

# Siempre vigilantes

Por: MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Oviedo (\*)

“Debemos estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendan controlar las manifestaciones de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte salvo que sea necesario controlarlas para así salvar a la nación...” Hace más de cien años que se escribieron estas famosas palabras por parte del juez Holmes en su voto particular en el asunto *Abrams v. United States*, de 10 de noviembre de 1919.

Mucho tiempo después el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sentenció que la libertad de expresión ampara “no solo 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 existe una sociedad democrática” (STEDH asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976).

Y, dentro de la garantía de la libertad de expresión, goza del máximo nivel de protección la que se ejerce en el contexto político, por lo que toda interferencia sobre su ejercicio es considerada bajo una presunción de ilegitimidad que solo puede levantarse si se justifica por la existencia de una “necesidad social especialmente imperiosa” y ello porque “la libertad de debate político pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira el Convenio” (asunto *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986) y, en consecuencia, el margen de apreciación que le corresponde al Estado es especialmente limitado. Y es que, como sentenció el TEDH en el caso *Mariya Alekhina y otras (Pussy Riot) c. Rusia*, de 17 de julio de 2018, se protegen expresiones de crítica política exteriorizadas de diferentes formas y, así, se ha considerado que la exposición pública de ropa sucia durante un breve periodo cerca del Parlamento, que pretendía reflejar los “trapos sucios de la nación”, suponía una forma de expresión política (caso *Tatár y Fáber c. Hungría*, de 12 de junio de 2012). Igualmente, se concluyó que verter pintura sobre estatuas de Atatürk era un acto de expresión ejecutado como protesta contra el régimen político de la época (asunto *Murat Vural c. Turquía*, de 21 de octubre de 2014).

"Dentro de la garantía de la libertad de expresión goza del máximo nivel de protección la que se ejerce en el contexto político"

Más recientemente (asunto *Mătășaru c. Moldavia*, de 15 de enero de 2019) el TEDH conoció de la demanda del señor Anatol Mătășaru, condenado en su país por realizar actos “inmorales” al exponer esculturas “obscenas” en un lugar público e identificar a funcionarios públicos con órganos genitales. El Tribunal dio la razón al demandante en una resolución que enlaza con la última jurisprudencia sobre la necesidad de proteger, frente a las sanciones penales, los actos de provocación que supongan protestas pacíficas en contra de cargos y empleados públicos en asuntos de interés general. A juicio del TEDH, la sátira es una forma de expresión artística y

comentario social que, exagerando y distorsionando la realidad, tiene como objetivo cierto grado de provocación y agitación política, social, cultural... y condenar a quienes promueven y llevan a cabo estas acciones no solo tiene repercusiones negativas en esas personas sino que también supone un efecto desaliento para otras en lo que respecta al ejercicio de su libertad de expresión.

Todos estos asuntos evidencian que las ya citadas palabras del juez Holmes no han perdido vigencia desde que fueron pronunciadas y, me atrevo a decir, en España deben ser especialmente recordadas en los momentos actuales porque, pese a la consolidación del Estado social y democrático de Derecho y la proclamación de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político como valores superiores de nuestro ordenamiento (art. 1.1 CE), perviven amenazas reales a la libertad de expresión y no parece descartable, a la vista de no pocas resoluciones judiciales y de algunas reformas legislativas, que vayan a más.

Mencionaremos algunas y las comentaremos, brevemente, apoyándonos en jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (TC) y del TEDH, lo que evidencia, por si fuera necesario, que la necesidad de estar vigilantes en este ámbito no es una necesidad exclusiva de España.

#### Siempre vigilantes frente al legislador

En primer lugar, es preciso mantener la vigilancia respecto de un poder legislativo que en los últimos años, y desde luego con el “Código penal de la democracia”, de 1995, ha venido introduciendo numerosas disposiciones sancionadoras de tipo penal y administrativo que carecen de fundamento constitucional y pueden ejercer un auténtico efecto desaliento sobre quienes, como diría el juez Brennan, quieren expresarse de modo abierto y desinhibido. Mencionaremos algunos ejemplos derivados de la jurisprudencia del TEDH en casos en los que se condenó a España pero también a otros países y de los que cabría derivar la exigencia de reformas legales en nuestro ordenamiento.

En el asunto *Eon c. Francia*, de 14 de marzo de 2013, el TEDH revisó la condena impuesta por los tribunales franceses a un ciudadano que enarboló 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 inevitable y conscientemente a un control de sus acciones tanto por parte de los periodistas como por la ciudadanía en general. Por todo ello debe mostrar una mayor tolerancia. El Tribunal consideró que el castigo penal de comportamientos como el del demandante puede causar un efecto disuasorio sobre las intervenciones satíricas relativas a personalidades sociales. Previamente, en el caso *Couderc Et Hachette Filipacchi Associés c Francia*, de 12 de junio de 2014, el propio TEDH había concluido 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”.

"En España, pese a la consolidación del Estado social y democrático de Derecho y la proclamación de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político como valores superiores de nuestro ordenamiento, perviven amenazas reales a la libertad de expresión"

Pues bien, de acuerdo con esta jurisprudencia, que nos vincula por exigencia del artículo 10.2 CE -"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"-, sería necesario que el legislador eliminara de nuestro Código penal preceptos como los artículos 490.3 y 491, que castigan de forma más severa las injurias y calumnias contra el Jefe del Estado y su familia que aquellas otras en las que la víctima no ostenta esa condición.

Otra injerencia legislativa, a mi juicio inconstitucional, en la libertad de expresión la constituye el vigente artículo 543 del Código penal: "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". Y es que el TEDH ya ha dejado claro que se viola la libertad de expresión cuando se castigan como ofensas o ultrajes a símbolos del Estado actos de expresión política que exteriorizan el rechazo a un Estado o a un Jefe de Estado. Así, en el caso Partido Popular Demócrata-Cristiano c. Moldavia, de 2 de febrero de 2010, ese Tribunal consideró que "...los eslóganes del partido demandante, incluso cuando fueran acompañados por la quema de banderas y fotografías, era una forma de expresar una opinión con respecto a un asunto de máximo interés público..."

Y no en vano, en el reciente asunto Roura Capellera y Stern Taulats c. España, de 13 de marzo de 2018, que trae causa de la condena en nuestro país a los demandantes por haber quemado una foto de los anteriores Reyes, el TEDH rechazó las conclusiones del TC -que llegó a hablar de un "clima de odio"- y consideró que lo que había ocurrido fue "una crítica política concreta que se dirigía al Estado español y su forma monárquica" y que el acto que se reprochó y por el que se condenó 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 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. En lo que respecta a la sanción penal impuesta a los demandantes, el TEDH concluyó que representaba la más fuerte reprobación jurídica de un comportamiento y constituía una injerencia en la libertad de expresión no proporcionada a la finalidad legítima perseguida ni tampoco necesaria en una sociedad democrática.

"Otra injerencia legislativa en la libertad de expresión la constituye el vigente artículo 543 del Código penal: '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'"

Si estos son ejemplos de lege data similares argumentos se deben esgrimir contra el proclamado propósito de los portavoces de algunos grupos parlamentarios y de miembros del Gobierno de reformar el Código penal para incorporar como delito la apología del franquismo, pues no cabe imponer una adhesión inquebrantable a la Constitución o al sistema democrático que impida la expresión de ideas que defiendan o reivindiquen las supuestas bondades de la dictadura franquista o, en general, de un Estado totalitario, fascista. Hay que insistir en que el pluralismo político ampara a los enemigos de la libertad no solo para tener esas convicciones sino también,

y principalmente, para exteriorizarlas de manera individual (libertad de expresión) o colectiva (libertades de reunión y manifestación, derecho de asociación). Y es que existe un interés democrático en permitir que puedan difundir sus ideas individuos y grupos que actúan contra corriente o en los márgenes del sistema y no pueden ser excluidos por tales motivos del foro público. Si el anunciado propósito criminalizador llega a culminarse dudo mucho que pueda superar un test de constitucionalidad ni, en su caso, de convencionalidad.

#### Siempre vigilantes frente al Gobierno y las Administraciones Públicas

Si es importante mantener la vigilancia sobre el legislador no lo es menos prestar atención al obrar del Gobierno y, en general, de las autoridades administrativas, órganos a los que las leyes han venido dotando de mecanismos sancionadores cada vez más potentes, sin que se haya reparado lo suficiente en el tremendo potencial desalentador para el ejercicio de la libertad de expresión que puede representar la aplicación del Derecho administrativo sancionador. Así, por citar un primer ejemplo, el artículo 36.23 de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) considera infracción grave “el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad...”, previsión de dudosísima constitucionalidad (parece que el TC nos lo dirá en breve) porque las autoridades y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ejercen funciones públicas de extraordinaria relevancia y están sujetas, en dicho ejercicio, al control ciudadano y de los poderes públicos, lo que debe implicar que, con carácter general, la regla sea la contraria: el derecho a recabar fotos o datos, premisa aceptada en su día en la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En esta línea se han manifestado tanto el TEDH -caso Sörek c. Turquía (número 2) de 8 julio 1999- como el TC (STC 72/2007, de 16 de abril), que avaló la publicación de una foto en la que se identificaba a una agente de la policía local de Madrid que participó en un desahucio. Por si fuera poco, el artículo 36.23 establece una censura previa, prohibida expresamente por el artículo 20 CE, al aludir al uso no autorizado de imágenes y datos (véase al respecto la STC 187/1999, de 25 de octubre).

Por su parte, el artículo 37.4 de la misma LOPSC tipifica como infracción leve “las faltas de respeto y consideración cuyo destinatario sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad, cuando estas conductas no sean constitutivas de infracción penal”. En este caso, la Administración es “parte” denunciante y “juez” sancionador y las declaraciones de los agentes supuestamente ofendidos gozan de presunción de veracidad Y no deja de ser llamativo el elevado número de sanciones que se han justificado en este precepto: 19.497 en el año 2016 que ascendieron a 3.006.761 euros; 21.122 se impusieron en 2017 por un importe de 3.099.743 euros y 21.258 en 2018 por valor de 3.154.937 euros (últimos datos oficiales disponibles).

"El artículo 36.23 de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) considera infracción grave 'el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad...', previsión de dudosísima constitucionalidad"

Pues bien, si resulta que tomar y divulgar fotos de los agentes de la autoridad sin su consentimiento o faltar al respeto a un miembro de las fuerzas de seguridad -a juicio del propio

agente- tiene como consecuencia, en el primer caso, una multa de entre 601 y 30.000 euros y, en el segundo, de entre 100 y 600 euros, no parece exagerado pensar que se está generando “un efecto... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada” (STC 136/1999, de 20 de julio; STEDH de 22 de febrero de 1989, Barfod c. Noruega).

Lo novedoso de los tiempos que corren radica en que esta intromisión administrativa en la libertad de expresión se está empezando a amparar en la necesaria protección jurídica de las personas y los grupos vulnerables; así, en una serie de leyes autonómicas muy recientes y con el objetivo similar de garantizar el derecho de toda persona a no ser discriminada por razón de su orientación sexual o identidad y/o expresión se han introducido disposiciones sancionadoras que, en su fase más exacerbada, implican la imposición de cuantiosas sanciones económicas por descalificar a determinados colectivos o llevar a cabo actos de mera provocación a las instituciones o a una parte de la sociedad. Viendo el catálogo de hechos sancionables de acuerdo con las citadas leyes autonómicas resulta discutible que se habilite a la propia Administración, y no a un órgano judicial, para calificar una expresión como vejatoria por razón de orientación o identidad sexual y no solo cuando la misma se haya emitido en el contexto de la prestación de un servicio público sino también si se llevó a cabo, como dicen, por ejemplo, las leyes de Andalucía y Aragón, “en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o a través de las redes sociales”.

La reiteración de estas conductas hace que la infracción pase de leve a grave, lo que en muchas Comunidades Autónomas conlleva una sanción que puede llegar a los 20.000 euros (Madrid, Comunidad Valenciana, Aragón, Murcia, Extremadura, Navarra...) pero que, por ejemplo, es sancionable hasta con 30.000 en Balears y 60.000 euros en Andalucía. Sanciones administrativas de esta cuantía pueden implicar un importe económico muy superior al que correspondería a un delito de injurias graves hechas con publicidad, que (art. 209 CP) se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses.

Siempre vigilantes frente a los Tribunales

Finalmente, al efecto desaliento en materia de libertad de expresión han venido contribuyendo en los últimos tiempos algunas decisiones judiciales bien porque, en primer lugar, han admitido a trámite denuncias manifiestamente carentes de mínimo fundamento penal (recuérdese, por ejemplo, el caso de Dani Mateo y su “número” con la bandera española), ignorando que el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que “formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciese a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa”.

"La cosa empeora cuando no solo se admiten las denuncias sino que terminan en sentencias condenatorias sobre expresiones que parecían claramente ejercicio del derecho fundamental que nos ocupa"

Pero la cosa empeora cuando no solo se admiten las denuncias sino que terminan en sentencias condenatorias sobre expresiones que parecían claramente ejercicio del derecho fundamental que nos ocupa. En algunos supuestos las condenas de primera instancia, al menos, han sido

revocadas tras los correspondientes recursos (ejemplo reciente es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que revocó el fallo del Juzgado que condenó al autor de un poema machista sobre la actual ministra de Igualdad, Irene Montero, y a la revista de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria que lo publicó, a pagar 50.000 y 20.000 euros, respectivamente) y en otros han tenido que ser los más altos tribunales españoles o internacionales los que pusieran fin al desafuero; así, por mencionar otro caso bien conocido, la recientísima STC 35/2020, de 25 de febrero, en la que se anuló la condena del Tribunal Supremo al cantante Strawberry por no haber “dado cumplimiento con la necesaria suficiencia a la exigencia de valoración previa acerca de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos”. En el ámbito internacional ya mencionamos la condena a España en el asunto de la quema de la foto de los anteriores Reyes y se podrían citar algunos casos más.

Estas líneas no han pretendido transmitir la impresión, parafraseando al juez Holmes, de la existencia de “una amenaza clara e inminente” contra la libertad de expresión; sí la de que no hay que dar por descontada su plena eficacia y que debemos recordar, como dijo Louis Brandeis, colega y amigo de Holmes, que la función de la libertad de expresión es liberarnos del cautiverio de los miedos irracionales.

(\*) Coautor, con Germán Teruel, del libro *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, Lisboa, 2017, y autor de diversos estudios sobre la libertad de expresión. Editor del blog *El derecho y el revés* (<https://presnolinera.wordpress.com>).

ilustracion MIGUEL ANGEL PRESNO

Palabras clave: Libertad de expresión, Limitaciones de derechos, Estado de Derecho.

Keywords: Freedom of expression, Limitations of rights, Rule of Law.

Resumen

“Debemos estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendan controlar las manifestaciones de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte salvo que sea necesario controlarlas para así salvar a la nación...” Hace más de cien años que se escribieron estas famosas palabras por parte del juez Holmes en su voto particular en el asunto *Abrams v. United States*, de 10 de noviembre de 1919. Las palabras de Holmes, en España

deben ser especialmente recordadas en los momentos actuales porque, pese a la consolidación del Estado social y democrático de Derecho y la proclamación de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político como valores superiores de nuestro ordenamiento (art. 1.1 CE), perviven amenazas reales a la libertad de expresión y no parece descartable, a la vista de no pocas resoluciones judiciales y de algunas reformas legislativas, que no es descartable vayan a más.

#### Abstract

"We should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country." Those famous words were written by Judge Holmes more than a hundred years ago in his dissent on the case of *Abrams v. United States* on 10 November 1919. Holmes' words are particularly resonant in Spain today, because despite our consolidated social and democratic state and the proclamation of freedom, equality, justice and political pluralism as the highest values of our system (Article 1.1 of the Spanish constitution), real threats to freedom of expression persist, and in view of some judicial resolutions and legislative reforms, they may increase.