparo en el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de participación política de los ciudadanos».

Para el Tribunal Constitucional, la conducta de los condenados «... traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados, sin que deba dejar de advertirse además que el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE).

Quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza.

En definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio» (FJ 4).

«... 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 SS.MM. «a un posible riesgo de violencia» (STEDH de 8 de julio de 1999, caso *Süreç 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)...» (FJ 5).

La mayoría del TC que avaló esta resolución lo hizo negando valor expresivo constitucionalmente protegido a la quema de la foto de los Reyes e, incluso, tachando dicho comportamiento de «incitador al odio», mencionando, por si fuera poco lo anterior, un «posible riesgo de violencia» contra ellos.

Estas afirmaciones carecen, en mi opinión, de suficiente sustento iusfundamental: en primer lugar, y como criticaron los magistrados firmantes de los tres votos particulares, se apela erróneamente al «discurso del odio» mencionando jurisprudencia del TEDH que en absoluto avalaba esa conclusión: la varias veces citada sentencia *Feret c. Bélgica* describe esa conducta como «cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante» (§ 44). Pero despreciar la Monarquía como forma de provisión de la Jefatura del Estado, incluso expresar odio a quienes ocupan ese cargo, no es «discurso del odio» en los términos en los que es conceptualmente entendido⁴.

⁴ Sobre el discurso del odio, véanse, en la doctrina constitucional española, los estudios de G. TERUEL LOZANO; *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 255 y ss., y «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 27, 2017 (http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm, a 18 de mayo de 2018); M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.); *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015; A. ARIAS CASTAÑO; «El discurso del odio en el espacio público: una visión desde la doctrina norteamericana del *clear and present danger*», en B. ALÁEZ CORRAL (coord.): *Conflicto de derechos fundamentales en el espacio público*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 149 y ss., L. ALONSO/V. J. VÁZQUEZ (dirs.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio: Textos críticos*, Athenaica, Sevilla, 2017.

Como recuerda el Magistrado Xiol Ríos en su voto particular, «cuando se ha pretendido aplicar la doctrina del discurso del odio a supuestos de una eventual incitación u hostilidad contra personas singulares no integradas en grupos vulnerables se ha negado que se trate de manifestaciones del discurso del odio (STEDH caso *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, § 54).

En segundo lugar, y para avalar la sentencia condenatoria, se explica por la mayoría del TC que «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». ¿Cuál es el motivo por el que tendrían que hacerlo para que comportamiento fuera expresión de una libertad protegida por nuestra Constitución? Es, precisamente, la quema de la fotografía la que se basta para expresar una forma de oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes.

Al respecto, cabe recordar que la quema de la fotografía origen del caso se produjo tras una de una manifestación cuyo objetivo era mostrar el rechazo a la visita del Monarca a Cataluña y donde se exhibió una pancarta que proclamaba «300 años de Borbones, 300 años de ocupación española». Pues bien, en un caso que cabía asimilar al objeto de enjuiciamiento, aunque los hechos fueran bien distintos, el TEDH declaró unos eslóganes de partido, «incluso cuando fueran acompañados por la quema de banderas y fotografías, era una forma de expresar una opinión con respecto a un asunto de máximo interés público» (asunto *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo c. Moldavia*, sentencia de 2 de febrero de 2010, § 27).

Si parece fuera de toda duda que la quema de la foto de los Reyes es un acto expresivo —el propio TC ha admitido que el lenguaje simbólico, incluyendo la destrucción mediante el fuego de fotos y otros emblemas, es un acto comunicativo que implica el ejercicio del derecho a la libertad de expresión— ¿por qué no iba a estar amparado constitucionalmente por dirigirse contra una institución a la que la propia Norma Fundamental ha dotado de un régimen especialmente protector considerando a su titular exento de cualquier tipo de responsabilidad? Precisamente, cuanto menos rendición de cuentas quepa exigir a quienes desempeñan funciones constitucionales mayor nivel de crítica ciudadana tendrán que aceptar como instrumento de legitimación democrática de la citada institución.

En esta línea se había venido orientado la jurisprudencia del TEDH, que sistematiza el Magistrado Xiol Ríos en su voto particular: «... como es reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no puede establecerse una protección privilegiada de los jefes de Estado frente al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información (así, SSTEDH caso *Colombani c Francia*, de 25 de junio de 2002; caso *Artun y Güvener c Turquía*, de 26 de junio de 2007; caso *Gutiérrez Suárez c España*, de 1 de junio de 2010; caso *Eon c Francia*, de 14 de marzo de 2013; caso *Couderc Et Hachette Filipacchi Associés c Francia*, de 12 de junio de 2014). Creo que, en este sentido, es paradigmática la siguiente cita de la STEDH caso *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c Francia*, de 12 de junio de 2014: «El Tribunal concluye igualmente que el interés de un Estado por proteger la reputación de su propio Jefe de Estado o del de un Estado extranjero no puede justificar conferir a este último un privilegio o una protección especiales frente al derecho a informar y a expresar opiniones sobre ellos. Pensar otra cosa no se conciliaría con la práctica y la concepción política actual» (§ 58).

Esta jurisprudencia ha sido ampliada a aquellos casos, como es el de una monarquía constitucional o determinadas repúblicas, en las que el papel que juega el Monarca o el Jefe del Estado es de neutralidad política (así, SSTEDH caso Pakdemírlí c Turquía, de 22 de febrero de 2005; o caso Otegi Mondragón c España, de 15 de marzo de 2011). Así, la citada STEDH caso Otegi Mondragón c España ha proclamado, en relación con una previa condena por injurias al Rey del art. 490.3 CP, que «[e]l Tribunal considera que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y símbolo de la unidad del Estado, no podría ponerlo al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o —como en el caso— como representante del Estado que simboliza, en particular para los que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluido su régimen monárquico» (§ 56)».

IV. LA SENTENCIA DEL TEDH EN EL CASO *STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA C. ESPAÑA*⁵

En primer lugar (p. 21 a 24), el TEDH rechaza estudiar con carácter previo la excepción de inadmisibilidad ex artículo 17 CEDH (prohibición del abuso de derecho) invocada por el Gobierno español al entender que está estrechamente vinculada a la sustancia de las quejas formuladas por los demandantes y, especialmente, a la cuestión de la necesidad de los límites a la libertad de expresión en una sociedad democrática.

El TEDH une, por tanto, la excepción al fondo y descarta aplicar el llamado efecto «guillotinant»⁶ a este tipo de discursos. Como es sabido, el artículo 17 del CEDH prescribe que las disposiciones del CEDH no pueden interpretarse de forma que impliquen «un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo» (caso *Kasy-makhunov y Saybatalov c. Rusia*, de 14 de marzo de 2013, p. 103).

A continuación, el TEDH, luego de repetir lo que ya es una «frase hecha» en asuntos sobre libertad de expresión —vale no solo para «las informaciones o ideas acogidas favorablemente o que se consideran inofensivas o resultan indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o importunan...—, insiste (p. 32) en que «... el artículo 10 § 2 del Convenio no deja apenas margen para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y del debate político —en el que esta adquiere la más alta importancia— o cuestiones de interés general. Además, los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a un hombre político, al que se señala por ostentar esa condición, que a un simple particular: a diferencia de éste, aquel se expone inevitablemente y conscientemente a un control minucioso de sus movimientos tanto por parte de los periodistas como por los ciudadanos de a pie; debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia...

5 Puede verse el comentario a esta sentencia de D. MARTÍN HERRERA; «¿Serán precisas más condenas del TEDH para dejar de proteger lo (in)defendible en España? Crónica de una interminable manipulación del *hate speech* para enmudecer al disidente molesto», *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* vol. 9, n.º 1, 2018.

6 Se refieren a este efecto H. CANNIE y D. VOORHOOF; «The abuse clause and freedom of expression in the European Human Rights Convention: an added value for democracy and human rights protection», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/1, 54-83, 2011, p. 58; lo analiza en la doctrina española TERUEL LOZANO en relación con el negacionismo del Holocausto en *ob. cit.*,..., pp. 144 y ss.

Tiene ciertamente derecho a que su reputación sea protegida, incluso fuera de la esfera de su vida privada, pero las exigencias de esta protección deben ponderarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas, las excepciones a la libertad de expresión requieren de una interpretación restrictiva (ver, principalmente, *Pakdemirli c. Turquía*, 22 de febrero de 2005, y *Artun y Givener c. Turquía*, de 26 de junio de 2007)...»

Como es obvio, no se dice que estemos ante un derecho ilimitado, pues (p. 33) se puede «juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar, incluso prevenir, todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela por que éstas «formalidades», «condiciones», «restricciones» o «sanciones» impuestas sean proporcionales a la finalidad legítima perseguida. No obstante, y si bien es absolutamente legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que ocupan estas instituciones exige a las autoridades de muestras de contención en la utilización de la vía penal (asunto *Jiménez Losantos c. España*, de 14 de junio de 2016, p. 51).

Y, en el marco del debate político, una pena de prisión sólo es compatible con la libertad de expresión en unas circunstancias excepcionales, debiendo considerarse como elemento esencial el hecho de que el discurso incite al uso de la violencia o que constituya un discurso de odio (asunto *Gerger c. Turquía* [Gran Sala], de 8 de julio de 1999).

A continuación, y establecidas estas premisas generales, el TEDH las aplica al caso concreto objeto de enjuiciamiento.

Apunta, en primer lugar, que el acto que se reprocha a los demandantes se enmarcó en el ámbito de la crítica política, y no personal, de la institución de la monarquía en general y en particular del Reino de España como nación. Esta conclusión se manifiesta claramente al examinar el contexto en el que dicho acto tuvo lugar y, diferencia de lo que resolvió la mayoría en la STC 177/2015, el TEDH entiende que la «controvertida puesta en escena se enmarcaba en el ámbito de un debate sobre cuestiones de interés público, a saber la independencia de Cataluña, la forma monárquica del Estado y la crítica al Rey como símbolo de la nación española. Todos estos elementos permiten concluir que no se trataba de un ataque personal dirigido contra el rey de España, que tuviera como objeto menospreciar y vilipendiar a la persona de este último, sino de una crítica a lo que el Rey representa, como Jefe y símbolo del aparato estatal...» (p. 37).

En segundo lugar, y a propósito del acto de quema de la foto de los Reyes, el TEDH también rechaza las conclusiones del TC y estima que se trató de una conducta expresiva que tiene «una relación clara y evidente con la crítica política concreta expresada por los demandantes, que se dirigía al Estado español y su forma monárquica: la efigie del Rey de España es el símbolo del Rey como Jefe del aparato estatal, como lo muestra el hecho de que se reproduce en las monedas y en los sellos, o situada en los lugares emblemáticos de las instituciones públicas; el recurso al fuego y la colocación de la fotografía bocabajo expresan un rechazo o una negación radical, y estos dos medios se explican como manifestación de una crítica de orden político u otro; el tamaño de la fotografía parecía dirigida a asegurar la visibilidad del acto en cuestión, que tuvo lugar en una plaza pública. En las circunstancias del presente caso, el TEDH observa que el acto que se reprocha a los demandantes se enmarcaba en el ámbito de una de estas puestas en escena provocadoras que se utilizan cada vez más para llamar la atención de los medios de comunicación y que, a sus ojos, 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» (p. 38).

En tercer lugar, el TEDH estudia si hubo incitación a la violencia y concluye que no: «un acto de este tipo debe ser interpretado como expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta. La puesta en escena orquestada por los ahora demandantes, aunque haya llevado a quemar una imagen, es 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...» y dicho acto no fue «acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público. Los incidentes que se habrían producido algunos días más tarde en el marco de unos actos de protesta contra la inculpación de los dos demandantes, a los que se refiere el Gobierno, en nada cambian esta conclusión» (p. 39 y 40).

Finalmente, el TEDH también rechaza que se tratara de un caso de «discurso de odio», término que entiende «abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia». Incluir en ese tipo de discurso un acto que es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución conllevaría «una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH —lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática—» (p. 41).

En conclusión, el TEDH estima que no es posible considerar los hechos como parte del discurso de odio, por lo que la excepción preliminar del Gobierno respecto del artículo 17 del Convenio es rechazada. En lo que respecta a la sanción penal impuesta a los demandantes, el TEDH considera que, en las circunstancias de este caso concreto y como ya lo ha dejado asentado en su jurisprudencia, una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco de un debate político representa la más fuerte reprobación jurídica de un comportamiento y constituye una injerencia en la libertad de expresión no proporcionada a la finalidad legítima perseguida ni tampoco necesaria en una sociedad democrática. Por consiguiente, declara que se ha producido una violación del artículo 10 del Convenio.

Además, el TEDH resuelve que no procede examinar la queja respecto del artículo 9 del Convenio; que la declaración de una vulneración aporta por sí misma una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral padecido por los demandantes y falla que España debe abonar, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la sentencia haya adquirido carácter de firmeza, los siguientes importes: dos mil setecientos euros a cada uno de los demandantes y nueve mil conjuntamente por gastos y costas.

V. ¿CONCLUSIONES?

La condena del TEDH a España en el caso que nos ocupa era un resultado totalmente previsible a poco que se conociera —y tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Constitucional la conocen de sobra— la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo: a modo de recopilación, en primer lugar contábamos con la precedente condena en el asunto *Otegui Mondragón c. España*, de 2011, donde el TEDH consideró, a diferencia de lo sostenido por el Tribunal Supremo español y por el propio Tribunal Constitucional, que las declaraciones de Arnaldo Otegui en las que, entre otras cosas, calificaba al Rey como

«el jefe de los torturadores» estaban amparadas por la libertad de expresión: «el hecho que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado, no le ampara ante cualquier crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o —como en este caso— en tanto que representante del Estado que simboliza, concretamente por parte de los que cuestionan legítimamente las estructuras constitucionales de dicho Estado, incluido su régimen monárquico».

Además, cuando se trata, como era el caso, de expresiones o conductas expresivas referidas a un cargo público, «los límites de la crítica aceptable son más amplios... que cuando se trata de un mero particular» (asunto *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986), incluso cuando la crítica afecta a la persona misma porque «la invectiva política a menudo incide en la esfera personal» y representan «azares de la política y del libre debate de ideas, que son las garantías de una sociedad democrática» (asunto *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, de 25 de junio de 2000). Y esta premisa tiene especial valor cuando ese cargo público es el Jefe del Estado: el TEDH ya había dicho varias veces, entre ellas en el caso *Otegui*, que otorgarle mayor protección en una norma especial —léase el art. 490.3 del Código penal— «no se ajusta, en principio, al espíritu del Convenio».

Conocida esta sentencia, y a efectos de evitar nuevos ridículos internacionales y, lo que es realmente importante, vulneraciones de derechos fundamentales ocasionadas por las autoridades españolas, convendría, por una parte, que todos nuestros jueces y tribunales asumieran de una vez por todas el valor especialmente relevante que tiene la libertad de expresión en una sociedad democrática, incluidas las expresiones que pueden molestar u ofender a la mayoría o a una parte importante de la sociedad. Por otra parte, las Cortes Generales tendrían que plantearse derogar o, cuando menos, revisar los delitos de injurias a la Corona (490.3) y de ofensas a símbolos como la bandera o el himno (art. 543): el TEDH nos recuerda, por segunda vez, que no está justificada su especial protección frente a la crítica más o menos sarcástica o provocadora y, por tanto, que su castigo penal es inaceptable en una sociedad democrática avanzada. Y es que, como ya dijo el juez Willian Brennan en el famoso caso *New York Times Co. v. Sullivan*, de 9 de marzo de 1964, «los debates que tengan por objeto cuestiones públicas deberían realizarse sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta, asumiendo, obviamente, que ello puede incluir ataques vehementes, cáusticos y, en ocasiones, desagradables contra el Gobierno y los empleados públicos».

TITLE: Chronicle of a Condemnation Foretold: the Case Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain for setting fire to a royal photo

ABSTRACT: This paper analyzes if setting fire to a photo of the Spanish's royal couple is protected by the right of freedom of expression according to the European Court of Human Rights.

RESUMEN: Este texto analiza si, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conductas como la quema de las fotos del Rey están amparadas por la libertad de expresión.

KEY WORDS: democratic society, freedom of expression, symbolic expression, hate speech, incitement to violence

PALABRAS CLAVE: sociedad democrática, libertad de expresión, conductas expresivas, discurso de odio, incitación a la violencia

FECHA DE RECEPCIÓN: 17.05.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

