

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL DISIDENTE Y SU ARTICULACIÓN  
JURISPRUDENCIAL EN ESTADOS UNIDOS Y EN EUROPA  
*THE DISSIDENT'S FREEDOM OF EXPRESSION AND ITS CASE  
LAW IN THE UNITED STATES AND EUROPE*

*Miguel Ángel Presno Linera\**  
*Catedrático de Derecho constitucional  
Universidad de Oviedo*

RESUMEN

Es este trabajo se estudia el desarrollo, primero en Estados Unidos y después en Europa, de la inclusión de la exteriorización de opiniones o ideas —bien con palabras, bien con actos provocadores y desafiantes que cuestionan el orden establecido o algunas de las principales instituciones del Estado— como una de las facultades propias del derecho a la libertad de expresión. Para hablar de la libertad de expresión del disidente se analizará la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y se concluirá recordando al legislador y a los tribunales españoles que esa amplia garantía de la libertad de expresión está protegida por la Constitución y por los tratados sobre derechos humanos de los que España forma parte.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales, libertad de expresión, disidencia, Tribunal Supremo de Estados Unidos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the development, first in the United States and then in Europe, of the inclusion, as part of the right to freedom of expression, of the opinions or ideas, either with words or provocative and challenging acts, which call into question the established order or some of the main institutions of the State. In order to do so, the case law of the Supreme Court of the United States and that of the European Court of Human Rights will be examined. Finally, the paper concludes with a reminder to the legislator and the Spanish courts that this broad guarantee of freedom of expression is protected by the Constitution and by the human rights treaties ratified by Spain.

KEY WORDS

Fundamental rights, freedom of speech, dissidence, Supreme Court of the United States, European Court of Human Rights.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2022.036>

---

\* Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Oviedo. Correo electrónico: [presnolinera@gmail.com](mailto:presnolinera@gmail.com). Orcid: 0000-0002-0033-6159. Blog: <http://presnolinera.wordpress.com>. Twitter: @PresnoLinera. Página académica: <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>. Quisiera agradecer a las dos personas que han evaluado este trabajo sus valiosas sugerencias y comentarios.

# LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL DISIDENTE Y SU ARTICULACIÓN JURISPRUDENCIAL EN ESTADOS UNIDOS Y EN EUROPA

Miguel Ángel Presno Linera

Catedrático de Derecho constitucional  
Universidad de Oviedo

**Sumario:** 1. Presentación. 2. El desarrollo de la libertad de expresión del disidente en Estados Unidos: de la Sediton Act y el *bad tendency test* al *clear and present danger test*. 3. La exteriorización de la disidencia por medio de actos expresivos frente a símbolos nacionales de Estados Unidos. 4. ¿Un punto de inflexión en la jurisprudencia norteamericana en el contexto de la lucha contra el terrorismo? El asunto *Holder vs. Humanitarian Law Project*. 5. La libertad de expresión en Europa como derecho que, *prima facie*, ampara ideas que ofenden al Estado o a sus símbolos. 6. La exteriorización de la disidencia con actos expresivos contra estatuas, monumentos y lugares simbólicos en Europa. 7. Algunos recordatorios para el legislador y los tribunales españoles a propósito de la libertad de expresión del disidente. Notas. Bibliografía.

## 1. PRESENTACIÓN

En una sentencia *clásica* del Tribunal Supremo de Estados Unidos se afirmó con vigor «[...] el derecho [...] a ser intelectualmente diferente o a discrepar, así como a no estar de acuerdo con lo que representa el orden establecido, [...] incluyendo naturalmente las opiniones provocadoras o despreciativas» (asunto *Texas vs. Johnson*, de 21 de junio de 1989). Pues bien, de eso es de lo que hablaremos en las siguientes páginas: de la libertad para exteriorizar opiniones e ideas que, citando otra sentencia no menos *clásica*, en este caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puedan ofender, molestar o inquietar a la

mayoría social o desafiar a las instituciones más importantes del Estado (asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 29 de abril de 1976).

La amplia protección que actualmente recibe la expresión de la disidencia política, social o cultural tanto en Estados Unidos como en la mayoría de los países que forman parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos es el fruto de un largo recorrido histórico que a ambos lados del Atlántico ha estado jalonado por avances normativos y, en buena medida, jurisprudenciales, pero que también ha experimentado no pocos retrocesos y que, desde luego, no puede considerarse totalmente consolidado, como hemos podido constatar en los últimos tiempos en España tras el dictado de algunas sentencias penales, avaladas por el Tribunal Constitucional, que han condenado a los acusados por haber realizado actos expresivos como quemar una foto del anterior jefe del Estado o instar a los participantes de una protesta laboral realizada ante una instalación militar a quemar «a puta bandeira».

Lo que aquí tratamos de sostener es que la libertad de expresión es tanto más valiosa cuanto más eficaz sea para oponerse de manera pacífica al orden establecido, conclusión a la que llegó el Tribunal Supremo norteamericano no sin antes pasar por episodios oscuros como los que supusieron varios de sus pronunciamientos recaídos después de que el país entrara en la Primera Guerra Mundial o en los primeros años de la Guerra Fría.

Por lo que respecta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los últimos años ha tenido que hacer frente a un número creciente de demandas contra países de mayor o menor tradición democrática (desde Francia a Turquía, pasando por España, Rusia —país que ha abandonado su jurisdicción en el momento de revisar estas páginas—, Ucrania, Bulgaria o Moldavia) que traen causa de las sanciones, mayoritariamente penales, pero también administrativas, impuestas a quienes, de manera satírica, cuando no provocadora y desafiante, pero también pacífica, han llevado a cabo actos de protesta contra los titulares de las más altas instituciones del Estado o ante monumentos y espacios públicos considerados de especial simbolismo político o vinculados —por motivos históricos, culturales o religiosos— a los sentimientos nacionales.

En este sentido, no está de más recordar la llamada del juez Holmes, que también experimentó su propio proceso de aceptación de la expresión de la disidencia, a estar «siempre vigilantes» para poner freno a quienes pretendan controlar las manifestaciones de ideas u opiniones que detestemos o que consideremos peligrosas.

## 2. EL DESARROLLO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL DISIENTE EN ESTADOS UNIDOS: DE LA SEDITION ACT Y EL BAD TENDENCY TEST AL CLEAR AND PRESENT DANGER TEST

Comencemos recordando una historia bien conocida: en el importantísimo asunto *New York Times Co. vs. United States*, de 30 de junio de 1971, el llamado caso de «los papeles del Pentágono», el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó una sentencia *per curiam* sobre la divulgación periodística de documentos relativos a la guerra de Vietnam que el Gobierno había declarado secretos y que fueron filtrados por un antiguo empleado

del Pentágono, Daniel Ellsberg. Los documentos empezaron a ser publicados por el *New York Times* y por el *Washington Post*, y el 15 de junio de 1971 el Gobierno solicitó en sede judicial que se prohibiese la divulgación de más extractos, dado que ello supondría un peligro grave e inminente contra la seguridad de los Estados Unidos.

Los tribunales inferiores dieron la razón al Gobierno en la petición contra el *Times*, pero no contra el *Post*; con una celeridad inusual, los casos llegaron al Tribunal Supremo, que también los tramitó con gran diligencia y declaró que todo sistema de censura previa tiene en su contra una robusta presunción de inconstitucionalidad, por lo que el Gobierno debe asumir la carga de probar la necesidad de esa censura. Como tal exigencia no fue cumplida por el ejecutivo, el Tribunal Supremo avaló el rechazo de la petición contra el *Post*, pero se pronunció en sentido contrario respecto a la petición contra el *Times*.

En la sentencia hay una mención expresa al precedente que supuso el asunto *Near vs. Minnesota*, de 1 de junio de 1931, el primer gran caso sobre la libertad de prensa en palabras de Anthony Lewis (1992: 90)<sup>1</sup>, y los votos concurrentes incluyen afirmaciones rotundas sobre la cuestión que aquí nos ocupa: así, en el voto emitido por los jueces Black y Douglas se afirma que la protección de los secretos militares y diplomáticos en detrimento de la información sobre el Gobierno representativo no proporciona seguridad real a la República; por el contrario, y citando las palabras del *Chief Justice* Hughes en el caso *De Jonge vs. Oregon*, de 4 de enero de 1937, «[...] cuanto más importante resulta la protección de nuestra comunidad frente al llamamiento a derribar las instituciones por la fuerza y la violencia, resulta más imperativa la necesidad de preservar inviolados los derechos constitucionales a la libre expresión, la libertad de prensa y la libertad de reunión para así permitir la formación de una discusión política libre y ello para que el Gobierno sea responsable ante el pueblo [...] Ahí residen la seguridad de la República y el fundamento mismo del orden constitucional [...] en relación con las cuestiones públicas, el debate debe producirse sin inhibiciones, ser robusto y ampliamente abierto [...]».

Como también es sabido, las cosas no siempre fueron así en los Estados Unidos; retrocediendo mucho en el tiempo, la aprobación de la Sedition Act el 14 de julio de 1798, en el contexto de una posible guerra contra Francia —Geoffrey Stone (2008: 207) habla de «cuasi guerra»— permitía la suspensión del derecho a la libre expresión cuando concurrieran circunstancias excepcionales<sup>2</sup>, pues dicha ley partía de dos premisas: primera, que en momentos de inestabilidad política cualquier manifestación oral o escrita que cuestionase la política llevada a cabo por el Gobierno debía ser neutralizada para salvaguardar la confianza de los ciudadanos en sus instituciones; segunda, que la crítica política debía ser considerada una traición y los discrepantes enemigos del Estado<sup>3</sup>.

Con esta finalidad, la citada ley preveía multas y pena de prisión para quien llevara a cabo la redacción, impresión, declaración o publicación de cualquier escrito o escritos falsos, escandalosos o maliciosos contra el Gobierno, contra el Congreso o contra el presidente de los Estados Unidos con la intención de difamarlos, provocar el desacato a sus órdenes o su mala reputación, instigar contra ellos el odio del buen pueblo de los Estados Unidos, alentar la sedición en los Estados Unidos, promover asociaciones ilegales para oponerse a las leyes válidamente aprobadas o apoyar los planes de las potencias extranjeras contra los Estados Unidos<sup>4</sup>.

Desde la expiración de la Sedition Act, en 1801, hasta que volvieron a surgir conflictos de ámbito federal en relación con la criminalización de conductas desafectas transcurrieron más de cien años. No obstante, como señala Arias Castaño (2018: 56)<sup>5</sup>, este periodo de tranquilidad normativa no implicó la ausencia de disposiciones singulares en los estados para sancionar las críticas a instituciones como la esclavitud ni la inacción de las autoridades federales frente a los que, por ejemplo, demandaban soluciones no militares durante la Guerra de Secesión.

En todo caso, en los primeros años del siglo XX empezó a esbozarse el que posteriormente se denominaría *bad tendency test*, de acuerdo con el cual estaba justificada la sanción penal de ciertas expresiones por su capacidad potencial de generar determinado resultado; este criterio interpretativo puede encontrarse ya en los casos *Turner vs. Williams*, de 16 de mayo de 1904, y *Patterson vs. Colorado*, de 15 de abril de 1907.

En el primero de ellos se enjuició la deportación de un anarquista en virtud de la aplicación de la Alien Immigration Act, de 1903. El Tribunal Supremo concluyó que los puntos de vista anarquistas era tan peligrosa para el interés general que la apología de los mismos por parte de los extranjeros podría producir efectos indeseables para la población norteamericana; por su parte, en el asunto *Patterson vs. Colorado*, la corte consideró que la publicación en un periódico de editoriales y caricaturas críticas con un tribunal por haber dictado determinada sentencia podía ser considerada como constitutiva del delito de desacato judicial, pues las expresiones enjuiciadas «[...] tienden a obstruir la Administración de Justicia».

Los conflictos jurídicos sobre el alcance de la libertad de expresión y el tipo de mensajes que podrían ser considerados delictivos se recrudecieron con ocasión de la entrada de los Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial, y a ello contribuyó, sin duda, la aprobación de leyes *ad hoc* como la Espionage Act de 15 de julio de 1917 y, de nuevo, una Sedition Act, en este caso de 16 de mayo de 1918.

La primera de estas leyes sancionaba cualquier interferencia en las operaciones militares orientada a apoyar a los enemigos de los Estados Unidos durante la guerra; igualmente, castigaba la insubordinación militar y la obstaculización al reclutamiento<sup>6</sup>; la segunda amplió la Espionage Act con el fin de abarcar una gama más amplia de delitos; en particular, para sancionar los discursos y expresiones que cuestionaran las decisiones gubernamentales en relación con los esfuerzos bélicos<sup>7</sup>.

La construcción jurisprudencial que se consolidó con ocasión de los asuntos planteados a raíz de la aplicación de estas normas no presupone la concurrencia de un nexo causal entre las expresiones y un efecto nocivo concreto; bastaba que del contenido del mensaje pudiera extraerse su idoneidad para producir esos resultados, al margen de que realmente dicha consecuencia fuera la pretendida en el asunto objeto de enjuiciamiento.

Así, el primer caso en el que se invocó la Primera Enmienda con ocasión de una condena impuesta a partir de la Ley de Espionaje fue en el famoso asunto *Schenck vs. United States*, de 3 de marzo de 1919, en el que el Tribunal Supremo avaló la constitucionalidad de la ley y, aunque Holmes, juez ponente, hizo referencia a la provocación de un peligro claro e inminente (*clear and present danger*), en realidad se argumentó a partir del *bad tendency*

*test*: si la ley colocaba en el mismo plano las palabras que se pronunciaban y el objetivo de las mismas, no había razón para afirmar que el acto —las palabras— solo era delictivo si alcanzaba los fines que perseguía.

En el posterior, y también muy conocido, caso *Abrams vs. United States*, de 10 de noviembre de 1919, la mayoría concluyó que debemos responder de los posibles efectos que provoquen nuestros actos, y en el asunto *Debs vs. United States*, de 10 de marzo de 1919, el magistrado ponente, el propio juez Holmes, argumentó, para avalar la constitucionalidad de la condena a diez años de prisión impuesta al líder del Partido Socialista, que sus manifestaciones sobre reclutamiento militar habían sido expresadas «[...] de manera tal que su efecto natural sería obstruir el reclutamiento».

Esta configuración está relacionada con el hecho de que en estos momentos conflictivos de finales de la segunda década del siglo XX no se consideró que la libertad de expresión ocupase una posición especialmente relevante en el funcionamiento del sistema democrático estadounidense.

En segundo lugar, el *bad tendency test* no operaba como un criterio jurisprudencial sobre la constitucionalidad de las leyes que limitaban la libertad de expresión, constitucionalidad que debía presumirse.

Finalmente, ese *test* se reforzaba a partir de una concepción militante de la democracia, aunque no recibiera ese nombre ni se construyera dogmáticamente como décadas después lo hizo la Ley Fundamental de Bonn de 1949: en el asunto *Schaefer vs. United States*, de 1 de marzo de 1920, el Tribunal Supremo concluyó que constituía un espectáculo curioso el hecho de que, como hacían los demandantes del caso, se invocara la libertad de expresión garantizada por la Constitución para justificar las actividades anarquistas y de los enemigos de Estados Unidos, utilizando así a la Constitución como ariete contra ella misma.

Acabamos de comentar que, en el asunto *Schenck vs. United States*, el juez Holmes, ponente de la sentencia, empleó ya la expresión *clear and present danger*, si bien no cabe concluir que ahí apareciera mínimamente esbozado el que luego sería el *test* del mismo nombre. Este principio hermenéutico empezó a tomar forma en el caso *Abrams*, donde Holmes, junto con Louis Brandeis, emitieron un voto discrepante que quebró la unanimidad de los casos precedentes.

No deja de ser llamativo que, también en este último caso, la mayoría del Tribunal Supremo, a través de la ponencia del juez Clark, considerase que los panfletos distribuidos por Jacob Abrams y otras cuatro personas, pasquines cuyo texto expresaba el rechazo al envío de tropas estadounidenses a Rusia y abogaba por una huelga general, habían generado un riesgo claro y actual. Lo cierto es que no se acreditó que esos panfletos generaran una amenaza real, pero, para la mayoría, el propósito de los mismos era provocar la desafección, la sedición, los disturbios y, en última instancia, la revolución.

Frente a esta argumentación, que no es sino una de las concreciones del *bad tendency test*, Holmes y Brandeis replicaron que únicamente un peligro actual e inminente, o el intento de crearlo, justificaría que el Congreso impusiera limitaciones a la libertad de expresión cuando no estuvieran en juego derechos de otras personas. Y es que, argumentaron, el Congreso no podía prohibir todas las expresiones de ideas dirigidas a cambiar la opinión

de la sociedad. Además, añadieron, no cabía pensar que la publicación clandestina de unos panfletos «estúpidos» representara por sí misma un peligro para la acción bélica del Gobierno, ni tan siquiera que pudiera perturbarla de alguna manera. En este sentido, Holmes describió los panfletos en los siguientes términos:

«El primero de estos panfletos afirma que el silencio cobarde del presidente sobre la intervención en Rusia demuestra la hipocresía de la pandilla plutocrática de Washington. Insinúa que el militarismo alemán se unió con el capitalismo de los aliados para aplastar la Revolución rusa, prosigue diciendo que los tiranos del mundo luchan entre ellos hasta que divisan un enemigo común, el progreso de la clase obrera, y se unen para aplastarlo; y que ahora el militarismo y el capitalismo se han unido, aunque no abiertamente, para aplastar la Revolución rusa. Proclama que solo hay un enemigo común y que ese es el capitalismo; que es un crimen que los trabajadores americanos luchen contra los trabajadores rusos, y termina del siguiente modo: ¡Alzaos, trabajadores del mundo!, firmado Revolucionarios. En una nota añade: Es absurdo llamarnos proalemanes. Odiamos y despreciamos el militarismo alemán más de lo que lo hacéis vosotros, tiranos hipócritas. Tenemos más razones para denunciar el militarismo alemán que las que tiene el cobarde de la Casa Blanca».

«El otro panfleto, encabezado con la expresión Trabajadores — Despertad, afirma con lenguaje injurioso que América junto con los aliados llevará sus soldados a Rusia para ayudar a los checoslovacos en su lucha contra los bolcheviques, y que esta vez los hipócritas no engañarán a los emigrantes rusos ni a los amigos de Rusia en América. Conmina a esos emigrantes a que escupan ahora en la cara de la falsa propaganda militar a través de la cual se ha motivado su solidaridad y colaboración con la guerra, y les dice que con el dinero que han prestado o van a prestar no solo se fabricarán balas para los alemanes sino también para los trabajadores soviéticos de Rusia, y añade trabajadores en las fábricas de munición, estáis produciendo balas, bayonetas, cañones, no solo para matar a los alemanes sino también para matar a vuestros más queridos, los mejores de entre vosotros, que están luchando en Rusia por la libertad. Luego apela a esos mismos emigrantes rusos para que no consientan la expedición inquisitorial y dice que la destrucción de la Revolución rusa es la razón política que inspira el desplazamiento de tropas a Rusia. El panfleto concluye exclamando ¡Trabajadores, nuestra respuesta a esta brutal intervención debe ser una huelga general!, y después de unas cuantas palabras sobre el espíritu de la Revolución, exhortaciones contra el miedo y algunas arengas usuales, termina diciendo: pobres de aquellos que se opongan al progreso. Viva la solidaridad. Los rebeldes»<sup>8</sup>.

En su voto particular, Holmes plasmó de manera brillante su concepción de la libertad de expresión en un sistema democrático: «Cuando los hombres se dan cuenta de que el tiempo hace fracasar muchas de las creencias por las que lucharon, comienzan a pensar que [...] al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas, que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que compita con ideas y pensamientos opuestos [...] 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 [...]».

Es sorprendente, no obstante, que Holmes comenzara su voto discrepante afirmando que no dudaba de la corrección constitucional de los casos precedentes (*Schenck*, *Frohweck* y *Debs*), en los que él mismo había actuado como ponente, pues parece claro que su punto de vista había cambiado, probablemente influido, como señala Rodríguez Montañés (2012: 163), por las múltiples críticas a la sentencia del caso *Debs* vertidas por profesores

y analistas, por la opinión que mantuvo el juez Lenard Hand en el asunto *Masses* y por el artículo titulado «Freedom of Speech in War Time» que Zechariah Chafee publicó en la *Harvard Law Review* en el mismo año 1919<sup>9</sup>.

A partir de los votos particulares formulados por Holmes y Brandeis, entre 1919 y 1927 se irá fraguando el *test* del peligro claro e inminente; uno de esos votos fue emitido en el caso *Gitlow vs. People of New York*, de 8 de junio de 1925, en el que, por vez primera, el Tribunal Supremo aplicó de manera conjunta las Enmiendas Primera y Decimocuarta, sentando el criterio de que la libertad de expresión era un derecho fundamental protegido por ambas disposiciones.

El *test* que debe aplicarse para evaluar la constitucionalidad de las expresiones que pretenden ser reprimidas exige la concurrencia de dos requisitos: que el peligro que entrañen las expresiones sea claro y que, además, sea inminente. En palabras del Tribunal Supremo, hay que plantearse si realmente existió un peligro claro, si ese peligro era inminente y si el mal temido era tan importante como para justificar la estricta medida adoptada por el Congreso (asunto *Whitney vs. California*, de 16 de mayo de 1927).

Por lo que respecta a la claridad, esta debe ser identificada con la probabilidad de que lo dicho pueda generar un daño; por tanto, las expresiones representan un peligro claro cuando hay una elevada probabilidad de que causen ese mal. Por su parte, la exigencia de que el peligro sea inminente hace referencia a la inmediatez entre la expresión y el resultado dañoso. Así, ya en el voto particular en el caso *Abrams* se dice que es preciso estar siempre vigilante frente a los intentos de controlar las opiniones que detestamos, e incluso que consideramos muy peligrosas, salvo que amenacen de manera tan inminente con una interferencia inmediata en los legítimos y urgentes propósitos del Derecho que sea necesario controlarlos de inmediato para así salvar a la nación. Finalmente, es necesario que ese peligro claro e inminente implique el riesgo de una lesión grave para la sociedad; en *Abrams*, como acabamos de ver, se habla de «salvar a la nación».

En la concepción de Holmes, el *test* del peligro claro e inminente es un instrumento puesto al servicio del libre intercambio de las ideas que permite conocer la verdad —entendida en un sentido relativo y con una buena dosis de escepticismo— mediante ese flujo y confrontación de opiniones. Asimismo, y de acuerdo con Brandeis, dicho *test* constituye un apoyo para la configuración democrática del Estado y la protección de las minorías.

Sin embargo, no en todas las ocasiones en las que fue invocada ulteriormente esta doctrina el resultado final fue el que cabía anticipar del recto entendimiento de la misma; así, en el caso *Dennis vs. United States*, de 4 de junio de 1951, el Tribunal Supremo avaló la condena de 11 militantes del Partido Comunista por conspiración para defender el derrocamiento del Gobierno: ese peligro era, ciertamente, improbable pero la reacción punitiva del Estado se justificó mediante la apelación a la extraordinaria gravedad de la amenaza.

Otro momento histórico en la jurisprudencia norteamericana se produjo bastantes años después, con ocasión del trascendental caso *New York Times Co. vs. Sullivan*, de 9 de marzo de 1964, del que fue ponente el juez William Brennan. Además de apelar al *tribunal de la historia* para descalificar la Sedition Act de 1798, en relación con la supuesta voluntad del



famoso rotativo de difamar y hacer daño, la sentencia afirma que «[...] 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» y, citando a Madison, añade que «[...] es el pueblo el que puede censurar al Gobierno y no el Gobierno quien puede censurar al pueblo».

La citada ley no fue objeto de un juicio de constitucionalidad directo por parte del Tribunal Supremo, si bien este concluyó que fue el tribunal de la historia el que había emitido el dictamen sobre su validez. Las cantidades pagadas por las multas impuestas al amparo de esa norma fueron devueltas por mandato de otra Ley del Congreso, precisamente porque se consideró que la Ley de Sedición era inconstitucional. Calhoun, ponente en el Senado en 1836 de la ley que reintegró las multas, afirmó que su invalidez constituía una cuestión sobre la cual «nadie duda hoy». El presidente Jefferson amnistió a los condenados por la aplicación dicha ley y revocó las sanciones, declarando lo siguiente: «He amnestiado a todos los que habían sido condenados o perseguidos por aplicación de la Ley de Sedición porque he considerado y aún hoy considero, que dicha ley está viciada de nulidad, nulidad tan absoluta y palpable como lo sería una ley en la que el Congreso nos ordenase arrodillarnos y adorar una imagen de oro».

### 3. LA EXTERIORIZACIÓN DE LA DISIDENCIA POR MEDIO DE ACTOS EXPRESIVOS FRENTE A SÍMBOLOS NACIONALES DE ESTADOS UNIDOS

Es bien conocido que las ideas y opiniones pueden expresarse de diversas formas, no solo con palabras; una de ellas es la realización de ciertas conductas simbólicas de las que nos ocuparemos en las líneas siguientes. El propio Tribunal Supremo de los Estados Unidos admitió la existencia de comportamientos que, aunque no se expresen con palabras ni se plasmen por escrito, contienen elementos comunicativos suficientes para considerarlos manifestaciones encuadrables en las Enmiendas Primera y Decimocuarta; así, en el asunto *United States vs. O'Brien*, de 27 de mayo de 1968, se enjuició la sanción impuesta a un exsoldado por haber quemado públicamente su cartilla militar.

Pero es que el propio Tribunal Supremo ya había declarado inconstitucional, el 18 de mayo de 1931, una ley estatal californiana que prohibía enarbolar banderas comunistas (asunto *Stromberg vs. California*); según el juez Hughes, ponente de la sentencia, esa disposición vulneraba conjuntamente las Enmiendas Primera y Decimocuarta, y atentaba, por tanto, contra la libertad de expresión.

En esa misma línea, en 1943 el Tribunal Supremo declaró —con ponencia del juez Jackson— que «[...] el simbolismo es una forma primitiva pero efectiva de comunicar ideas y el empleo de una bandera o un emblema representa un sistema político, una idea, una institución [...] y es una forma abreviada de comunicarse entre las personas. Y a estos

símbolos suelen asociarse una serie de conductas como muestra de respeto o aceptación: saludos, inclinación de cabeza, descubrirse la cabeza [...]» (asunto *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, de 14 de junio de 1943).

En este asunto se enjuició la constitucionalidad de la expulsión de escolares pertenecientes a los testigos de Jehová que se negaban a saludar a la bandera en los centros educativos. Aplicando la doctrina del *clear and present danger*, el Tribunal Supremo concluyó que no se había acreditado que esa actitud durante el izado de la bandera supusiera un peligro claro e inminente de un mal grave. Profundizando en la protección de la libertad de expresión, añadió que, si hay alguna estrella inamovible en la constelación constitucional norteamericana, es que ninguna autoridad o poder público, sea cual fuere su jerarquía, puede prescribir lo que es ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de opinión. En consecuencia, la corte determinó que la imposición del deber de saludo y de fidelidad a la bandera iba más allá de lo permitido por la Constitución y vulneraba la Primera Enmienda.

Esta interpretación amplia del alcance de la libertad de expresión fue también aplicada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el famoso asunto *Texas vs. Johnson*, de 21 de junio de 1989: durante la Convención del Partido Republicano celebrada en Dallas (Texas) en el año 1984, que proclamó como candidato a la reelección presidencial a Ronald Reagan, se celebraron varias manifestaciones contra su actuación política; en una de ellas, Gregory Lee Johnson quemó una bandera de los Estados Unidos como forma de protesta. Johnson fue denunciado, juzgado y condenado a un año de cárcel y a pagar 2000 dólares por un delito de ultraje a la bandera, ilícito tipificado en el Código Penal de Texas; el recurso de apelación fue estimado por el Tribunal del Quinto Circuito, que apreció que esa conducta era una forma de ejercicio de la libertad de expresión; el estado de Texas recurrió ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos.

Y este Tribunal, con ponencia del juez Brennan, recordó el carácter expresivo no solo de las palabras sino de ciertas conductas: llevar brazaletes negros contra la guerra de Vietnam, realizar una sentada de personas negras en una zona reservada a blancos, usar de forma satírica uniformes militares para protestar contra la guerra, negarse a saludar la bandera, etc., conductas, todas ellas, protegidas por la Primera Enmienda. El Tribunal Supremo recordó enfáticamente el enorme valor de la bandera en un país como Estados Unidos, enseña que «[...] simboliza esta nación tanto como las letras que componen la palabra América». Debe subrayarse, además, que en este pronunciamiento volvió a mencionarse la importancia del contexto a efectos de enjuiciar una conducta, y que la corte recordó la necesidad de tener en cuenta, a través de un examen muy minucioso, las circunstancias reales en las que fue vertida tal o cual expresión.

Para el Tribunal Supremo, «[...] si hay una idea o principio fundamental que cimienta la Primera Enmienda es que el Gobierno no puede prohibir válidamente la expresión o difusión de una idea solo porque la sociedad la considera ofensiva desagradable [...] Ni siquiera cuando la bandera nacional estaba en cuestión hemos admitido excepciones a este principio [...] La interpretación que el Estado de Texas da a la conducta del señor Johnson no tiene en cuenta lo esencial de nuestra jurisprudencia: el Gobierno no puede prohibir

válidamente a una persona ejercer su derecho a la libre expresión únicamente porque no está de acuerdo con su contenido y ello no depende de la manera concreta que se ha elegido para manifestar o transmitir el mensaje».

En respuesta a esta resolución judicial, el Congreso tramitó y aprobó una ley federal, la Flag Protection Act, de 1989, pero el Tribunal Supremo la declaró inconstitucional por las mismas razones que en el caso anterior —y con la misma mayoría— en el asunto *United States vs. Eichman*, de 11 de junio de 1990.

#### 4. ¿UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA EN EL CONTEXTO DE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO? EL ASUNTO *HOLDER VS. HUMANITARIAN LAW PROJECT*

Es de sobra conocido el impacto político, social y jurídico que tuvieron los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos; no era la primera vez que se producía en suelo norteamericano un gravísimo ataque, aunque no de la misma magnitud: baste recordar el atentado perpetrado por Timothy McVeigh y Terry Nichols contra el edificio federal Alfred P. Murrah en la ciudad de Oklahoma City el 19 de abril de 1995, que ocasionó la muerte a 168 personas y heridas a 680. Precisamente, tras la comisión de este último atentado, se aprobó por el Congreso la Antiterrorism and Effective Death Penalty Act, firmada por el presidente Bill Clinton el 24 de abril de 1996, que, entre otras cosas, tipificó como delito proveer soporte material a organizaciones extranjeras que hubieran sido catalogadas como terroristas por la Secretaría de Estado. Como recuerda David Cole (2012: 151), el concepto de «provisión de soporte material» incluye, además de bienes y cosas tangibles, todo servicio, asesoramiento experto o asistencia... aspectos que pueden ser aplicados al discurso expresivo.

La reacción legislativa tras los atentados del 11 de septiembre fue mucho más intensa y se concretó en la USA Patriot Act, acrónimo de Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, aprobada el 26 de octubre de 2001, un mes y medio después del atentado, ley que, como una suerte de código antiterrorista, ha estado en vigor —tras una reforma introducida el 9 de marzo de 2006— hasta el 31 de mayo de 2015, y que fue reemplazada por la USA Freedom Act, acrónimo de Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ending Eavesdropping, Dragnet-collection and Online Monitoring Act, de 2 de junio de ese mismo año.

El menoscabo generado por la USA Patriot Act en algunos derechos constitucionalmente protegidos como la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos no se extendió, al menos de manera directa, a la libertad de expresión<sup>10</sup>. Así, Geoffrey Stone (2004: 551) señaló que, a diferencia de otros momentos críticos en la historia de los Estados Unidos, tras el 11-S no se llevaron a cabo investigaciones criminales por criticar

las políticas gubernamentales contra el terrorismo ni se encarceló a persona alguna por discrepar de esa «guerra».

No obstante, el propio Stone matizó que ningún cambio legislativo o cultural es irrevocable y que no existen garantías de que el Gobierno no pretenda perseguir a los que cuestionan esas políticas o, lo que resulta más importante por lo que luego veremos, que los tribunales no aspiren a orillar el criterio establecido por el Tribunal Supremo en el asunto *Brandenburg vs. Ohio*, de 9 de junio de 1969, en el que sostuvo que la libertad de expresión impide sancionar la apología del uso de la fuerza salvo si esa defensa está orientada a incitar o causar una acción ilegal inminente o si es probable que incite o produzca dicha acción.

Pues bien, parece que los temores de Stone se materializaron 6 años después de la publicación de la sentencia del caso *Holder vs. Humanitarian Law Project*, de 21 de junio de 2010, en la que el Tribunal Supremo, por mayoría de 6 a 3 y con ponencia del *Chief Justice* Roberts, admitió la constitucionalidad de una previsión de 1994 —modificada por la USA Patriot Act— relativa al carácter delictivo de todo aquel discurso que consista en un asesoramiento a una organización terrorista extranjera basado en un conocimiento científico, técnico o especializado.

El Supremo validó así la norma que reprime el mero asesoramiento —que, en el caso, además, era un asesoramiento por cauces pacíficos relacionado con el Derecho internacional y la ayuda humanitaria—, al entender que no se está castigando el mero discurso político, sino una forma de colaboración con el delito, y que prevalece el interés superior de la defensa de la seguridad nacional y la lucha contra el terrorismo internacional<sup>11</sup>.

El Tribunal Supremo argumentó que, por una parte, ese apoyo permite que la organización terrorista pueda dedicar esos recursos que se ahorra a finalidades delictivas; por otra, sostuvo que ese discurso contribuye a la legitimación del grupo terrorista y, con ella, al reclutamiento de nuevos miembros y el acopio de fondos.

Las voces críticas con esta sentencia apuntaron que la cuestión a dilucidar era su efecto en la Primera Enmienda y, más específicamente, plantearon si suponía el principio de la demolición de la estructura garantista de la libertad de expresión en relación con actividades violentas articulada, sobre todo, en el antes mencionado asunto *Brandenburg vs. Ohio*: no puede ser criminalizado el discurso que defienda una conducta delictiva salvo que pueda demostrarse que esa defensa está orientada a incitar o causar una acción ilegal inminente o que es probable que incite o produzca dicha acción. Y es que en el asunto *Holder* el Tribunal Supremo sí admite la criminalización de expresiones que no defienden ni promueven delito alguno.

En palabras de David Cole (2012: 166), la sentencia distingue el discurso que se realiza de forma *independiente* de la organización terrorista —que no está criminalizado— y el que está *coordinado* con dicha entidad —que sí es perseguible—. Cole objeta que el primero puede dotar de mayor legitimidad a la organización precisamente porque se presenta como independiente y que no parece que existan razones fundadas para presumir que el segundo discurso puede aportar más beneficios sustanciales que el primero, sin olvidar que todo discurso es, en principio, relacional y que, en principio, la identidad del interlocutor

no reduce el ámbito de protección otorgado al discurso. Para Owen Fiss (2013: 26), si se trata de evaluar o sopesar el peligro social que genera el discurso, no hay razón alguna para distinguir entre defensa política independiente y coordinada; ambas presentan el mismo peligro para la sociedad.

Por otra parte, tampoco se entiende que pretenda limitarse la protección de las expresiones en función de la existencia —o no— de un interlocutor extranjero, pues la Primera Enmienda protege la recepción de comunicaciones desde el extranjero y el intercambio de ideas con nacionales de otros países, como así declaró el propio Tribunal Supremo en los asuntos *Lamont vs. Postmaster General*, de 24 de mayo de 1965, y *Kleindienst vs. Mandel*, de 29 de junio de 1972. David Cole (2012: 170) lo expresa gráficamente cuando afirma que la Primera Enmienda protege el derecho a leer tanto *The Guardian* como *The New York Times*, igual que garantiza tanto el derecho a acceder a páginas web alojadas en un país lejano como entregar una octavilla al vecino en la esquina de la calle.

En un tono pesimista sobre el futuro de la libertad de expresión en Estados Unidos, Owen Fiss (2013: 30) concluyó que la prohibición de la defensa política de organizaciones terroristas extranjeras, avalada por el Supremo, pronto se convertirá en una característica permanente de la vida cotidiana en los Estados Unidos y que incluso podría extenderse a esferas ajenas a la lucha contra el terrorismo, alterando de esa manera la propia arquitectura de la Primera Enmienda.

## 5. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EUROPA COMO DERECHO QUE, *PRIMA FACIE*, AMPARA IDEAS QUE OFENDEN AL ESTADO O A SUS SÍMBOLOS

Como es sabido, desde el famoso asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 29 de abril de 1976, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha sostenido de manera constante que el derecho reconocido en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) no solo ampara «[...] las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también 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» (ap. 49).

Y es que cuando el objeto de la crítica es el gobierno, el espacio permisible para la crítica, aún acerba e hiriente, e incluso falsa —si no hay mala fe—, es especialmente amplio (asunto *Castells c. España*, de 23 abril 1992, ap. 46); no en vano, la libertad de expresión alcanza una protección especial cuando se ejerce en el marco del debate político.

Resulta especialmente relevante lo declarado por el TEDH en la sentencia del caso *Otegui Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, que, además, resume la jurisprudencia

dencia anterior en la materia. Es este asunto, el TEDH consideró contrarias al CEDH las condenas de los tribunales españoles al demandante 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 TEDH estimó que el hecho de que el rey asuma una posición neutral en el debate político, es decir, de árbitro y símbolo de la unidad del Estado español, no lo pone al abrigo de todas las críticas relativas al ejercicio de sus funciones oficiales —o, como en el presente caso, a su condición de representante del Estado, al que simboliza— formuladas por aquellos que se oponen legítimamente a las estructuras constitucionales de dicho Estado, incluida la forma monárquica. El TEDH subrayó asimismo que es precisamente en el momento en que 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 por sí solo 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 (ap. 56).

A este respecto, cabe plantear hasta dónde llega el espacio para la crítica acerba y satírica de los ciudadanos respecto a los cargos políticos e institucionales. El TEDH abordó la cuestión en el asunto *Eon c. Francia*, de 14 de marzo de 2013, donde 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, de la condición de su destinatario, del demandante, de su forma de expresarse y del contexto de repetición en el que se hizo, y recordó su conocida doctrina de acuerdo con la cual los límites de la crítica aceptable son más amplios para un político, considerado en esta condición, que para un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente al control de sus acciones tanto por los periodistas como por la ciudadanía en general. Por lo tanto, debe mostrar una mayor tolerancia.

En fechas más recientes y en un asunto en el que el Estado demandado era, de nuevo, España (*Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 18 de marzo de 2018), el TEDH enjuició si la quema pública de una foto del anterior jefe del Estado y su esposa era un acto amparado por la libertad de expresión<sup>12</sup>. En primer lugar, apuntó que el acto reprochado a los demandantes se enmarcaba en el ámbito de la crítica política, no personal, de la institución de la monarquía en general y, en particular, del Reino de España como nación. Esta conclusión se manifestó claramente al examinar el contexto en el que tuvo lugar la conducta objeto del litigio: a diferencia de lo que resolvió la mayoría del Tribunal Constitucional español (TC en adelante) en la STC 177/2015, de 22 de julio, el TEDH entendió 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 mo-

nárquica 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 [...]» (ap. 37).

En segundo lugar, y respecto a la quema de la foto de los reyes, el TEDH también rechazó las conclusiones del TC y consideró que fue una conducta expresiva con «[...] 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 boca abajo 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 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» (ap. 38).

En tercer lugar, el TEDH analizó la cuestión de si en los hechos del caso hubo incitación a la violencia y concluyó que no fue así: «[...] 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» (aps. 39 y 40).

Finalmente, el TEDH también rechazó 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». La inclusión en ese tipo de discurso de un acto que es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución comportaría «[...] 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—» (ap. 41).

En esta misma línea, cabe mencionar el reciente asunto *Dickinson c. Turquía*, de 2 de febrero de 2021, que trae causa de unos hechos ocurridos en el año 2006: el demandante participó en actos en los que expuso un *collage* en el que aparecía la cara del entonces primer ministro, Recep Tayyip Erdoğan, pegada al cuerpo de un perro sujeto con una correa

decorada con los colores de la bandera estadounidense. El *collage* incluía la frase «No seremos el perro de Bush» en clara alusión al apoyo turco a la ocupación militar de Irak. El señor Dickinson estuvo en prisión preventiva durante tres días y fue procesado por insultar al primer ministro, previsión contenida en el artículo 125 del Código Penal turco. Tras sucesivas actuaciones judiciales, fue condenado a pagar 3043 euros, sanción que quedó en suspenso durante cinco años condicionada a la no comisión de un nuevo delito doloso.

El TEDH sostiene, con cita, entre otras, de la sentencia del caso *Mătăsaru c. Moldavia*, de 15 de enero de 2019, al que nos referiremos más adelante, que el demandante pretendía formular una crítica política destinada, entre otras cosas, al primer ministro turco por sus decisiones políticas en el escenario internacional relativas, en particular, a las actividades del ejército estadounidense en Irak y que eso la insertaba en un debate de interés general relacionado con la política exterior del país, lo que deja poco margen para las restricciones a la libertad de expresión.

Para el TEDH (ap. 55, con cita del mencionado caso *Eon c. Francia*), teniendo en cuenta el tema, el contexto de su exposición pública y su base fáctica (descrita anteriormente), así como el contenido agitador y un tanto ofensivo del *collage*, no puede considerarse que la obra del demandante fuera gratuitamente insultante en el marco del debate público en el que tuvo lugar.

En cuanto a la sanción impuesta al señor Dickinson (ap. 56), el TEDH consideró que, si bien es totalmente legítimo que las personas que representan a las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden público institucional, la posición dominante que ocupan estas instituciones obliga a aquellas autoridades a ejercer con moderación los procesos penales. Además, aunque se suspendiera la ejecución de la sentencia condenatoria del demandante y se anulara definitivamente esta sentencia, con todas las consecuencias que de ello se derivarían, al final del período de suspensión de cinco años, su mantenimiento durante un período considerable de tiempo generó un efecto disuasorio sobre la voluntad de la persona en cuestión de expresarse sobre asuntos relacionados con el interés público (ap. 58).

## 6. LA EXTERIORIZACIÓN DE LA DISIDENCIA CON ACTOS EXPRESIVOS CONTRA ESTATUAS, MONUMENTOS Y LUGARES SIMBÓLICOS EN EUROPA

Al TEDH han llegado numerosas demandas que tenían en común la aplicación de una previa sanción penal o administrativa a ciudadanos de diferentes Estados miembros del CEDH por haber llevado a cabo distintas protestas consistentes en actos dirigidos contra estatuas, monumentos y lugares dotados de especial simbolismo político o institucional o vinculados con los sentimientos nacionales en términos históricos, culturales o religiosos; así, cabe recordar algunos hechos como la exposición pública de ropa sucia durante un breve periodo cerca del Parlamento para reflejar los «trapos sucios de la nación» (asunto *Tatár y Fáber c. Hungría*, de 12 de junio de 2012), verter pintura sobre estatuas del *padre*



de la patria Kemal Atatürk (caso *Murat Vural c. Turquía*, de 21 de octubre de 2014), retirar una cinta de una corona que había sido colocada por el presidente de Ucrania en un monumento a un famoso poeta nacional el Día de la Independencia (asunto *Shvydka c. Ucrania*, de 30 de octubre de 2014), freír huevos sobre la Llama Eterna en la Tumba del Soldado Desconocido de Kiev (asunto *Sinkova c. Ucrania*, de 2 de julio de 2018), interpretar canciones de protesta en la catedral de Moscú (caso *Mariya Alekhina y otras (Pussy Riot) c. Rusia*, de 17 de julio de 2018), instalar esculturas obscenas en las escaleras de la Fiscalía General del Estado (asunto *Mătăsaru c. República de Moldavia*), de 15 de enero de 2019), colocar accesorios de Santa Claus en la estatua de un líder comunista como un gesto simbólico en el contexto de unas protestas políticas de ámbito nacional (caso *Handzhiyski c. Bulgaria*, de 6 de abril de 2021), o, con el mismo demandante que en el caso citado más arriba, escenificar una defecación ante la sede de la Fiscalía Anticorrupción de Moldavia (asunto *Mătăsaru c. República de Moldavia*, de 30 noviembre 2021).

Pues bien, con carácter general el TEDH ha venido amparando estos actos expresivos como conductas protegidas por el artículo 10 del CEDH, especial, aunque no únicamente, porque en varios de esos casos se había impuesto una sanción penal. A nuestro juicio, lo relevante es analizar no solo el tipo de sanción, sino el acto en sí y la respuesta al mismo en una sociedad democrática, y eso es lo que ha ocurrido en el mencionado asunto *Handzhiyski c. Bulgaria*<sup>13</sup>, que, como se ha apuntado, trae causa de la sanción administrativa por vandalismo leve impuesta a quien había colocado en la estatua de un antiguo líder político fundador del partido que proporcionaba el principal apoyo parlamentario al gobierno en el poder, monumento que ya había sido pintado de rojo y blanco y ataviado con una gorra roja de Santa Claus en su cabeza y un saco rojo a sus pies en cuya banda blanca podía leerse la palabra «renuncia».

Como ya se ha apuntado, lo característico de este asunto respecto a lo demás casos arriba citados es que se impuso una sanción leve de tipo administrativo, no penal, consistente en una multa equivalente a 51 euros, que el demandante pudo pagar casi de inmediato y sin ninguna dificultad aparente.

En la sentencia, el TEDH pone de relieve (ap. 53) que los monumentos públicos forman parte del patrimonio cultural de una sociedad y que, por ello, las medidas, incluidas las sanciones proporcionales, destinadas a disuadir los actos que pueden destruirlos o dañar su apariencia física pueden considerarse «[...] necesarias en una sociedad democrática», por legítimos que sean los motivos que puedan haber inspirado tales actos. En una sociedad democrática constituida como un Estado de Derecho —regida, por tanto, por el imperio de la ley—, los debates sobre el destino de un monumento público deben resolverse a través de los canales legales apropiados en lugar de mediante actos encubiertos o violentos. No obstante, en el caso en cuestión el demandante no incurrió en forma alguna de violencia ni dañó el monumento: simplemente colocó una gorra en su cabeza y un saco a sus pies, que fueron retirados por los trabajadores municipales poco después. Ni en el itinerario jurisdiccional nacional ni en el procedimiento ante el TEDH quedó acreditado que el demandante hubiera coordinado de alguna manera sus acciones con las personas no identificadas que

anteriormente habían pintado la estatua del señor Blagoev en rojo y blanco y escrito las palabras «Padre Frost» en su zócalo.

El TEDH matizó (ap. 55) que, si se trata de actos capaces de profanar un monumento pero que no lo dañan, la respuesta a la cuestión de si en una sociedad democrática puede ser necesario imponer sanciones reclama algunos matices. En tales situaciones, la naturaleza precisa del acto, la intención de los autores y el mensaje que se busca transmitir no son cuestiones irrelevantes; adicionalmente, también deberán ser tenidos en cuenta el significado social del monumento en cuestión, los valores o ideas que simboliza y el grado de veneración que goza en la comunidad respectiva.

En el caso de autos, la mayoría del TEDH consideró que el contexto sugiere claramente que la intención subyacente al acto del demandante era protestar contra el gobierno de turno y el partido político que lo apoyaba en el marco de una protesta nacional prolongada contra dicho gobierno —en lugar de condenar el papel histórico del señor Blagoev, a quien se homenajeaba con la estatua, o expresar desprecio hacia él—; el demandante se limitó a utilizar el monumento como símbolo del partido político al que deseaba criticar. Por lo tanto, difícilmente se puede afirmar que su acto estaba destinado a mostrar desdén por valores sociales profundamente arraigados.

El TEDH concluyó que se podía aceptar que el gesto simbólico del demandante fue hiriente para algunas de las personas que lo presenciaron directamente o que se enteraron de su acción a través de los medios de comunicación; sin embargo, aplicando una reiterada y ya mencionada jurisprudencia, declaró que la libertad de expresión no solo tutela las informaciones o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o poco relevantes, sino también aquellas que ofenden, conmocionan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población.

Contra la sentencia formuló voto disidente el juez Vehabović, que consideró contradictoria la argumentación de la mayoría con lo dicho por el TEDH en el caso *Sinkova c. Ucrania*<sup>14</sup>, también citado anteriormente. No le faltaba razón al voto disidente porque en el asunto *Sinkova* no se consideró vulnerado el artículo 10 del CEDH por la condena a la demandante a tres años de prisión, suspendida durante dos años, por haber participado en una protesta «[...] contra el despilfarro de gas natural por parte del Estado mientras se hace la vista gorda ante el mal nivel de vida de los veteranos», protesta consistente en freír huevos y salchichas sobre la Llama Eterna de la Tumba del Soldado Desconocido en Kiev y luego divulgar un vídeo con la grabación de lo sucedido.

Pues bien, según el TEDH la demandante fue condenada por freír huevos sobre la Llama Eterna, acto que los tribunales nacionales consideraron equivalente a la profanación de la Tumba del Soldado Desconocido, un delito tipificado en el Código Penal de Ucrania. La acusación formulada contra ella no se refería ni a la posterior distribución del vídeo ni al contenido sarcástico y provocador del texto que acompañaba al vídeo. La sentencia añadió que hubo muchas oportunidades adecuadas para que la señora Sinkova expresara sus opiniones o participara en protestas genuinas con respecto a la política del Estado sobre el uso del gas natural o la respuesta a las necesidades de los veteranos de guerra, sin necesidad vio-

lar la ley penal y sin insultar la memoria de los soldados que perecieron y los sentimientos de los veteranos, cuyos derechos aparentemente tenía la intención de defender. El TEDH señaló también que la demandante en el presente asunto fue condenada en suspenso y no cumplió ni un solo día de la pena, por lo que finalmente concluyó que no se había producido una violación del artículo 10.

No obstante, esta conclusión se alcanzó con la exigua mayoría de cuatro a tres y los jueces discrepantes emitieron un voto particular en el que, en primer lugar, cuestionaron que no se hubiera tenido en cuenta el evidente contenido satírico de la actuación de la demandante y citan la famosa máxima de Quintiliano (*Satura quidem tota nostra est*), así como el aforismo de Stanislaw Jerzy Lec («A veces la sátira tiene que reconstruir lo que el *pathos* ha destruido»). El voto discrepante insiste en que la actuación satírica de la demandante había hecho exactamente lo que este género artístico hace con frecuencia: transferir la atención del espectador de un objeto a su contexto social.

Se cita también el ya mencionado asunto *Texas vs. Johnson*, en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos recordó que el simbolismo es una forma primitiva pero efectiva de comunicar ideas, añadiendo que en un mundo en permanente cambio no es sorprendente que quienes desean resaltar una causa o expresar una opinión recurran a esos actos simbólicos y manifestaciones que probablemente atraigan un mayor grado de atención y desencadenen un debate más amplio que el que podría generarse mediante formas de protesta más convencionales y establecidas.

En la opinión discrepante se recuerda también lo dicho por el TEDH en el apuntado caso *Murat Vural c. Turquía*: al decidir si un determinado acto o conducta está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 10 del Convenio, deberá evaluarse la naturaleza del acto o comportamiento de que se trate, en particular su carácter expresivo visto desde un punto de vista objetivo, así como el propósito o la intención de la persona que realiza el acto o lleva a cabo el comportamiento en cuestión.

A modo de observación general, los jueces de la minoría concluyen que la sentencia plantea inevitablemente la cuestión de hasta qué punto un Estado puede tipificar como delito los insultos a la memoria y determinar la prohibición de que los particulares ejerzan su derecho a protestar y expresar sus opiniones de manera compatible con el artículo 10 en ciertos espacios y estructuras. Existe un riesgo real de erosionar el derecho de las personas a expresar sus opiniones y protestar a través de medios pacíficos, aunque sean controvertidos.

En definitiva, este voto se inserta en la línea jurisprudencial que, en general, ha venido manteniendo el TEDH, que no es otra que la extensión de la garantía del artículo 10 del Convenio al discurso expresivo que, aunque resulte hiriente u ofensivo para algunas de las personas que lo presencian directamente o tengan conocimiento de él por los medios de comunicación, transmite una idea u opinión y lo hace de manera pacífica y sin generar un peligro claro e inminente de algún tipo de mal.

## 7. ALGUNOS RECORDATORIOS PARA EL LEGISLADOR Y LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES A PROPÓSITO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL DISIDENTE

Ya se han mencionado arriba la sentencia del asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, que condenó a nuestro país por vulneración del artículo 10 del CED en relación con el ejercicio de la libertad de expresión de manera muy crítica contra el jefe del Estado, así como el caso *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, que también concluyó en una condena. Al margen de estos casos, y como también es conocido, la jurisprudencia del TEDH debe ser tenida en cuenta en nuestro país, aunque no sea el Estado demandado y condenado; a este respecto, antes hemos mencionado varios casos recientes en los que se avalan actos expresivos contra símbolos estatales, una línea jurisprudencial que, sin embargo, no parece que haya hecho mella alguna ni en el legislador ni en nuestros tribunales.

Por lo que respecta al primero, siguen vigentes en el Código Penal español tres preceptos de dudosa constitucionalidad y difícilmente compatibles con la interpretación dada al artículo 10 CEDH por el TEDH: los artículos 490.3, 491 y 543. De acuerdo con el primero (490.3 CP), 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 estas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo fueren. Por su parte, el 491 CP dispone en su inciso 1 que las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses; y en su inciso 2 prevé la imposición de la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del rey o de la reina 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 o de la princesa de Asturias, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona. Finalmente, el artículo 543 CP establece que las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses.

En los dos primeros casos<sup>15</sup>, la protección del sujeto pasivo toma en consideración su pertenencia a la familia real; como ha reiterado el TEDH en casos en los que, precisamente, condenó a España, «[...] si bien es totalmente legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden público institucional, la posición dominante que estas instituciones ocupan obliga a las autoridades a demostrar contención en el uso de la vía penal» (asuntos *Otegi Mondragón c. España*,..., ap. 58; *Jiménez Losantos c. España*, de 14 de junio de 2016, ap. 51, y *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*... ap. 33).

En particular, el TEDH ha reiterado la doctrina de la agravación punitiva de conductas expresivas cuando el destinatario sea el jefe del Estado no se compadece con el espíritu del Convenio Europeo de Derechos Humanos: «[...] en materia de insulto contra un jefe de Estado, el TEDH ya ha declarado que una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio (asuntos *Colombani y otros c. Francia*, de 25 de junio de 2002, ap. 66-69; *Pakdemirli c. Turquía*, de 22 de febrero de 2005; *Artun y Güvener c. Turquía*, de 26 de junio de 2007, ap. 31, y *Otegi Mondragón c. España*,..., ap. 55-56). En efecto, el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio jefe de Estado no puede justificar que se le otorgue a este último un privilegio o una protección especial con respecto al derecho de informar y de expresar opiniones que le conciernen» (*Otegi Mondragón*..., ap. 55, y *Stern Taulats y Roura Capellera*..., ap. 33).

Pues bien, a pesar de esta jurisprudencia, no parece, al menos de momento, que el legislador español vaya a derogar los artículos 490.3 y 491 CP, y tampoco el Gobierno considera prioritario impulsar semejante iniciativa<sup>16</sup>.

Por lo que respecta a los tribunales, no han tenido problema alguno en aplicar o avalar la aplicación del artículo 490.3 CP; así, el ejemplo paradigmático a este respecto lo constituye la condena por el Juzgado Central de lo Penal y la Audiencia Nacional a los autores de la varias veces citada quema de las fotos del rey como culpables de un delito de injurias a la Corona, decisión que, posteriormente, el TC consideró correcta al estimar que tal conducta no formaba parte del ejercicio legítimo de la libertad de expresión (STC 177/2015, de 22 de julio): para el TC, 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) [...] En definitiva, quemar públicamente el retrato de los monarcas es un acto no solo 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) [...] 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 *Süreker 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).

A diferencia de lo ocurrido en España, la *Cour Constitutionnelle* de Bélgica ha declarado, muy recientemente, Arrêt n° 157/202, de 28 de octubre de 2021, la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley de 6 de abril de 1847 «portant répression des offenses envers le roi»<sup>17</sup>, un tipo análogo al de las injurias al rey de nuestro ordenamiento, y lo ha hecho considerando que, aunque la injerencia que supone en la libertad de expresión está establecida

en una ley suficientemente accesible y precisa y, además, persigue una finalidad legítima —proteger la reputación del monarca así como garantizar la inviolabilidad del rey y la estabilidad del sistema constitucional en su conjunto—, no es, sin embargo, compatible con la jurisprudencia de Estrasburgo sobre este particular previamente analizada.

El Tribunal Constitucional belga menciona como parámetros los artículos 19 de su Constitución, que garantiza la libertad de expresión, y el 10 del CEDH, así como la doctrina del TEDH en, entre otros, los asuntos *Otegui Mondragón c. España* y *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, y concluye que esa tutela del jefe del Estado no resulta necesaria en una sociedad democrática, puesto que las expresiones propias del debate político o en materias de interés general están especialmente protegidas, porque no existe justificación para proteger con mayor intensidad la reputación del rey que la del resto de individuos y porque la pena de prisión establecida al efecto —de seis meses a tres años— resulta sencillamente desproporcionada.

En segundo lugar, y en relación con el delito previsto en el artículo 543 del Código penal<sup>18</sup>, contamos con una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 190/2020, de 15 de diciembre, que resolvió —desestimándolo por mayoría de seis a cinco— el recurso de amparo promovido por el señor Pablo Frago Dacosta 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 en el procedimiento abreviado que condenó al recurrente como autor de un delito de ultrajes a España<sup>19</sup>.

En el FJ 4, el TC asevera que el control de constitucionalidad en este tipo de supuestos debe quedar limitado a verificar si, al imponer la condena penal, las sentencias impugnadas han valorado como cuestión previa si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y si, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso, pues así lo impone el principio de supremacía de la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales (*vid.* la STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4).

En el FJ 5 se aplica esta doctrina al supuesto concreto y el TC concluye que «[...] cuando, como ocurre en el caso de autos, la expresión de una idea u opinión se hace innecesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en este caso la reivindicación laboral; cuando aparece de improviso y no tiene que ver, por su desconexión, con el contexto en que se manifiesta; cuando, además, por los términos empleados, se proyecta un reflejo emocional de hostilidad; cuando, en definitiva, denota el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos, el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión [...]».

A continuación, agrega que «[...] ni siquiera es posible apreciar una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, pues su conducta, por las razones expresadas, no puede quedar amparada por este derecho, dado que no contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre».

Por último, para el TC «[...] la respuesta punitiva aplicada al recurrente resultó proporcionada a la entidad de la conducta delictiva apreciada. La pena de multa prevista en el art.

543 CP fue aplicada en su grado mínimo; la cuota diaria asignada, de seis euros (1260 € en total), era adecuada a su capacidad económica, como lo ha acreditado que el recurrente la abonara de una vez y en su integridad; y, finalmente, la responsabilidad personal subsidiaria no ha llegado a tener efecto».

Es obvio, en primer lugar, que no cabe discutir la aplicación al presente caso de la jurisprudencia del TEDH vía artículo 10.2 CE, como se reconoce tanto en lo argumentado por la mayoría como en lo sostenido en los votos particulares; lo llamativo es que las palabras del Tribunal de Estrasburgo sirvan para justificar tanto una conclusión como la contraria.

Ahora bien, si nos atenemos a lo establecido por el TEDH en los casos emblemáticos *Partido Popular Demócrata Cristiano c. Moldavia*, de 2 de febrero de 2010<sup>20</sup>, y *Stern Taulats...*, invocados por unos y otros, parece que esta doctrina tendría que conducir a la estimación del amparo: en ambos asuntos el TEDH condenó a los Estados demandados porque sancionaron penalmente conductas que no habían supuesto incitación a la violencia, circunstancia que tampoco concurrió en la protesta que aquí nos ocupa.

En segundo lugar, y como se ha recordado anteriormente, si la libertad de expresión ampara no solo la exteriorización de ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también las que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una parte de la población, no cabe sostener, como hace la mayoría del TC, que del «[...] menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos» haya que concluir que [...] el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión [...]. Y ello aunque las expresiones controvertidas no fueran un mero desahogo verbal en el contexto de un encoñado conflicto laboral, pues incluso si tuvieron un componente provocador, se trataría de un recurso permitido para la transmisión de un mensaje crítico desde la perspectiva de la libertad de expresión (asunto *Stern Taulats...*, ap. 38).

En tercer lugar, y en contra de lo argumentado por la mayoría, si se exige que la expresión de una idea u opinión sea necesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en este caso la reivindicación laboral, entonces carecería de sentido la protección de expresiones que molestan u ofenden, sin cuya garantía no existe una sociedad democrática. El juicio de idoneidad no debe aplicarse a las expresiones, sino a las restricciones o sanciones previstas para las mismas (asunto *Handyside*, ap. 49).

En cuarto término, parece difícil de sostener, como hace la mayoría para descartar la aplicación al caso de la doctrina *Stern Taulats*, que se otorgue menor protección a una expresión dirigida contra la bandera como símbolo del Estado que a un acto expresivo contra el jefe del Estado, que, como dice el artículo 56.1 CE, es, también, símbolo de su unidad y permanencia. Si en el caso *Stern Taulats* se admitió que la quema de la foto del rey era un acto legítimo de crítica contra un símbolo del Estado, ¿cómo no lo va a ser hablar de la «puta bandeira» o decir que «hai que prenderlle lume a puta bandeira»?

En quinto lugar, las expresiones penalmente sancionadas tienen que ver, y mucho, con el contexto en que se manifiestan: si en el caso *Stern Taulats* 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» (ap. 36), en el presente caso la «puesta en escena» se enmarca en el contexto de un prolongado conflicto laboral y respondió, como se dice en la sentencia de primera instancia, «[...] a una previa solicitud de la autoridad militar a los representantes sindicales de los trabajadores, para que rebajasen el tono de las protestas que venían realizando desde hacía meses ante el establecimiento militar durante el izado de bandera». En un contexto de interés público —y un conflicto laboral como el existente lo presupone—, la libertad de expresión incluye expresiones que ofenden, escandalizan o perturban (asunto *Partido Demócrata Cristiano...* ap. 27).

A las mismas conclusiones llegamos invocando la propia jurisprudencia del TC, que ha sostenido en diversas ocasiones que la libertad de expresión ampara la libertad de crítica, «[...] más cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quienes se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (entre otras muchas, SSTC 174/2006 y 77/2009).

En suma, y como subraya Cabellos Espiérrez (2022: 17), el TC, que tendría que ofrecer una interpretación constitucionalmente adecuada que hiciera compatibles con la libertad de expresión la proporcionalidad del recurso a la vía penal y la evitación del efecto desaliento «[...] no solo no está teniendo éxito en ese cometido, sino que, a través de una jurisprudencia cambiante, ha hecho imprevisible poder prever mínimamente el resultado de este tipo de casos que vinculan libertad de expresión y vía penal».

Por todo lo expuesto hasta aquí, nos parece que, como mínimo, y si el legislador no deroga el precepto en cuestión, sería al menos imprescindible que los tribunales llevaran a cabo una aplicación muy restrictiva de esta figura delictiva, pues otra opción podría conducir a castigar conductas que, claramente, constituyen una manifestación del ejercicio de la libertad de expresión y/o de la libertad ideológica, o producir un efecto desaliento y una autocensura en materia de crítica política.

Y es que, en palabras ya clásicas del Tribunal Supremo de Estados Unidos, «[...] el derecho garantizado por la Constitución a ser intelectualmente diferente o a discrepar, así como a no estar de acuerdo con lo que representa el orden establecido, incluye el derecho a expresar públicamente la propia opinión sobre la bandera nacional, incluyendo naturalmente las opiniones provocadoras o despreciativas» (asunto *Texas vs. Johnson*, de 1989, recogiendo jurisprudencia anterior).

## NOTAS

1. En 1927, J.M. Near empezó a publicar el periódico *The Saturday Press* en Minneapolis y a divulgar comentarios en los que afirmaba que las bandas judías estaban prácticamente gobernando la ciudad y criticaba al jefe de la policía, al alcalde y a otros personajes públicos, uno de los cuales presentó una demanda contra los editores del periódico al amparo de la Public Nuisance Law, de 1925, también conocida como Minnesota Gag Law. En la demanda se alegaba que las acusaciones formuladas en los nueve números



publicados entre el 24 de septiembre de 1927 y el 19 de noviembre de 1927, así como el tono general antisemita del periódico, constituían una violación de esta ley.

El 22 de noviembre de 1927, el juez Matthias Baldwin, del Tribunal de Distrito del Condado de Hennepin, emitió una orden temporal que prohibía a los acusados editar, publicar o distribuir *The Saturday Press* o cualquier otra publicación que incluyera contenidos similares. Esta orden fue concedida sin previo aviso a los demandados y surtiría efecto mientras, como exigía la ley, no demostraran que lo publicado era verdad y que, además, se había divulgado con buenas intenciones.

Después de dos apelaciones al Tribunal Supremo del Estado, con el intermedio de una segunda decisión del Tribunal de Distrito, el asunto llegó al Tribunal Supremo Federal, que, con ponencia del juez Hughes, declaró que la Ley de Minnesota representaba la «esencia de la censura» y era inconstitucional: el hecho de que la libertad de prensa pudiera ser aprovechada para cometer abusos no hacía menos necesaria la inmunidad de la prensa frente a la censura previa, pues se generaría un perjuicio mayor si se permitiera que fueran los funcionarios los que determinarían qué historias podían publicarse.

2. *Vid.*, al respecto, en lengua española, el minucioso estudio de Muñoz Machado (2013: 94 ss.). Sobre las restricciones a la libertad de expresión en tiempo de guerra o en situaciones excepcionales, *vid.* el amplio análisis de Stone (2004) y una versión posterior (2007).

3. Para conocer el contexto en el que surge la Seditio Act, *vid.* el libro de Arias Castaño (2018).

4. Esta ley no fue objeto de un juicio de constitucionalidad directo por parte del Tribunal Supremo, si bien este mismo órgano concluyó que «[...] a pesar de que la Ley de Sedición no fue nunca analizada por este Tribunal, ha sido el tribunal de la historia quien ha dictaminado sobre su validez. Las cantidades pagadas por las multas que la Ley impuso fueron devueltas mediante otra Ley del Congreso, precisamente por considerarse que la Ley de Sedición era inconstitucional. Calhoun, siendo ponente en el Senado en 1836 de esta ley que reintegró las multas, afirmó que su invalidez constituía una cuestión sobre la cual «nadie duda hoy». El presidente Jefferson amnistió a aquellos que habían sido condenados y sentenciados de acuerdo con dicha ley, y revocó las sanciones, declarando lo siguiente: «He amnestiado a todos los que habían sido condenados o perseguidos por aplicación de la Ley de Sedición, porque he considerado y aún hoy considero que dicha ley está viciada de nulidad, nulidad tan absoluta y palpable como lo sería una ley en la que el Congreso nos ordenase arrodillarnos y adorar una imagen de oro». La invalidez de la Ley fue, asimismo, afirmada por jueces de este Tribunal [Holmes, voto particular discrepante al que se adhirió Brandeis en *Abrams vs. United States*, 250 US 616; Jackson, voto particular discrepante en *Beauharnais vs. Illinois*, 343 US 250; Douglas, *The Right of the People* (1958), p. 47]. Estos puntos de vista reflejan un consenso general de que la Ley, debido a las limitaciones que imponía a quienes criticaban al Gobierno y a los cargos públicos, contravenía la Primera Enmienda (*New York Times Co. vs. Sullivan*, de 9 marzo de 1964).

5. En la abundante literatura norteamericana destacan, entre otros, los trabajos de Stone (2004, 2007, 2008) y Rehnquist (1998).

6. En la Sección tercera del Título I se castigaba con penas de prisión de hasta 20 años y con multas de hasta 10.000 dólares a aquel que «[...] en tiempo de guerra: realizara o transmitiera voluntariamente informes o afirmaciones falsas con la finalidad de impedir u obstaculizar las operaciones o los éxitos de las fuerzas terrestres o navales de los Estados Unidos o de facilitar el éxito de sus enemigos.

Voluntariamente causara o intentara causar insubordinación, deslealtad, motín o negativa de obediencia en las fuerzas terrestres o navales de los Estados Unidos.

Voluntariamente obstruyera el reclutamiento o el servicio de alistamiento de los Estados Unidos».

7. Entre otras conductas, sancionaba declarar, imprimir, escribir o publicar voluntariamente cualquier expresión con la intención de producir desacato, menosprecio, agravio o mala reputación para la forma de gobierno, la Constitución, las fuerzas militares o navales, el uniforme o la bandera de los Estados Unidos.

Declarar, imprimir, escribir o publicar voluntariamente cualquier expresión con la intención de incitar, provocar o animar la resistencia hacia los Estados Unidos o de promover la causa de sus enemigos.

Exhibir voluntariamente la bandera de un país enemigo [...]

Respaldar o apoyar con palabras o con actos la causa de cualquier país con el que los e los Estados Unidos estuvieran en guerra.

Oponerse, con palabras o con actos, a la causa bélica de los Estados Unidos».

Al respecto, Finan (2007: 27 ss.).

8. Traducción de Arjona Sebastián (2006: 142-144).

9. Disponible en: <<https://archive.org/details/freedomspeechin00chafgoog>>. [Consulta: 18/01/2022.]

10. *Vid.*, por ejemplo, los estudios de Abele (2005), y Cole y Dempsey (2006); y, en la doctrina española, de Gómez Corona (2010, 57 ss.).

11. Cole realiza un comentario especialmente crítico de esta sentencia (2012); en lengua española, Fiss (2013: 20-31).

12. Pueden verse, al respecto los trabajos de Bilbao Ubillos (2018) y Presno Linera (2019, 539-549).

13. Puede verse un breve comentario a esta sentencia en Montero Regules (2021).

14. La demandante fue Anna Olegovna Sinkova, que formaba parte del grupo artístico Hermandad de San Lucas. En el mes de diciembre de 2010, ella y otros tres miembros del grupo decidieron protestar «[...] contra el despilfarro de gas natural por parte del Estado mientras se hace la vista gorda ante el mal nivel de vida de los veteranos» y lo que hicieron fue freír huevos y salchichas sobre la Llama Eterna de la Tumba del Soldado Desconocido en Kiev, intervención que fue filmada por otro miembro del grupo. Dos policías se acercaron al grupo y advirtieron que su comportamiento era inapropiado, pero no hicieron nada más. Sinkova colgó en Internet el vídeo de su actuación como acto de protesta y con el siguiente comentario:

«Desde hace cincuenta y tres años se quema inútilmente el precioso gas natural en el Monumento a la Gloria de Kiev. Este placer cuesta a los contribuyentes unos 300.000 grivnas al mes. Y este es solo un templo pagano de “llama eterna”, mientras que hay cientos o incluso miles de ellos en toda Ucrania. El 16 de diciembre, la Hermandad de San Lucas reaccionó a esto con un acto de protesta en el Parque de la Gloria de la capital. Mostró que la gente debería usar la “llama eterna”. Sugerimos a los indignados representantes del Partido Comunista de Ucrania que sigan el ejemplo de las antiguas vírgenes vestales romanas y que lleven a cabo tareas durante todo el día en las llamas eternas, manteniendo el fuego encendido manualmente por madera. No hay duda de que los comunistas no tendrán problemas para cumplir con esta tarea, porque ya tienen experiencia en el cuidado del monumento a Lenin en Kiev y su financiación es mucho mejor que la que tenían las vírgenes vestales».

Tras la difusión del vídeo, se interpusieron varias denuncias y la demandante fue detenida y acusada de profanación de la Tumba del Soldado Desconocido, delito tipificado en el artículo 297 del Código Penal de Ucrania. Luego de diversas vicisitudes, se celebró un juicio y la demandante fue condenada a tres años de prisión, quedando en suspenso la ejecución durante dos años.

*Vid.* el comentario sobre esta sentencia de Ó’Fathaigh y Voorhoof (2018).

15. El análisis de estos preceptos está disponible en: <<https://libex.es/calumnias-o-injurias-al-rey-la-reina-y-a-ciertos-miembros-de-su-familia/>>. [Consulta: 18/01/2022.]

16. Declaraciones del ministro de la Presidencia, Félix Bolaños, el día 11 de enero de 2022. Disponible en: <<https://www.lavanguardia.com/politica/20220111/7980152/gobierno-descarta-reforma-delitos-rebelion-sedicion-e-injurias-corona.html>>. [Consulta: 11/01/ 2022.]

17. «Quiconque, soit dans des lieux ou réunions publics, par discours, cris ou menaces, soit par des écrits, des imprimés, des images ou emblèmes quelconques, qui auront été affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public, se sera rendu coupable d’offense envers la personne du Roi, sera puni d’un emprisonnement de six mois à trois ans, et d’une amende de 300 à 3000 fr.».

18. Un comentario sobre este precepto está disponible en: <<https://libex.es/de-los-ultrajes-a-espana/>>. [Consulta: 18/01/2022.]

19. Puede verse un breve comentario en Presno Linera (2021); y un análisis más extenso en Cabellos Espírruez (2022: 25-32). En el Antecedente 2 de la STC se dice que la sentencia de primera instancia declaró probado, «[...] en virtud de la testifical practicada en el juicio oral, que, sobre las 08:00 horas del día 30 de octubre de 2014, en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol, durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada, el recurrente en amparo, que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, valiéndose de un megáfono y, según refiere la sentencia, con intención de menospreciarla, gritó “aquí tedes o silencio da puta bandeira” y “hai que prenderlle lume á puta bandeira” (esto es, en castellano, “aquí tenéis el silencio de la puta bandera” y “hay que prenderle fuego a la puta bandera”»).

La sentencia considera que estos hechos probados son constitutivos de un delito de ultrajes a España del art. 543 CP, tipo que castiga las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas. Estima que concurren todos los elementos constitutivos de este tipo penal, toda vez que se trata de graves ofensas de palabra a la bandera española, ejecutadas con publicidad, pues las expresiones injuriosas fueron proferidas con un megáfono en presencia de los miembros de las fuerzas armadas que desarrollaban un acto oficial solemne y de una treintena de manifestantes. Considera que el encausado actuó con ánimo de menospreciar o ultrajar, por cuanto las expresiones proferidas constituyeron su concreta respuesta a una previa solicitud de la autoridad militar a los representantes sindicales de los trabajadores, para que rebajasen el tono de las protestas que venían realizando desde hacía meses ante el establecimiento militar durante el izado de bandera.

Concluye la sentencia que esos ultrajes de palabra no pueden entenderse amparados en la libertad de expresión, a diferencia de lo que sucedería con otras consignas que se gritaron durante las protestas relacionadas con los derechos laborales que reclamaban los trabajadores concentrados (así, «a bandeira non paga as facturas» —en castellano, «la bandera no paga las facturas»—), o con las pitadas, abucheos y empleo de artilugios sonoros en esas mismas protestas. La conducta enjuiciada es subsumible, por tanto, en el delito tipificado en el art. 543 CP, siendo irrelevante a estos efectos que un sector doctrinal se muestre partidario de la desaparición de ese tipo penal.

20. En este asunto el TEDH amparó, como un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, la quema de banderas rusas y de la efigie del presidente de la Federación Rusa.

## BIBLIOGRAFÍA

ABELE, Robert P. (2005): *User’s Guide to the USA Patriot Act and Beyond*, Lanham: University Press of America.

ARIAS CASTAÑO, Abel (2018): *Clear and Present Danger test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Madrid: Marcial Pons.

ARJONA SEBASTIÁ, César (2006): *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Madrid: Iustel.

BILBAO UBILLOS, Juan María (2018): «La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Tautlats y Roura Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada», *Revista General de Derecho Constitucional*, 28, 1 ss.

CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel (2022): «¿Un problema de metodología? Las dificultades de la jurisprudencia constitucional para enjuiciar con pautas estables el castigo de formas y discursos potencialmente lesivos de reivindicación, crítica o protesta», *Revista de Derecho Político*, 113, 13-43.

CHAFEE, Zechariah (1919): «Freedom of Speech in War Time», *Harvard Law Review*, 32(8), 932-973.

COLE, David (2012): «The First Amendment's Borders: The Place of Holder vs. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine», *Harvard Law and Policy Review*, 6, 147-177.

COLE, David y James DEMPSEY (2006): *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, Nueva York: New Press.

FINAN, Christopher M. (2007): *From the Palmer Raids to the Patriot Act: a history of the fight for free speech in America*, Boston: Beacon Press.

FISS, Owen (2013): «El mundo en que vivimos», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 37, 20-31.

GÓMEZ CORONA, Esperanza (2010): «Estados Unidos: política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes», en Pérez Royo J. y M. Carrasco Durá (eds.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 57 ss.

LEWIS, Anthony (1992): *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment*, Nueva York: Vintage Books.

MONTERO REGULES, Juncal (2021): «Of statues and Santa Claus: does Article 10 protect hooliganism acts on a historical figure's statue?», *Strasbourg Observers* [en línea] <<https://strasbourgobservers.com/2021/08/25/of-statues-and-santa-claus-does-article-10-protect-hooliganism-acts-on-a-historical-figures-statue/>>. [Consulta: 18/01/2022.]

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2013): *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Barcelona: Crítica.

Ó'FATHAIGH, Ronan y Dirk VOORHOOF, (2018): «Conviction for performance-art protest at war memorial did not violate Article 10», *Strasbourg Observers*, [en línea] <<https://strasbourgobservers.com/2018/03/19/conviction-for-performance-art-protest-at-war-memorial-did-not-violate-article-10>>. [Consulta: 18/01/2022.]

PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2011): «Hay que prenderle fuego a la puta bandera: breve comentario a la STC 190/2020», *PostC: La PosRevista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la era PosCovid19*, 2.

– (2019): «Crónica de una condena anunciada: el Asunto Stern Tautlats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del Rey», *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 539-549.

REHNQUIST, William H. (1998): *All the Laws but one: Civil liberties in Wartime*, Nueva York: Knopf.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (2012): *Libertad de expresión, discurso extremo y delito: una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

STONE, Geoffrey (2004): *Perilous Times: Free Speech in War Time. From the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism*, Nueva York: W.W. Norton & Company.

– (2007): *War and Liberty. An American Dilemma: 1790 to the present*, Nueva York-Londres: W.W. Norton & Company.

– (2008): «Liberté d'expression et sécurité nationale», en Zoller, E. *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, París: Dalloz.

**Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.**

**Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.**