

# La libertad de expresión y los límites a la libertad de creación artística

## Resumen:

Tanto la libertad de expresión como la libertad de creación artística ayudan a conformar una sociedad democrática. Gracias a estos derechos, y a través de manifestaciones como el humor satírico, algo tan necesario en nuestras vidas, se pueden expresar ideas y pensamientos con cierta libertad. Pero... ¿de qué grado de libertad estamos hablando? Como todo derecho, las libertades de expresión y de creación artística no son derechos absolutos e ilimitados, poseen ciertas restricciones que son difíciles de determinar. Intentar definir el complejo entramado de los límites aplicables en este ámbito constituye el objetivo del presente trabajo.

-

## TRABAJO FIN DE GRADO

**Apellidos y nombre:** Ortega Gutiérrez, María

**D.N.I.:** 49147395Y

**Correo electrónico:** mariaortegagutierrez@gmail.com

**Director:** Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo

**Grado en Periodismo**

**Grupo:** Fuenlabrada

**Curso:** 2019/2020 – **convocatoria:** marzo

### **Agradecimientos:**

A ti, por haber sido mis manos y mis pies en esta andadura. Gracias por haberme iluminado y guiado, nunca se me olvidará lo aprendido.

A mi, por haberme encontrado y conocido un poco más: “Soy más fuerte de lo que aparento, toda la fuerza y el poder del mundo están en mi interior” (Robin Sharma).

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN:</b> .....	<b>3 -</b>
<b>II. OBJETIVOS E HIPÓTESIS:</b> .....	<b>5 -</b>
<b>III. MARCO TEÓRICO:</b> .....	<b>6 -</b>
<b>1. La libertad de expresión, un pilar fundamental en todo sistema democrático .....</b>	<b>6 -</b>
<b>1.1 La libertad de expresión y sus distintas manifestaciones en el artículo 20 de la Constitución Española.....</b>	<b>6 -</b>
1.1.1 <i>La libertad de expresión en sentido estricto y la libertad de información. Dos derechos conectados pero diferenciados .....</i>	<i>8 -</i>
1.1.2 <i>Producción y creación literaria, artística, científica y técnica.....</i>	<i>13 -</i>
1.1.3 <i>La libertad de cátedra .....</i>	<i>15 -</i>
1.1.4 <i>La prohibición de censura previa y el secuestro de publicaciones .....</i>	<i>15 -</i>
<b>1.2 La Libertad de Expresión y sus distintas manifestaciones según el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (artículo 10).....</b>	<b>19 -</b>
<b>2. Los límites a la libertad de expresión. Especial atención a las revistas satíricas</b>	<b>22 -</b>
<b>2.1 Los límites en sentido general .....</b>	<b>23 -</b>
2.1.1 <i>Los derechos de los demás.....</i>	<i>23 -</i>
2.1.2 <i>El interés colectivo .....</i>	<i>25 -</i>
<b>2.2. Los límites concretos .....</b>	<b>26 -</b>
2.2.1 <i>El insulto como punto de partida .....</i>	<i>26 -</i>
2.2.2 <i>Según la CE y la LO 1/1982, del 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen .....</i>	<i>28 -</i>
<b>2.3. Los límites según el Convenio Europeo de los Derechos Humanos:.....</b>	<b>44 -</b>
2.3.1 <i>El test de convencionalidad.....</i>	<i>45 -</i>
2.3.2 <i>Entre la protección de intereses generales y derechos de terceros.....</i>	<i>48 -</i>
<b>IV. CASOS PRÁCTICOS.....</b>	<b>51 -</b>
<b>1. Injurias a la Corona: Felipe y Letizia, y el “cheque bebé” .....</b>	<b>51 -</b>
<b>2. El caso “Ortega Cano” frente a la Revista Mongolia .....</b>	<b>60 -</b>
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>70 -</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>73 -</b>

## I. INTRODUCCIÓN:

¿Se imaginan una vida sin humor, sin arte y, por tanto, sin plena libertad de expresión?

La sátira, como el humor en general, es una manifestación de la creación artística y, como consecuencia, también lo es de la libertad de expresión. El grado de sátira que exista en un país determina muchas veces el grado de democracia que existe en él, puesto que la libertad de expresión es el punto de partida para que una sociedad sea considerada democrática.

A través del arte, el ser humano se desarrolla como persona, al tener total libertad para conseguir expresar ideas y emociones que son muy difíciles de exteriorizar de otra forma. El arte transmite, conmueve y provoca. No entiende de fronteras ni de clases sociales. Esa es su mayor grandeza.

Y qué decir del humor. ¡Qué sería de él sin la sátira irónica, y muchas veces desabrida, con la que los artistas hacen crítica social! ¿Y la risa? ¿Acaso podemos permitirnos el lujo de prescindir de tal fenómeno? El ser humano es sociable por naturaleza, necesita relacionarse, reír (a veces, también llorar), vivir y disfrutar, en definitiva. ¿O es que acaso la felicidad no consiste principalmente en eso?

Lo que pretendemos constatar con lo anterior es que, tanto el humor como la creación general a través del arte, son una necesidad en nuestra sociedad. Pero, también hay que tener en cuenta que esto puede chocar algunas veces con valores jurídicos igualmente merecedores de protección, siendo el honor de las personas un ejemplo de ello. Tengáse en cuenta, en este sentido, la importancia de valorar la posibilidad de que, mediante una determinada creación satírica, una persona pueda verse ofendida. Es necesario, en definitiva, combinar la libertad de creación artística con la tan necesaria (como muchas veces olvidada) empatía.

Fruto de toda esta reflexión nace nuestro trabajo, que gira en torno a la libertad de expresión, un derecho fundamental que permite el desarrollo de una correcta opinión pública, y proporciona la libertad de conocer, expresar y debatir. A tal efecto, dividiremos el presente trabajo en dos partes. Una parte teórica y otra parte que se corresponde con el estudio de varios casos prácticos.

En cuanto a la primera parte, desarrollaremos el derecho a la libertad de expresión con sus diferentes vertientes. Entre ellas se encuentra el derecho a la libertad de creación artística, que, como veremos, es un derecho subsumido en la libertad de expresión. Además, centraremos nuestro trabajo en el punto de los límites de la libertad de expresión (tanto en la Constitución Española, como en el Código Civil y Penal), puesto que hoy en día ejercer este derecho a través del humor, puede salir muy caro. Es preciso, por lo tanto, tratar de determinar dónde está esa barrera entre lo permitido y lo prohibido. A todo esto, hay que decir que, esta visión quedaría incompleta si no se mostrase la manera que en la que este derecho queda regulado en el ámbito internacional, fijándonos para ello en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

Respecto a la segunda parte, la práctica, analizaremos varios casos de portadas y carteles de revistas de carácter satírico. En concreto, unos fotomontajes que fueron demandados judicialmente, por haber considerado los tribunales que habían sobrepasado los límites a la libertad de expresión. Por un lado, estudiaremos un caso de injurias a la Corona cometido por la revista “El Jueves”, con la portada de don Felipe y doña Letizia y el “cheque bebé”. Y, por otro lado, analizaremos un supuesto de vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen, esta vez por un cartel publicado por la revista “Monoglia” en el que aparecía la imagen de José Ortega Cano. En ambos asuntos se analizan, además de las ya mencionadas, otras portadas o fotomontajes relacionados con la misma cuestión.

Esta introducción contiene, en definitiva, el glosario de cuestiones a las que dedicaremos nuestra reflexión académica y científica. Para ello, hemos empleado una metodología jurídica

elaborada a partir de fuentes, tanto directas (hemos accedido a la jurisprudencia nacional e internacional más relevante en la materia) como indirectas (que puede comprobarse en la bibliografía final, este estudio se ha visto enriquecido por las aportaciones de la doctrina principal, especialmente en relación con las cuestiones menos pacíficas).

Ahora sí y sin más dilación, nos adentramos en el (tan apasionante como siempre polémico) mundo de los límites a la libertad de creación artística, pero no sin antes recordar que “la sátira es la forma más directa de entender la verdad de las cosas, es desnudar el poder para poder leerlo mejor” (Darío Fo).

## **II. OBJETIVOS E HIPÓTESIS:**

Una vez descrito cuál es el tema y el motivo de estudio de nuestro trabajo, vamos a proceder ahora a señalar una serie de objetivos con sus hipótesis correspondientes:

1. Descubrir si existen límites exclusivos a la libertad de creación artística.

Hipótesis 1: La libertad de creación artística estaría muy relacionada con la libertad de expresión, lo cual no impide que existan unos límites únicamente aplicables al primero de los derechos mencionados.

2. Estudiar si siendo la ofensa un límite a la libertad de expresión, el ordenamiento jurídico protege de manera igual a las instituciones y a los ciudadanos.

Hipótesis 2: Las consecuencias jurídicas por la ofensa a las instituciones del Estado y a los particulares son diferentes.

3. Determinar si fue correcto el tratamiento dispensado por los tribunales en la revista “El jueves” con las injurias a la Corona y el “caso cheque bebé”.

Hipótesis 3: Los tribunales fueron demasiado restrictivos con la libertad de creación artística de los dibujantes con el supuesto concreto.

4. Analizar si la resolución judicial relativa al caso “Ortega Cano” de la revista “Mongolia” fue el adecuado o no.

Hipótesis 4: Los tribunales hicieron prevalecer de manera injustificada el derecho al honor de Ortega Cano sobre el derecho a la libertad de expresión de los dibujantes.

5. Analizar si los límites a la libertad de la creación artística están claramente definidos.

Hipótesis 5: El ordenamiento jurídico español define de una forma perfectamente nítida los límites a la libertad de creación artística.

### **III. MARCO TEÓRICO:**

#### **1. La libertad de expresión, un pilar fundamental en todo sistema democrático**

##### **1.1 La libertad de expresión y sus distintas manifestaciones en el artículo 20 de la Constitución Española**

Tanto el humor como la creación artística son una necesidad en la sociedad actual, ya que, como manifestaciones que son de la libertad de expresión, permiten el desarrollo de todo individuo. Un derecho, este último, que “garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre”, sin la cual quedarían vacíos de contenidos otros derechos recogidos en la Carta Magna además de verse corrompido el buen ejercicio de una sociedad democrática (STC 6/1981 de 16 de marzo, FJ 3).

Como toda buena construcción tiene que partir de unos buenos cimientos, hemos entendido necesario analizar el artículo 20 de la Constitución Española (en adelante CE), que contiene el derecho a la libertad de expresión en sus diferentes variantes. En concreto, el referido precepto dice así:

*Artículo 20 CE:*

1. *Se reconocen y protegen los derechos:*
  - a) *A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*
  - b) *A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*
  - c) *A la libertad de cátedra.*
  - d) *A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*
2. *El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.*
3. *La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.*
4. *Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*
5. *Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.*

Transcrito el artículo 20 CE, cabe señalar con José Antonio Montilla (2015: 218), que el derecho a la libertad de expresión identifica dos ámbitos distintos: “el sentido amplio” y “el sentido estricto”. El primero de ellos es “la facultad que tiene el ciudadano a la hora de comunicarse en libertad, sin que los poderes públicos impidan y obstaculicen esa actividad” y abarca las cuatro libertades que se recogen en el apartado primero del presente precepto. En cambio, tal y como se señala en la STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ 3, la libertad de expresión en “sentido estricto” está consagrada en el artículo 20.1 a) CE.

### *1.1.1 La libertad de expresión en sentido estricto y la libertad de información. Dos derechos conectados pero diferenciados*

Centrándonos en el estudio del derecho a la libertad de expresión en sentido estricto, estamos de acuerdo con quien afirma que ésta “protege exclusivamente una sola actividad: la comunicación sin trabas del pensamiento” (Juan José Solozábal, 1991: 81). De esta manera, “el bien jurídico protegido con la consagración de este derecho constitucional no es la libertad de opinión personal” (Francisco Javier Gálvez, 2001: 466), si no la libertad de comunicar de una manera libre lo que opinamos<sup>1</sup>.

En relación con esto, la CE reitera la idea de que para ejercer este derecho, se tiene que realizar de una forma libre, por lo que la libertad de expresión también engloba a la libertad de crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe «sociedad democrática»” (STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4). Ahora bien, es conveniente señalar que este derecho no es absoluto, si no que no podrá superar los límites de lo que se permite constitucionalmente en el ejercicio de la libertad de expresión. Más concretamente, y citando a Juan José Solozábal, (1992: 246), este derecho encuentra como “límite insuperable [...] el insulto o la expresión gravemente injuriosa”<sup>2</sup>.

Muy relacionado con la libertad de expresión se encuentra el derecho a la información que se recoge en el artículo 20.1 d) CE. Aunque parte de la doctrina y algunos textos internacionales consideran el derecho a la información como “un derecho subsumido en los derechos a la libertad de expresión y de opinión” (David Ortega, 2017: 102)<sup>3</sup>, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) señala que la Constitución los presenta de forma separada,

<sup>1</sup> Recordamos a estos efectos que, tal y como señala Ángel Rodríguez (2014: 514), la alusión literal en el artículo 20. 1 a) CE a la palabra, el escrito o cualesquiera otros medios de reproducción, “despeja todo tipo de dudas acerca de la idoneidad de algunos de ellos [internet, por ejemplo]”.

<sup>2</sup> Sobre el insulto ver apartado III, punto 2.2.1.

<sup>3</sup> En la STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2, se señala que: “Nuestra Constitución consagra por separado la libertad de expresión-art. 20.1 a)- y la libertad de información -art. 20.1 d)- acogiendo una concepción dual, que se aparta de la tesis unificadora, defendida por ciertos sectores doctrinales y acogida en los artículos 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y 10.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de Roma.[...]”.

es decir, defendiendo “una concepción dual” del derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2)<sup>4</sup>.

En sí misma, la libertad de información recoge dos vertientes, una “activa”, que se refiere a la transmisión de información veraz, y otra “pasiva”, que alude al hecho de recibirla (Ángel Rodríguez 2014: 515). Aparte de estas dos vertientes, hay quien considera que hay una tercera característica más del derecho a la información, aunque no aparezca de forma expresa en la CE, y es que “previamente debe darse una labor de búsqueda o investigación” (David Ortega, 2017: 102) que garantice esa veracidad a la que nos referíamos.

A pesar de que, como hemos dicho anteriormente, el derecho a la libertad de expresión y la libertad de información están muy vinculados entre sí, existe una serie de diferencias y similitudes que debemos tener en cuenta:

a) Atendiendo a las semejanzas de ambos derechos, y siguiendo a David Ortega (2017: 106-109) observamos que habría paralelismos en:

1) La esfera de lo público. Tanto la libertad de opinión como de información garantizan la constitución de una opinión pública libre y, por consiguiente, su ejercicio permite el funcionamiento de un Estado democrático. Como hemos visto reflejado en varias ocasiones, el TC recoge que el artículo 20 CE:

*[...] además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y*

<sup>4</sup> De la misma opinión es Juan José Solozábal (1991: 81), al afirmar que considerar el derecho a la libertad de información como un derecho producto de la libertad de expresión “es algo simplista y no sólo ignora la relación sistemática —dentro del género común de los derechos de comunicación libre o libertad de expresión en sentido amplio— entre la libertad de expresión y el derecho a la información, sino sobre todo una diferenciación cabal de los mismos y sus diversos momentos”.

*necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática (STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4).*

2) La dimensión de lo político. De igual forma, la libertad de expresión y la libertad de información tienen una especial importancia política, lo que se conoce como “doble carácter o dimensión institucional” (David Ortega, 2017: 108), que permite el correcto funcionamiento de una sociedad democrática. En este sentido, y como apunta el TC, la opinión pública es “indispensable para la efectiva consecución del pluralismo político como valor esencial del sistema democrático” (STC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 5).

3) La dimensión de lo privado. Además de la importancia de estos dos derechos en la esfera de lo público y lo político, también es importante hacer mención del ámbito privado, es decir, al carácter formativo de la persona. En concreto, con el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y de información, se permite un correcto desarrollo de la personalidad del individuo.

4) El carácter “interdependiente” de ambos derechos. Esto es así, porque al hablar de las libertades de expresión y de información “no se puede concebir una sin la otra” (David Ortega, 2017: 109). La libertad de información, para tomar su rumbo necesita apoyarse primero de la libertad de expresión, de manera que “no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo” (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5); y viceversa, la libertad de expresión necesita apoyarse en hechos para que no tenga “un campo de actuación estrecho, controlado y falso” (David Ortega, 2017: 109).

b) En cuanto a las diferencias, nos encontramos con:

1) El objeto. En el derecho a la libertad de expresión, el objeto que se protege son los juicios de valor, las opiniones, la idea, por lo que conlleva un carácter subjetivo. En cambio, en la libertad de información, el objeto son hechos, “la

- noticia o el dato”, que no tienen un carácter valorativo (STC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 2).
- 2) Las vertientes. Cabe destacar que la libertad de expresión tiene sólo una vertiente, que es activa, la de comunicar y expresar juicios de valor. No obstante, la libertad de información tiene dos, una pasiva (recibir información veraz) y otra activa (difundirla) (STC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11)<sup>5</sup>, o incluso tres, (investigar), como ya hemos mencionado anteriormente.
  - 3) Los titulares del derecho. Aquí cabe apuntar que, aunque sean dos derechos que están muy conectados, tienen su “propia individualidad” (David Ortega, 2017: 104), en cuanto su objeto y a veces por sus titulares (STC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 2). En la libertad de expresión se comprenden como titulares del derecho a todas las personas. Sin embargo, la libertad de información, además de contemplar como titulares del derecho a todos los individuos, incluye a los periodistas. Estos, a la hora de transmitir y recibir la información, podrán tener un “tratamiento distinto y privilegiado”<sup>6</sup> con respecto al resto, ya que son personas que se dedican de forma profesional a la información y tienen como receptor final de esta al “público o sujeto universal” (David Ortega, 2017: 104).
  - 4) Las condiciones que se exigen para la legitimidad del ejercicio de los dos derechos. De acuerdo con el TC, en el caso de la libertad de expresión, para que su ejercicio sea legítimo, las expresiones que se empleen no tienen que ser injuriosas o vejatorias. En cambio, en la libertad de información, “además” de estas expresiones injuriosas, entran en juego dos requisitos más: 1) el “canon de la veracidad”<sup>7</sup>, pues los hechos tienen que poder ser contrastados y ser veraces;

<sup>5</sup> Ver también STC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 2.

<sup>6</sup> Los periodistas tienen reservados, por ejemplo, los derechos de la cláusula de conciencia y el secreto profesional, entre otros. Además, Rafael Bustos (1994: 274) apunta que los periodistas poseen un conocimiento directo de hechos con relevancia pública, precisamente por el ejercicio de su profesión, por eso se entiende que sean “los que normalmente ejerzan este derecho”.

<sup>7</sup> En el caso de la libertad de expresión, el requisito del “canon de la veracidad” no puede ser probado, ya que lo que se expresa con este derecho son opiniones de carácter valorativo que no pueden “contrastarse con supuesto fáctico alguno” (Ángel Rodríguez, 2014: 514), y solamente pueden ser “más o menos razonados o

- y 2) tienen que ser relevantes para la opinión pública (STC 123/1993, de 19 de abril, FJ 2).
- 5) Y, por último, David Ortega (2017: 106) señala otra diferencia, “el campo de actuación”. En este sentido, el TC determina que la libertad de expresión es “más amplia” que la libertad de información (STC 107/ 1988, de 8 de junio, FJ 2). Esto es así porque las opiniones no son susceptibles de ser probadas, por tener un carácter valorativo y subjetivo, de esta forma, no se les puede aplicar el requisito de veracidad. En cambio, los hechos sí que deben ser probados y contrastados con el criterio de la veracidad, por su naturaleza objetiva. Por ello, se considera que la libertad de expresión tiene un campo de actuación más amplio que la libertad de información “por no operar, en el ejercicio de aquella, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta “(STC 107/ 1988, de 8 de junio, FJ 2).

Una vez expuestas estas consideraciones e incidiendo en el carácter diferenciado de la libertad de expresión con respecto a la libertad de información (y viceversa), es hora de referirse a la dificultad que suele plantearse a la hora de determinar cuándo estamos ante el ejercicio de un derecho y del otro. Pues bien, como ya hemos mencionado anteriormente, la mayoría de las veces, “la expresión de pensamientos necesita apoyarse en la narración de hechos” y, al revés (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5). De esta forma, para determinar de qué derecho se trata en cada caso, el TC ha elaborado el criterio “elemento preponderante” (STC 34/1996 de 11 de marzo, FJ 4). Así, nos remitiremos a un derecho u otro en función de cuál predomine en el mensaje. Si este posee un “afán informativo” (STC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2), es decir, si se trata de un hecho noticioso, habría que hablar de derecho a la libertad de información; y si prevalece la expresión de “un juicio de valor” (STC 38/2017, de 24 de abril, FJ 2), es decir, la opinión, estaríamos ante la libertad de expresión.

razonables” (José Antonio Montilla, 2015: 224). También Rosa Rodríguez (2000: 322) habla sobre la veracidad: “Para que la libertad de información pueda recibir la protección que dispensa el ordenamiento ha de ser, ante todo, una *información veraz*”.

### 1.1.2 *Producción y creación literaria, artística, científica y técnica*

A continuación, vamos a proceder a analizar el apartado 20.1 b) CE, donde se reconoce el derecho “a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”, o “libertad de expresión creativa”, como algunos autores lo nombran para así simplificar el término (María Núñez 2008: 292). Este punto tiene una especial relevancia, ya que de él cobra vida nuestro trabajo, puesto que este se centra en el análisis de las revistas satíricas. Y, en concreto, en el estudio de diferentes fotomontajes, que son creaciones artísticas que juegan con el humor, y a su vez, suponen un ejercicio de libertad de expresión.

En este sentido, lo primero que debemos que tener en cuenta, y siguiendo a la principal doctrina (Víctor Javier Vázquez, 2014: 73-76), es que el artículo 20.1 b) de la Constitución no se ha llegado a desarrollar en profundidad. Esto ha llevado al referido autor (2014: 74) a afirmar que, el derecho recogido en el mencionado precepto tiene una cierta “carencia de autonomía conceptual respecto a otras libertades”. Dicho lo cual, y aunque pueda establecerse una cierta diferencia respecto a la libertad de expresión (puesto que la libertad artística tiene una finalidad estética), esta última “podría ser vista, [...] como una [...] modalidad específica de la libertad de expresión”<sup>8</sup>. Ya que, ambos derechos, tanto la libertad de expresión como la libertad artística, tienen en común un “valor jurídico” (Víctor Javier Vázquez, 2014: 74). Por todo lo mencionado, y teniendo en cuenta que este trabajo se basa en el análisis de los límites a la libertad de creación artística, el hecho de que no exista a penas una regulación constitucional específica para este derecho nos lleva a fijarnos en la jurisprudencia dictada por el TC en relación con el derecho a la libertad de expresión.

Como hemos apuntado anteriormente, y reitera el TC, se puntualiza que el derecho a la libertad artística “no es sino una concreción del derecho – también recogido y protegido en el apartado a) [de la CE]- a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones” (STC 153/85, de 7 de noviembre, FJ 5)<sup>9</sup>, pero en ámbitos concretos, es decir, literarios, artísticos, científicos y técnicos. Y, además, añade que, “referida a las obras teatrales

<sup>8</sup> Ver más al respecto en Fernando Santaolalla (1992: 186).

<sup>9</sup> Ver STC 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5; STC 52/2008, de 14 de abril, FJ 5.

presupone no sólo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra” (STC 153/85, de 7 de noviembre, FJ 5).

Siguiendo con el estudio del objeto de protección del artículo 20.1 b), procede ahora a hacer una diferenciación entre la labor de “producción” y de “creación” sobre las modalidades artísticas, técnicas, científicas y literarias. A este respecto, Joaquín Urías, (2008: 503) diferencia entre “creación”, cuando la obra aún no está terminada, sino que está en proceso de elaboración; y “producción”, cuando se refiere a la transmisión y aprovechamiento público de la obra. De esta manera, el artículo 20.1 b) CE hace alusión a dos instantes distintos que señalan dos realidades creativas igualmente diferentes. En definitiva, la libertad de expresión creativa puede referirse tanto a la actividad creativa, como al paso siguiente, el de producción.

Atendiendo ahora a otra cuestión, debemos destacar que, para una parte de la doctrina, el artículo 20.1 b) CE abarca tanto el derecho a la creación intelectual, como el derecho a la propiedad intelectual, es decir, “a primera vista parece que sólo se proclama el derecho de creación intelectual. [...]” pero más adelante expone que se diferencian “dos modalidades de derechos: el derecho a la creación intelectual y el derecho a la propiedad intelectual” (Francisco Javier Gálvez, 2011: 465)<sup>10</sup>. En cambio, para otra parte de la doctrina, el derecho a la libertad de creación artística excluye el derecho a la propiedad intelectual. Más concretamente, y basándose en el ATC 197/1982, de 2 de junio, FJ 2, José Antonio Montilla (2015: 218) expone que “no se puede confundir esta libertad con los derechos de propiedad intelectual o industrial, que son derechos sobre la obra ya creada cuyo objetivo es proteger los intereses patrimoniales del creador y no son derechos fundamentales”.

<sup>10</sup> Este mismo autor, Francisco Javier Gálvez (2001: 464-465) considera que la elaboración de este precepto no es muy acertada, y opina que para su mejor comprensión debemos remitirnos al momento en el que se creó este apartado en concreto. Es por ello que, en el desarrollo del Anteproyecto de Constitución del derecho a la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, se basaron en el artículo 33 de la Constitución italiana, en el artículo 5.3 de la Ley Fundamental de Bonn y en el artículo 42 de la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976. De manera que, en la primera redacción de este artículo se referían más a la propiedad intelectual. Pero cuando ya se realizó su redacción definitiva, se reconocían los derechos a la creación y propiedad intelectual, aunque Francisco Javier considera que el texto del artículo 20.1 b) CE “no es suficientemente expresivo de su extensión real”.

### *1.1.3 La libertad de cátedra*

Siguiendo con el análisis de los diferentes apartados del artículo 20.1 CE, es momento de referirse a la letra c) del artículo 20.1 CE, correspondiente a la libertad de cátedra que, aunque menos relacionado con nuestro trabajo que los anteriores apartados, también es conveniente mencionar.

Este derecho protege y dota de libertad a los docentes a la hora de ejercer su profesión, que es enseñar. En palabras del TC, el derecho a la libertad de cátedra es “la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza” (STC 217/92, de 1 de diciembre, FJ 2). Como ya hemos mencionado, esta libertad protege al profesor, pero también a la formación de sus alumnos y, por consiguiente, ayuda a la conservación de una sociedad libre.

El derecho a la libertad de cátedra está muy vinculado a la libertad de expresión, es decir, a la libertad de pensamientos, ideas y opiniones, y también a la libertad ideológica. Este es el principal motivo por el que el derecho a la libertad de cátedra se recoge en el artículo 20 CE y no en el 27 CE, dónde se reconoce el derecho a la libertad de enseñanza (Gregorio Cámara, 2015: 381).

Por lo demás, simplemente añadir que la titularidad de la libertad de cátedra no solo reside en los docentes de la universidad, sino que hace referencia a todos los profesores, independientemente del grado de la enseñanza. Pero, aunque el derecho se proyecte sobre todos los docentes, el TC señala que esto no supone que el contenido de este sea igual para todos, ya que su ejecución será de una forma u otra dependiendo de “la naturaleza pública o privada del centro docente en primer término, y el nivel o grado educativo al que tal puesto docente corresponde, en segundo lugar” (STC 5/1981 del 13 de febrero, FJ 9).

### *1.1.4 La prohibición de censura previa y el secuestro de publicaciones*

Además de las libertades y derechos anteriormente mencionados, en el artículo 20 CE se recogen una serie de garantías específicas. En concreto, en el artículo 20.1 d) CE se desarrolla el secreto profesional y la cláusula de conciencia de los profesionales de la información; en el artículo 20.2 CE encontramos la prohibición de censura previa, y en el artículo 20.5 CE el

secuestro de publicaciones. En relación con nuestro trabajo, nos centraremos únicamente en estas dos últimas garantías por ser las que más vínculo tienen con los casos prácticos que veremos en el apartado IV.

a) La prohibición de la censura previa:

El artículo 20.2 CE señala que el ejercicio de la libertad de expresión (en su sentido general) “no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”, entendiéndose esta como “cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido” (STC 52/1983 del 17 de junio, FJ 5). De esta manera, nos encontramos ante la “intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales” (STC 187/1999 de 25 de octubre, FJ 5). Es decir, estaríamos ante un ejemplo de censura previa cuando se prohíba una obra antes incluso de ser creada.

El TC señala que la Constitución, por la forma que tiene tan tajante en la redacción del artículo 20.2 (cuando hace referencia a “ningún tipo”), pretende eliminar todas las formas de censura que puedan existir, incluso las que sean más “débiles y sutiles” (STC 52/1983 del 17 de junio, FJ 5). Ya que en una sociedad democrática las ideas tienen que transmitirse de una manera libre, sin ningún tipo de impedimento, y esto se produce como consecuencia de la protección constitucional del derecho a la libertad de expresión (José Antonio Montilla, 2015: 239).

¿Significa entonces que no existe en nuestro país ningún tipo de censura? La respuesta ha de ser negativa, tal y como vamos a explicar a continuación. Una primera posibilidad es que un Juez o Tribunal (nunca el Gobierno) debidamente habilitado por la ley adopte alguna medida de excepción (STC 187/1999 de 25 de octubre, FJ 5). Y otra opción es que esa limitación previa de la libertad de expresión se produzca por vías que no son las jurisdiccionales, nos referimos a tres fenómenos, como son: la presión ciudadana, la autocensura y el derecho de veto del director del medio de comunicación (José Antonio Montilla, 2015: 239). Veamos cada uno de estos ejemplos con más detalle:

- La presión de los ciudadanos para prohibir o limitar la libertad de expresión “puede llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno”, y dar lugar a un delito que puede tener un alcance penal, pero no se le puede considerar “censura” en el sentido que le atribuye la Constitución, aunque pueda conseguir el mismo resultado (STC 187/1999 de 25 de octubre, FJ 5). Tal presión ciudadana se puede producir, por ejemplo, cuando la mayoría de los individuos piensan que se ha incumplido alguna posición religiosa, ideológica o de cualquier otra naturaleza que se respete en la sociedad (José Antonio Montilla, 2015: 239).
- A la “autocensura” tampoco se le puede conceder este significado de censura en el sentido constitucional, ya que, ésta última “debe ser practicada por un tercero” (María Jesús García, 2013: 248). En cambio, la “autocensura” es cuando el propio emisor pone límites a su mensaje (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 5)<sup>11</sup>, por lo que no se realiza mediante ninguna acción pública.
- En cuanto al derecho al veto del director (artículo 37 CE), por ser responsable sobre los contenidos del periódico, también el TC ha rechazado que se considere como censura (STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 3)<sup>12</sup>.

Por último, cabe añadir que, aunque se declaren los estados de excepción o de sitio, la censura previa no se puede llevar a cabo, es decir, no se puede suspender el artículo 20.2 CE que seguirá vigente.

b) El secuestro de publicaciones:

<sup>11</sup> Tal y como se señala en la STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 5 “tampoco encaja en este concepto la que a veces ha dado en llamarse “autocensura”, utilizada en algunos sectores --la cinematografía o la prensa--, en algunos países o en algunas épocas para regular la propia actividad y establecer corporativamente ciertos límites”.

<sup>12</sup> Sobre esta cuestión la STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 3, ya mencionada, recoge que “el director tiene el derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico -art. 37 de la Ley citada-, sin que ese derecho sea identificable con el concepto de censura previa -prohibida por el art 20.2 de la Constitución- [...]”. En este sentido, José Antonio Montilla (2015: 240) alude a la cláusula de conciencia del periodista como instrumento que protege a este profesional de la información frente al veto del director.

Muy ligado a la figura de la censura previa se encuentra el artículo 20.5 CE, en virtud del cual ya hemos visto que “sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”. El secuestro de publicaciones es una medida que se usa para “retener” por parte de los poderes públicos, obras creadas fruto de la libertad de expresión, pero que han cometido una infracción legal (José Antonio Montilla, 2015: 240). Ahora bien, y siguiendo a este mismo autor, debemos aclarar ciertas cuestiones:

- El secuestro de publicaciones como garantía constitucional sólo se puede realizar mediante resolución judicial, pero antes, el juez tendrá que valorar cada caso concreto, ya que, a pesar de que esta medida es una garantía sobre la calidad de la información, también supone una restricción de la libertad de expresión, por ello tiene que estar perfectamente justificada. Además, no se permite el secuestro administrativo, típico de los regímenes autoritarios.
- Otra cuestión que debemos abordar es que el secuestro de publicaciones sólo es posible si la obra ya ha sido creada, de esta forma, no es posible un secuestro preventivo, ya que estaríamos ante un caso de censura previa. Como ejemplo, podemos hacer mención del conocido caso Fariña. Ésta es una obra en la que se habla sobre un ex alcalde, y éste demandó al autor por afectar contra su honor. De manera que, un juez de Galicia ordenó el secuestro cautelar del libro en cuestión, mientras se decidía si el autor había vulnerado o no el derecho al honor del cargo político mencionado. El secuestro del libro de Fariña se produjo cuando la obra ya estaba creada y no cuando la obra aún ni existía.

En relación con todo lo anterior, debemos destacar el papel que tiene Internet en la actualidad, siendo muy difícil controlar la difusión de los mensajes por parte de los poderes públicos. Esto es debido a la dificultad que hay de retener o controlar un mensaje ya transmitido, mediante el secuestro del soporte en el que se ha realizado. Además, la aplicación de esta medida podría suponer un efecto rebote y provocar una mayor difusión del supuesto mensaje ofensivo.

Ahondado sobre otra cuestión, simplemente añadir que, en vigencia de los estados de excepción o de sitio, a la posibilidad del secuestro judicial se le suma el secuestro administrativo, que puede ser ordenado por el Gobierno a las autoridades militares (artículos 21.1<sup>13</sup> y 33.2<sup>14</sup> de la LO 4/1981).

Para finalizar, debemos señalar que un modelo de libertad de expresión en el que se rechaza la censura previa y permite solamente al poder judicial el secuestro de publicaciones “es un sistema que bascula necesariamente sobre la responsabilidad individual y la capacidad de raciocinio de los seres humanos”. Y para perseverar este sistema, es necesario que los legisladores y jueces justifiquen bien las medidas que toman ante la comunicación pública (Miguel Revenga, 2004: 46).

## **1.2 La Libertad de Expresión y sus distintas manifestaciones según el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (artículo 10)**

Además de lo ya expuesto en relación con la Carta Magna sobre la libertad de expresión en España, existen diferentes textos internacionales<sup>15</sup> que desarrollan este mismo derecho. Por ser el órgano jurisdiccional internacional de referencia a la hora de evaluar la correcta protección de los derechos fundamentales en España, hemos escogido para su estudio el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas (en adelante, CEDH) de 1950. En concreto, y en virtud del artículo 10.1 CEDH:

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades*

<sup>13</sup> Artículo 21.1 LO 4/1981: “La Autoridad gubernativa podrá suspender todo tipo de publicaciones, emisiones de radio y televisión, proyecciones, cinematográficas y representaciones teatrales, siempre y cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo veinte, apartados uno, a) y d), y cinco de la Constitución. Igualmente podrá ordenar el secuestro de publicaciones.”

<sup>14</sup> Artículo 33.2 LO 4/1981: “a efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Gobierno designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera.”

<sup>15</sup> Como, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que se regula en el artículo 19: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión este hecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. También hacemos referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000, entre otros textos internacionales.

*públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*

Para el siguiente análisis sobre el precepto transcrito, vamos a seguir a Rafael Bustos (2009: 592), que destaca que este texto presenta una serie de dificultades que probablemente sean fruto de su elaboración, al realizarse como consecuencia de un consenso entre los Estados. De manera que, los conceptos de la libertad de expresión que aquí se abordan no brillan por su homogeneidad. Este autor, destaca al menos tres inconvenientes:

- 1) El artículo 10.1 CEDH reconoce la libertad de expresión en su sentido amplio y contiene, tres de sus manifestaciones: el derecho a la libertad de transmitir y recibir información, y la libertad de opinión. Como resultado, esto va a hacer que este derecho tenga aspectos variados y su protección sea diferente dependiendo de la manera y el contexto en el que se ejerza. En cambio, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora, TEDH), esta triple vertiente no es suficiente, por lo que incorpora también otras alternativas a la hora de ejercer este derecho: “la tutela del derecho a crear medios de comunicación [...], la transmisión de informaciones esenciales para la crítica a los poderes públicos, [...], y el derecho a anunciar en los periódicos servicios de asistencia letrada” (Rafael Bustos, 2009: 592).
- 2) El segundo apartado del artículo 10 CEDH es otra de las dificultades que señala el autor. Aunque sobre esto hablaremos en el apartado III punto 2.3, indíquese aquí simplemente que el artículo 10.2 CEDH se corresponde con los límites a la libertad de expresión, siendo su análisis especialmente complejo en lo que a la definición de los bienes jurídicos en él indicado se refiere.
- 3) El tercer inconveniente alude a la dificultad que entraña determinar en qué casos son legítimas las restricciones adoptadas por los Estados sobre el derecho a la libertad de expresión, y en cuáles no. Aunque esta cuestión la trataremos en el apartado III, punto 2.3, simplemente apuntar que dicho problema deberá ser resuelto por el TEDH mediante la aplicación del denominado “test de convencionalidad”.

Centrándonos aquí sólo en el primero de los puntos citados, el TEDH ha reconocido que este derecho es fundamental para el mantenimiento de una sociedad democrática (STEDH, de 8 de julio de 1986, Asunto Lingens c. Austria, párrafo 41) y permite el correcto funcionamiento del progreso del hombre, ya que su ejercicio garantiza una opinión. De igual modo, el Tribunal ha señalado que dentro del derecho a la libertad de expresión se incluyen tanto la libertad de opinión como la libertad de información, lo cual nos lleva a distinguir también aquí entre juicios de valor y hechos. Además de estas libertades, se incluyen otras<sup>16</sup>, lo cual ha llevado tanto la doctrina como al TC<sup>17</sup> a considerar que más que libertad de expresión, lo que el artículo 10.1 CEDH regula es la “libertad de la comunicación” (Teresa Freixes, 2003: 464).

Ahora bien, si analizamos por partes el artículo 10.1 CEDH en su literalidad, podemos observar diferentes características. En dicho precepto, la libertad de expresión posee una universalidad subjetiva<sup>18</sup>, ya que la titularidad del derecho es “toda persona”. Además, contiene una tesis monista<sup>19</sup>, teniendo en cuenta que, además de centrarse en la libertad de expresión, “comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas”. También detalla el precepto, que es posible el “control administrativo de los Estados” (David Ortega, 2017: 85) sobre las empresas de cine, televisión o radio.

Siguiendo la misma línea de análisis, procedemos a continuación a señalar las diferencias y similitudes respecto a la Constitución. Empezando por las diferencias: 1) podemos observar que artículo 10.2 CEDH posee universalidad geográfica cuando señala que el ejercicio de este derecho es “sin consideración de fronteras”. En cambio, el artículo 20.1 de Carta Magna,

<sup>16</sup> Aquí Rafael Bustos (2009: 595) se refiere a: “la expresión comercial, la libre expresión profesional, la libre creación de medios de comunicación, la libre expresión artística o el secreto profesional de los periodistas”.

<sup>17</sup> También lo recoge la STC 6/ 1981, del 16 de marzo, FJ 3: “La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos”.

<sup>18</sup> David Ortega (2017: 78), en el texto Internacional de la Declaración Universal de Derechos Humanos, expone que “todo individuo” se refiere a una universalidad subjetiva, por eso nosotros entendemos que “toda persona” también es considerada universalidad subjetiva.

<sup>19</sup> A diferencia de la tesis dualista que distingue entre libertad de expresión y de información como derechos autónomos y diferenciados.

no tiene tal característica, pues, en el caso de poseerla, no tendría sentido alguno, ya que éste último esta referido únicamente a España. 2) Otra característica que difiere entre estos dos textos, es que el Convenio no recoge la universalidad de los medios (David Ortega, 2017: 85), y la CE sí. 3) También cabe apuntar, que el CEDH sigue como decíamos, una tesis monista, al considerar que dentro de la libertad de expresión también está la libertad de información. En cambio, en nuestro Texto Fundamental se acoge una teoría dualista, como ya hemos mencionado en alguna ocasión, que diferencia la libertad de expresión y la libertad de información como derechos independientes.

Ahora bien, como similitud podemos apuntar que, tanto en el CEDH como en la Carta Magna, el derecho a la libertad de expresión tiene un sentido general, ya que hace referencia a “la libertad de opinión y libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas”. De esta manera, el artículo 20.1 d) CE sigue al Convenio, ya que hace alusión a las facultades de recibir y comunicar información<sup>20</sup>.

## **2. Los límites a la libertad de expresión. Especial atención a las revistas satíricas**

Los derechos fundamentales son inherentes a todo sistema democrático, tienen la máxima protección a nivel normativo y constituyen “un orden superior de valores”, de “convivencia y de relaciones entre ciudadanos y poderes públicos” (Gregorio Cámara, 2015: 66). Teniendo esto en cuenta, parecería una incoherencia tratar de establecer límites a dichos derechos. Pues bien, tal y como establece el TC, los derechos fundamentales no son absolutos e ilimitados<sup>21</sup>, si no que están sometidos tanto a límites que están regulados por la Constitución, como a otros que se derivan o están implícitos en ella. El objetivo de todo ello es proteger otros derechos o bienes amparados constitucionalmente (STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 3)<sup>22</sup>. Sin embargo, el problema es que nuestro Texto fundamental no ha desarrollado un

<sup>20</sup> En este sentido, David Ortega (2017: 85) apunta que tanto el Convenio como la CE dejan a un lado la primera facultad como contenido del derecho a la libertad de información, la de investigar.

<sup>21</sup> En la Declaración francesa de 1778, ya se señalaba que para que hubiera una organización política para la protección de los “derechos naturales [...] del hombre”, era imprescindible que se establecieran ciertos límites (Jorge de Esteban 2010: 314). Fijándonos también en el derecho comparado actual, observamos que por ejemplo la Ley Fundamental de Bonn hace lo mismo. Ver más al respecto en Juan Cianciardo (2001: 57-60).

<sup>22</sup> Nos referimos a la STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 3, cuando dice que “partiendo de esta premisa, ha de recordarse que, según reiterada doctrina de este Tribunal, los derechos fundamentales, y los del art. 20 entre ellos, no son derechos absolutos e ilimitados: por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites

precepto detallado de los límites generales de los derechos fundamentales, lo que ha llevado al TC ha realizar esfuerzos de cara a determinar cuales son los límites a los derechos fundamentales.

Así lo ha hecho también la doctrina, comenzando por Luis Aguiar de Luque (1993: 10) que nos propone la siguiente definición: “se emplea [...] la expresión de límites de los derechos fundamentales en un sentido muy general y omnicomprendivo para aludir a toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos”. Dicho esto, vamos a distinguir aquí dos clases de límites aplicables a los derechos fundamentales. Por un lado, nos referimos a los límites generales, y dentro de ellos distinguimos entre el límite de los derechos de los demás y el del interés colectivo. Y, por otro lado, y centrándonos ya en la libertad de expresión por ser el objeto de estudio en este trabajo, nos encontramos con los límites específicos, que son el derecho al honor, intimidad y propia imagen.

## **2.1 Los límites en sentido general**

### *2.1.1 Los derechos de los demás*

Muchas veces, la convivencia de distintas personas en una sociedad democrática en la que todos poseen los mismos derechos supone el choque de estos. Es por ello que el TC ve necesario que lo primero que hay que admitir, es que a la hora de ejercer un determinado derecho hay que respetar también “el derecho de los demás” (STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5). Esta colisión de la que hablamos puede darse en un mismo derecho, o entre derechos diferentes.

expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos”. Además, hay otras sentencias que también hacen referencia a esto, como, por ejemplo: la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5, en virtud de la cual la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, no es un derecho absoluto. En el mismo sentido, se pronuncia también la STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5, al señalar que “no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que [...] establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”.

Nos referimos al primero de los casos cuando dos individuos ejercen un derecho igual y estos chocan entre sí. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando el director de un periódico y el redactor ejercen su libertad de expresión, y entre ellos puede haber una discrepancia de opiniones. En este caso, tanto si el director cede y permite difundir las ideas del redactor, como si se limita el pensamiento de éste, estaríamos ante una limitación del mismo derecho (Jorge de Esteban, 2001: 314).

En cuanto al segundo caso, se produce cuando una conducta que esta protegida por un derecho fundamental se opone a otro bien o derecho protegido por la Constitución (Rafael Naranjo de la Cruz, 2014: 442). Por ejemplo, en el supuesto de una manifestación, una persona tiene derecho a protestar, pero a la vez se produce la colisión del derecho a la libre circulación de otros, ya que las calles estarían cortadas y se vería dificultado el paso de vehículos, personas etc. (Jorge de Esteban, 2001: 315). Otro ejemplo es el supuesto de un periodista que ha sido condenado por un delito de imprudencia, ya que ha revelado en un medio de comunicación información sobre una persona, y ésta posteriormente muere por un atentado terrorista a causa de esa información que se reveló. En este caso, el choque estaría en el derecho a la libertad de información, y en el derecho a la vida de la persona fallecida (STC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 9).

Pero ¿cómo podemos solucionar estas situaciones? La respuesta no es desde luego sencilla puesto que, al estar en una sociedad democrática, no hay jerarquización ni de personas, ni tampoco de derechos, debido a que estos están contemplados en la Constitución y tienen, en principio, la misma importancia (Jorge de Esteban, 2001: 315). Lo que parece claro, atendiendo a la jurisprudencia y a la doctrina, es que, en los casos de colisiones de derechos, no sería justo limitar solo el derecho de una de las personas para reconocer la totalidad de otro. Es por ello que, si nos encontramos ante alguna de las dos situaciones expuestas anteriormente, debemos buscar una solución. Y ante esta situación, la medida que se tomaría

sería aplicar el principio proporcionalidad<sup>23</sup>, tal y como lo exige el TC. Más concretamente, dicho órgano ha señalado que la aplicación de dicho principio consiste en verificar:

*si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes- [juicio de idoneidad]; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia [juicio de necesidad]; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. [juicio de proporcionalidad en sentido estricto] (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5).*

En definitiva, una vez analizada la manera en la que el TC da respuesta a los conflictos de derechos, queda claro que cuando se produzca una colisión entre ellos, se tienen que limitar de una forma paralela, asegurándose el máximo disfrute de uno en función del otro.

### 2.1.2 El interés colectivo

Un segundo límite en sentido general es el del interés colectivo, un concepto abstracto, el cual “se justifica por preservar los intereses legítimos de la sociedad” (Jorge de Esteban 2001: 315), que es dónde se pueden desarrollar los derechos fundamentales. Además, este mismo autor, señala dos visiones a la hora de poner en práctica este concepto, la progresista y la conservadora. Por un lado, una visión progresista de la sociedad no verá bien que se utilice un término abstracto para limitar los derechos de los ciudadanos. Por otro lado, las sociedades conservadoras podrán utilizar como excusa este concepto de “interés colectivo” para llevar a cabo una política restrictiva, y así limitar de forma injustificada derechos fundamentales. Un ejemplo de ello sería la restricción en algunos países islamistas de los derechos de las mujeres; o en las dictaduras, la persecución de los disidentes políticos, ello bajo la excusa de una supuesta protección del interés colectivo.

Analizadas las dos perspectivas anteriores, podemos observar que son posicionamientos muy extremos, y como en el término medio está la virtud, vamos a intentar encontrarlo. Para

<sup>23</sup> En este sentido, Jorge de Esteban (2001: 315) habla de una excepción a la aplicación de este principio, y es cuando uno de los derechos en colisión sea algunos de los previstos en el artículo 20.4 de la CE.

ello comenzaremos con la doctrina del TC, que al respecto ha señalado que “existen, ciertamente, fines sociales, que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución”<sup>24</sup> (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3).

Ahora bien, lo que el TC sigue sin aclarar es qué debe entenderse por interés colectivo. A estos efectos, nos será de gran utilidad fijarnos en lo que establecen otros textos internacionales sobre derechos fundamentales aplicables a España. Pues bien, partiendo de lo establecido en el artículo 10.2 CE<sup>25</sup>, nos centraremos en lo dispuesto en el CEDH, por ser este el texto que más desarrolla el concepto de interés colectivo al que nos venimos refiriendo. Más concretamente su artículo 10.2 CEDH pone como ejemplos la seguridad nacional, la integridad territorial, la defensa del orden y la prevención del delito, entre otros<sup>26</sup>. La literalidad del precepto será transcrita en el apartado III, punto 2.3.

A todo lo anterior hay que añadir que, como bien se nos indica desde la doctrina, toda colisión de derechos fundamentales que se pretenda resolver a través de la aplicación de CEDH, pasará por la aplicación, aquí también, del principio de proporcionalidad ya explicado (Jorge de Esteban, 2001: 317).

## **2.2. Los límites concretos**

### *2.2.1 El insulto como punto de partida*

Como ya hemos visto en apartados anteriores, la veracidad no actúa como límite de la libertad de expresión en sentido estricto, ya que, las opiniones “no pueden ser medidas con el canon

<sup>24</sup> Por ejemplo, en la STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3, se señala que: “el art. 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social. No ocurre esto en materia de inviolabilidad del domicilio, donde la Constitución no dice que deba sacrificarse a cualquier fin social, que, en general, será de rango superior por serlo y únicamente menciona de modo expreso la persecución de un delito flagrante como causa bastante para el sacrificio del derecho, aunque esta norma sea susceptible de desarrollos diferentes.”

<sup>25</sup> Artículo 10.2 CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

<sup>26</sup> Más al respecto en Antonio Montilla Martos (2015: 228).

de su adecuación a la realidad” (Juan José Solozábal, 1992: 246). Y también se ha dicho que, como en el caso de la veracidad, el interés general es un requisito que solo opera en relación con el derecho de la información.

Dicho lo cual y tratando de arrojar algo de luz en relación con los límites de la libertad de expresión, resulta útil partir de las palabras del TC cuando señala que “la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10.1” (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8).

El problema que se plantea a continuación es la dificultad de determinar qué es insulto y qué no lo es, cuestión que el Alto Tribunal ha tratado de resolver de la siguiente manera. Nos encontramos ante un insulto cuando al emitir juicios de valor, se utilizan expresiones injuriosas y que no son necesarias para transmitir esas ideas u opiniones (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4)<sup>27</sup>, cuando en su caso, la persona que transmite el mensaje lo hace con ánimo de ofender e injuriar<sup>28</sup>. Es por ello que cuando se aprecie la existencia de cualquiera de estos dos elementos prohibidos en un mensaje, este no encontrará amparo en el ejercicio de la libertad de expresión<sup>29</sup>.

En otras palabras, el TC apunta que:

*Una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta (evaluación que se inserta en el derecho de libre expresión, y que es a veces de difícil o imposible separación de la mera información) y otra cosa muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones, o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información, y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante la mera descalificación, o incluso el insulto y sin la menor relación con la formación de una opinión pública libre (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8).*

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión ver la STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4.

<sup>28</sup> Pero, por ejemplo, decir que alguien es afín a unas u otras ideas políticas no es un insulto (STC 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 5).

<sup>29</sup> En la STC 85/1992, del 8 de junio, FJ 4, se expone que: “llegando a la correcta conclusión de que las frases proferidas, por ser formalmente injuriosas y emitidas con el ánimo deliberado de desprestigiar, no pueden encontrar legitimación en el ejercicio del derecho invocado en la demanda”.

*2.2.2 Según la CE y la LO 1/1982, del 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*

Tal y como establece el artículo 20.4 de la CE, en relación con las libertades del artículo 20.1 del mismo Texto (libertades de información y expresión a la cabeza):

*4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*

El anterior precepto debe ser puesto en conexión con el artículo 18.1 de la CE, que señala que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Estos derechos de personalidad, así llamados por el Tribunal Constitucional (STC 14/2003, de 28 de febrero, FJ 4), están desarrollados en la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo de 1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (en adelante, LO 1/1982). Aunque esta Ley Orgánica no realiza ninguna distinción de forma individual entre estos tres derechos, en realidad puede afirmarse que “tienen sustantividad y contenido propio en nuestro ordenamiento, de modo que ninguno queda subsumido en el otro” (STC 12/2012, 30 de enero, FJ 5)<sup>30</sup>. Es por ello que hay que analizarlos de forma individual.

Señalado lo anterior, procedemos a explicar a continuación la manera en que dichos derechos actúan como límites al ejercicio de la libertad de expresión:

a) Derecho al honor.

<sup>30</sup> En este mismo sentido se expresa también la STC 14/2003, de 28 de febrero, FJ 4, al afirmar que estos “tres derechos autónomos y sustantivos, aunque estrechamente vinculados entre sí, en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas.”

Comenzando por el derecho al honor, se suelen identificar dos vertientes. Por un lado, estaría la autoestima que tiene una persona y, por el otro, el concepto que tienen el resto sobre dicho sujeto, es decir, la reputación (Pablo Fernández de Casadevante, 2017: 191)<sup>31</sup>.

La cuestión que se plantea ahora es determinar cuándo se produce una afectación en el derecho al honor o, en otras palabras, cuándo se puede considerar que hay expresiones vejatorias y no justificadas, precisamente por afectar alguna de esas vertientes citadas anteriormente. Pues bien, un elemento esencial al que aluden tanto el TC como la doctrina es el de la necesidad. En este sentido, el Tribunal considera como vejatorias las opiniones ofensivas “innecesarias para el fin de la información pública en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio” (STC 165/1987, FJ 10). Siguiendo con la misma cuestión, una parte de la doctrina apunta que una expresión innecesariamente vejatoria hace que el mensaje que se quiera emitir se desacredite, incluso aunque tenga “relevancia pública el objeto sobre el que versa” (José Antonio Montilla, 2015: 224).

Extrapolando este criterio de la necesidad al ámbito del Consejo de Europa, como ejemplos encontramos con la Sentencia del 25 de junio de 1992<sup>32</sup>, dictada por el TEDH. Este caso se produjo a raíz de la carta que Thorgeir Thorgeirson, un ciudadano y escritor islandés, escribió al Ministro de Justicia para denunciar actos de brutalidad policial que habían ocurrido en su país entre 1979 y 1983. En dicha misiva se aludía a determinados policías con insultos como “salvajes”, “animales sádicos (...) con tendencias perversas” o “bestias vestidas de uniforme”. En la decisión ya citada, el TEDH consideró que dichas acusaciones entraban dentro de lo que es el “ejercicio perfectamente legítimo de la libertad de expresión,

<sup>31</sup> En la misma dirección se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia del 23 de marzo de 1987, tal y como se desprende de VLEX, edición digital, consultada el día 20 de diciembre de 2019, disponible en <https://app.vlex.com/#vid/206633>. En concreto, se indica que: “el derecho fundamental al honor se encuentra integrado por dos aspectos o actitudes íntimamente conexiones: el de la «inmanencia» o «mismidad», representada por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la «trascendencia» o «exterioridad», integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad”. Y, en cambio, en la STC 216/2006, de 3 de julio, FJ 7, el Alto Tribunal parece haber unificado ambas concepciones al definir el honor como “la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacerla desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o al ser tenidas en el concepto público por afrentosas”.

<sup>32</sup> Ver más al respecto en STEDH 25 de junio de 1992, Asunto *Thorgeir Thorgeirson c. Islandia*, párr. 66.

concluyendo que en tales circunstancias una sanción por injurias suponía desincentivar o disuadir el libre debate sobre asuntos de interés general” (Patricia Goicoechea, 2014: 11).

Sentado lo anterior, y continuando con la delimitación del ámbito de protección del derecho al honor, Ascensión Elvira y Ángeles González (2011: 1) nos indican que la afectación al honor dependerá de varios factores como:

1. La relevancia pública de la persona, pues no será igual si el juicio de valor se refiere a un cargo público que a un ciudadano de a pie. Además, debemos diferenciar entre los personajes públicos, que lo son por el cargo o la función pública que poseen (por ejemplo, el Rey, el Presidente del Gobierno, el alcalde de una ciudad etc.); y las personas con relevancia pública, que adquieren esta condición por la actividad que desempeñan (por ejemplo: deportistas, científicos etc.). En el caso de los primeros, cualquier mensaje que se emita de ellos tiene importancia pública, mientras que respecto a los segundos, la parte más expuesta es aquella que se refiere a la actividad por la cual es reconocida (José Antonio Montilla 2015: 222)<sup>33</sup>. De manera que, en ambos casos, esos personajes “deben soportar un cierto mayor riesgo de lesión en sus derechos de la personalidad que las personas privadas, y el medio de información” (STC 15/1993, 18 de enero de 1993, FJ 1).
2. La intensidad con que le perjudique en su vida privada o profesional. Por ejemplo, a un conductor de autobuses no le afectará del mismo grado en su vida profesional, que digan que le han visto ebrio, que en su vida privada.
3. Las circunstancias en las que se produzca la ofensa, es decir, el contexto en el que se produzca la intromisión, pues cualquier expresión puede ser o no ser injuriosa dependiendo de las circunstancias en las que se lleve a cabo (Claudio Ariel, 2011: 138). Por ejemplo, no es lo mismo proferir un insulto en un momento de ira, que en frío; o realizar una expresión malsonante en un programa humorístico que en uno serio.

<sup>33</sup> Para otra clasificación, consultar a Lluís de Carreras (1996: 94).

4. También hay que tener en cuenta la difusión que esa opinión pueda tener. En este sentido, no será igual una imputación que se transmita públicamente, que “las expresiones injuriosas privadas o las imputaciones que no lleguen al público”, pues “pueden herir el ánimo del ofendido, pero no causan su desmerecimiento ante la consideración pública” (Lluís de Carreras, 1996: 75).

Al margen de esta clasificación planteada por las autoras mencionadas anteriormente, la apreciación de la vulneración del derecho al honor pasa también por tener en cuenta qué valores y normas sociales están impuestos en ese momento. Y es por eso, por lo que los órganos judiciales disponen de un “margen de apreciación” a la hora de determinar cuándo se ha lesionado un elemento protegido por el derecho al honor (Juan Luis Fuentes, 2007: 409).

Centrándonos ahora en los ejemplos de afectaciones ilegítimas previstos en la Ley Orgánica 1/1982 ya citada, vemos que en su artículo 7 se establecen varios ejemplos de conductas prohibidas. Uno es el artículo 7.7, relativo a “la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Otro supuesto de intromisión ilegítima es el artículo 7.8 de la misma norma, que hace referencia a “la utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas”.

Y no podemos concluir el análisis del derecho al honor sin mencionar un precepto que posee una deficiente redacción, que es el artículo 7.3, correspondiente a “la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo”. Como podemos observar, el precepto mezcla dos derechos, el derecho al honor y a la intimidad (este último lo detallaremos a continuación), y da a entender que, para que haya una intromisión ilegítima en el derecho al honor, tiene que verse afectado igualmente el derecho a la intimidad. Esto no es así ya que en realidad son derechos separados, es decir, autónomos.

b) Derecho a la intimidad

A continuación, vamos a analizar el derecho a la intimidad, no sin antes recordar algo importante. Dado que la libertad de expresión, entendida esta en sentido estricto, consiste en la emisión de opiniones, no es posible que el derecho a la intimidad se vea afectado por el ejercicio de aquella. En otras palabras, el derecho a la intimidad solo puede verse afectado por el derecho a la libertad de información, consistente como sabemos en la emisión de hechos o noticias veraces y revestidas de interés general. No vamos a estudiar, por tanto, vulneraciones de este derecho en la parte práctica de este trabajo, pero al estar aquel previsto en la misma Ley Orgánica que el derecho al honor y a la propia imagen, hemos visto oportuno su análisis.

Aclarado lo anterior, es hora de preguntarse acerca del significado concreto del derecho a la intimidad reconocido en la Constitución. Pues bien, según la jurisprudencia del TC, este derecho se refiere a:

*la esfera más reservada de las personas, al ámbito que éstas siempre preservan de las miradas ajenas, aquél que desea mantenerse oculto a los demás por pertenecer a su esfera más privada (STC 151/1997, de 29 de septiembre), vinculada con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). De esta forma el derecho a un núcleo inaccesible de intimidad se reconoce incluso a las personas más expuestas al público (STC 134/1999, de 15 de julio)<sup>34</sup>.*

Además del derecho a la intimidad en su vertiente individual, el TC nos recuerda que se trata de un derecho igualmente extensible al ámbito familiar, cuando afirma que:

*El derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia*

<sup>34</sup> Sobre los personajes públicos habla también Ángel Rodríguez (2014: 529): “[...] en casos de figuras públicas, el interés público puede justificar que queden fuera de lo íntimo aspectos de la vida privada que tienen una indudable transcendencia pública”.

*esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen.* (STC 231/ 1988, de 2 de diciembre, FJ 4)<sup>35</sup>.

En cuanto a las intromisiones ilegítimas previstas en la LO 1/1982 que afectan al derecho de intimidad, en el artículo 7 nos encontramos con los siguientes ejemplos. Para empezar, su apartado primero expone que una forma de intromisión en este derecho es “el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas”. De igual modo, en el apartado segundo se prohíbe “la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción”. Es decir, mientras que el artículo 7.1 hace referencia a la colocación de los aparatos u otros medios, el artículo 7.2 se refiere a la utilización de estos. En tercer lugar, el 7.4 alude a “la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”. Por último, cabe recordar que el artículo 7.3, habiendo sido mencionado en el derecho al honor, adolece de una defectuosa redacción que no debe llevarnos a error. Así, es necesario tener claro que una intromisión en el derecho de la intimidad no tiene por qué producirse de forma simultánea a la vulneración del derecho al honor.

c) Derecho a la propia imagen

Respecto al derecho a la propia imagen, se trata de salvaguardar, como su nombre indica, la imagen de una persona, evitando así que se le reconozca y se difunda o se capte su propia imagen (STC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4 y FJ 5). Este derecho es independiente del honor y la intimidad, de modo que el daño causado por el ejercicio de la libertad de expresión puede referirse a los tres derechos. Un ejemplo se produciría cuando al difundirse la imagen de una

<sup>35</sup> También Marc Carrillo (2004: 280), al hablar del derecho a la intimidad hace referencia a la familia, el derecho a la intimidad es “el derecho de la persona a poseer vida privada, de forma tal que disponga de un poder para controlar la publicidad de la información que sobre ella o su familia se haga”.

persona se viera afectada, además de la propia imagen, también su intimidad y/o honor (Ángel Rodríguez, 2014: 529).

En cuanto a los supuestos de intromisión ilegítima previstos en la LO 1/1982 que afectan al derecho a la propia imagen, comenzamos refiriéndonos al artículo 7.5, relativo a “la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos”. Por su parte, el artículo 7.6 prohíbe “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”.

Igualmente importante en relación con esta cuestión es la alusión que el artículo 7.5 hace a una serie de excepciones “específicas” (Pablo Fernández de Casadevante, 2017: 191), las cuales se encuentran detalladas en el artículo 8.2 de la propia LO 1/1982. En concreto, el derecho a la propia imagen no impedirá:

*“a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.*

*b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.*

*c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.*

*Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.*

Una vez analizados los tres derechos con sus correspondientes ejemplos de intromisiones ilegítimas previstas en la LO 1/1982, y continuando con el análisis de dicha norma, es hora de referirse a dos excepciones “generales” (Pablo Fernández de Casadevante, 2017: 191) aplicables al honor, la intimidad y la propia imagen. Nos referimos, en primer lugar, al artículo 2.2, el cual señala que “no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho

hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”. Y, en segundo lugar, a lo dispuesto en el artículo 8.1, en virtud del cual “no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”.

### *2.2.3 La LO 10 /1995 de 23 de noviembre, del Código Penal*

Tras observar la forma en la que la Ley Orgánica 1/1982 regula el honor, la intimidad y la propia imagen, es hora de comprobar la manera en que la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal (desde ahora, CP) establece también límites al respecto. Ahora bien, en este caso queremos advertir de que, dada la extensión de los delitos susceptibles de ser mencionados, nos centraremos exclusivamente en aquellos que serán aplicados en los casos prácticos expuestos en el apartado IV.

Debido a que el primer caso práctico que vamos a tratar es un delito injurias a la Corona, hemos visto oportuno explicar los delitos contra el honor. Nos referimos, más concretamente, a la calumnia y a la injuria, y como tipo específico de esta última, a la injuria a la Corona, si bien hay que tener en cuenta que se encuentra regulada fuera del Título XI del CP relativos a los delitos contra el honor (más concretamente, la injuria a la Corona se prevé en el Título XXI, dentro de los delitos contra la Constitución).

a) Respecto a la injuria tipificada en el artículo 208 CP, es “la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Este delito se puede cometer mediante la palabra, a través de caricaturas, también con actitudes de indiferencia y desprecio, etc., pero lo más importante y lo primero para que sea un delito es que tiene que tener un “contenido ofensivo” que atente contra la dignidad de la otra persona (Lluís de Carreras, 1996: 124).

Además de ese contenido de deshonor, Lluís de Carreras (1996: 124) continúa diciendo que hay un elemento que también debemos tener en cuenta, y es el *animus injuriandi*, es decir, que exista la intención concreta de injuriar. En este sentido, las expresiones que estén fuera de contexto serán consideradas “exabruptos gratuitos e innecesarios”, que tienen un evidente animo de injuriar, y un propósito de meterse con alguien (STC 170/1994, de 7 de junio de

1994, FJ 4)<sup>36</sup>. Ese “animus” o intencionalidad con la que se realice una acción o se exprese, es muy importante. Y, es que, una acción que podría tacharse de injuriosa, si se realiza solamente con la mera intencionalidad de informar o efectuar una crítica constructiva (*animus narrandi o criticanti*), o se ejerce con el propósito de bromear (*animus jocandi*), no constituiría delito.

Otro elemento que requiere el delito de injuria es que la ofensa llegue al conocimiento del sujeto pasivo, ya que, si esto no se produce, difícilmente podrá el ofendido verse afectado por estas expresiones. Además, en la doctrina hay discrepancia de opiniones a la hora de decidir si el delito se comete cuando llega al conocimiento del injuriado, o bien, cuando llega a terceras personas sin que el afectado se haya enterado todavía (Lluís de Carreras, 1996: 124).

Cabe añadir que sólo se considerarán delito “las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173<sup>37</sup>”. En cambio, “las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” (artículo 208 CP).

Ahora bien, es conveniente diferenciar entre unas y otras, es decir, entre las injurias leves y graves. Pues bien, hay que tener en cuenta la forma en que se expresan las imputaciones, es decir, la manera que tienen de ejecutarse, ya que “[...] una manifestación con el mismo significado puede dar lugar a injurias graves o leves según como se realice”, por lo que “hay que aplicar un criterio restrictivo y reducir las injurias graves a aquellos supuestos formalmente inadmisibles. Sólo el insulto *grave* debe ser considerado como tal” (María Teresa

<sup>36</sup> Según la STC 170/1994, de 7 de junio de 1994, FJ 4: “Las expresiones entresacadas son exabruptos gratuitos e innecesarios, dictados por un claro animus iniurandi, el afán de “meterme con alguien” como confiesa el autor en las mismas páginas, días después, cuando tuvo la ocasión de rectificar, que desaprovechó para insistir en su agresión hiriente e innecesaria”.

<sup>37</sup> El artículo 173.4 CP: “Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

Castiñeira, 1990: 456). Además, esta misma autora (1990: 458) señala que debe tomarse en consideración el estado de ánimo en el que se encuentre el sujeto activo y los motivos por los que ha realizado la injuria a la hora de definir la gravedad de esta, ya que “[...]puede incluso trascender a la distinción entre injurias graves y leves y dar lugar a la inexistencia del delito”.

También debemos apuntar que, si las injurias graves se producen con publicidad, es decir, si se difunden a través de los medios o a través de soportes para darle mayor visibilidad, la gravedad del delito será mayor, ya que, su difusión será más potente y hará que llegue a más gente. Es por eso que “las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses” (artículo 209 CP).

b) Otro delito contra el honor es la calumnia, regulada en el artículo 205 CP, que la define como “la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Es decir, y aclarando la definición, la calumnia se produce al realizar afirmaciones sabiendo que son falsas, acusando a la otra persona de que es un delincuente o de que ha cometido un delito. Por ejemplo, estaríamos ante un caso de calumnia, si una persona sabiendo que es mentira, acusa a otra de ser un asesino<sup>38</sup>.

Por lo demás, cabe señalar que la calumnia se parece mucho al delito de denuncia falsa (artículo 456 del CP) <sup>39</sup>, pero la diferencia radica en que, en esta última, la denuncia que se realice tiene que ser presentada ante la policía o autoridad judicial (Lluís de Carreras, 1990: 126).

<sup>38</sup> No es necesario la utilización de la palabra asesino, si no que bastaría con decir que ha matado a alguien.

<sup>39</sup> En el artículo 456 CP: “Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados:

1.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave.

2.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito menos grave.

3.º Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara un delito leve.”

Por lo demás, si una calumnia se difunde con publicidad, la pena se vería agravada por lo que se castigarían “con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses, en otro caso, con multa de seis a 12 meses” (artículo 206 CP).

- c) Después de todo lo expuesto, y como características comunes a la calumnia y a la injuria, debe tenerse en cuenta que:
- Como hemos mencionado anteriormente, cuando hemos desarrollado la injuria y la calumnia, si alguna de las dos se realiza con publicidad, la pena se verá agravada. Además, nos referimos a publicidad cuando la calumnia o injuria se difundan mediante la imprenta, radiodifusión o un medio que sea semejante a los mencionados (artículo 211 CP). De esta forma, si se producen mediante publicidad, se responsabilizará de una forma civil y solidaria aquel individuo (físico o jurídico) que sea dueño del medio informativo por el que se ha difundido la injuria o la calumnia (artículo 212 CP).
  - Los tribunales sancionarán con una pena de inhabilitación especial que se encuentra en los artículos 42 o 45 del CP, además de las penas que correspondan para los delitos que se hayan visto afectados, si la calumnia o la injuria se realizan a través de una recompensa, precio o promesas (artículo 213 CP).
  - Si el sujeto activo reconoce ante la autoridad judicial que sus afirmaciones son falsas o no son certeras y se retracta, se le impondrá la pena inferior en grado y podrá no ser sancionado con la pena de inhabilitación del artículo anterior. El Juez o el tribunal pedirá al acusado el texto en el que queda clara su retractación, debiéndose, siempre que la persona ofendida así lo solicite, publicar dicho texto en el mismo medio en el que se realizó la calumnia o la injuria, en un espacio igual o semejante en el que se produjo su difusión y dentro del periodo de tiempo que determine el Juez o Tribunal de la sentencia (artículo 214 CP).

- Para que exista delito de injuria o calumnia, es necesario que el sujeto pasivo haya presentado la correspondiente querrela. Ahora bien, si la ofensa se produce contra un funcionario público, autoridad o un agente suyo, siempre y cuando la ofensa sea relativa al ejercicio de sus cargos, la actuación será de oficio (artículo 215.1 CP).
  - Nadie podrá deducir acción de calumnia o de injuria emitidas en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido (artículo 215.2 CP).
  - El perdón del sujeto activo hace que se extinga la pena (artículo 215.3 CP), aunque hay que tener en cuenta el segundo párrafo del número 5, del artículo 130.1 CP<sup>40</sup>, en relación con menores o personas discapacitadas necesitadas de especial anterior.
  - Tanto en la injuria como en la calumnia, reparar el daño que se ha causado por el sujeto activo incluye también la publicación o transmisión de la sentencia dictaminada por el juez o el Tribunal, en el tiempo y forma que ellos consideren oportuna, una vez escuchadas las dos partes (artículo 216 CP).
  - Además, hay que tener en cuenta que los delitos de injurias y calumnias prescriben al año (artículo 131.1 CP).
- d) Un supuesto especial de injurias son las injurias a la Corona. Este precepto se encuentra detallado en el artículo 490.3 CP que señala que:

*El que calumniare o injuriare al Rey o Reina 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 Princesa de*

<sup>40</sup> Artículo 130.1 n°5, segundo párrafo CP: “En los delitos contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

*Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son.*

Una vez transcrito el mencionado texto, son varias las consideraciones que de él cabe mencionar:

1. En cuanto a la primera, debemos destacar que la normativa del CP no sólo protege como titular al Rey, si no a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o a sus descendientes como indica el artículo 490.3 CP. En teoría, tal protección se garantiza por la función pública que estos ejercen, pero en este caso, es de extrañar que la norma abarque a tantos sujetos, ya que es el Rey la única persona que desempeña funciones constitucionales. Esto sólo puede justificarse en un sentido, y es que estos sujetos pueden ser titulares de derechos de sucesión, y así, de este modo si se les protege a ellos, también se ampara a la Corona. Pero, de igual modo, si seguimos este principio también deberían quedar incluidos y gozarían de tal protección los “parientes colaterales” del Rey, y como hemos podido comprobar, estos quedan fuera de tal protección (Ignacio Fernández, 2019: 377). De igual manera, este mismo autor apunta que “en tanto no se ejerza una función pública, la tutela que las normas dispensan a la Corona no debieran tener el mismo alcance, sobre todo si van a suponer limitar derechos fundamentales”, es decir, no tiene lógica que tenga la misma protección que el Rey un nieto suyo con escasas probabilidades de que sea su sucesor.
2. Como segunda consideración, cabe apuntar que, si se realiza alguna expresión injuriosa o calumniosa fuera del ejercicio de las funciones de las personas mencionadas anteriormente, la pena de multa sería de cuatro a veinte meses (artículo 491.1 CP)<sup>41</sup>. Además, en el artículo 491.2 CP<sup>42</sup> también se contempla un supuesto

<sup>41</sup> Artículo 491.1 CP: “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”.

<sup>42</sup> Artículo 491.2 CP: “Se impondrá la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del Rey o Reina o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la

específico relativo a la utilización ilícita de la imagen de cualquiera de las personas descritas en él y en virtud del artículo 491.2 CP, en este caso se produciría una pena de multa de seis a veinticuatro meses.

3. La tercera se hace eco de las dudas que surgen en relación con la propia existencia del delito específico de injurias a la Corona. Como ejemplo, podemos mencionar el conocido caso Otegi, en el que el portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak, Arnaldo Otegi, en el discurso con motivo de la inauguración de una central eléctrica en el País Vasco, se dirigió al Rey con la expresión “responsable de los torturadores”. Como consecuencia de ello, el Ministerio Fiscal interpuso ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco una querrela contra el referido político, por injurias graves al Rey, pero el Tribunal decidió exculparle<sup>43</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, la Fiscalía recurrió la sentencia al Tribunal Supremo alegando, por una parte, que la “ley protegía el honor del Rey como persona física concreta, titular de su dignidad personal, objeto del delito de injuria y, por otra, que la ley tenía por objeto garantizar el cumplimiento del contenido simbólico de la institución de la Corona, tal como establecía la Constitución española” (STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Asunto Otegi Mondragón C.España*, párrafo 15 ). La solución adoptada por el Tribunal Supremo fue radicalmente contraria a la del Tribunal Superior de Justicia: decidió condenar a Otegi como responsable de un delito de injurias graves al Rey, a un año de prisión y al pago de una indemnización, decretando además la suspensión del derecho del sufragio pasivo durante la pena (STS, de 26 de octubre de 2005).

A continuación, Otegi interpuso un recurso de amparo ante TC alegando fundamentalmente la violación de su derecho a la libertad de expresión (artículo 10.1 a) CE) y de libertad ideológica (artículo 16 CE). Inadmitido el referido recurso (ATC

Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe o Princesa de Asturias, de cualquier forma, que pueda dañar el prestigio de la Corona”.

<sup>43</sup>Ver la STSJ PV 1206/2005, de 18 de marzo del 2005.

213/2006 del 3 de julio), el político vasco demandó a España ante el TEDH por haber violado artículo 10 CEDH, con relación a la libertad de expresión.

Explicado todo lo anterior, vamos a analizar los puntos en los que se basa el TEDH de cara a llegar a una solución. En cuanto a la primera cuestión, el TEDH considera que el demandante se estaba expresando en el marco del debate político, aclarando que “si algunos términos del discurso del demandante describen un cuadro muy negativo del rey como institución”, no se trataría de un discurso de odio (STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Asunto Otegi Mondragón c. España*, párrafo 54).

En cuanto al segundo punto, el TEDH también incide en el hecho de que los órganos jurisdiccionales españoles que condenaron a Otegi lo hicieron con base en el artículo 490.3 CP, el cual otorga al Monarca un valor diferenciado al resto de personas o instituciones como el Gobierno o el Parlamento. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo ya declaró (ver sentencia *Colombani y otros*) que “una mayor protección otorgada por una ley especial respecto de las ofensas no se ajusta, en principio, al espíritu del Convenio” (STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Asunto Otegi Mondragón c. España*, párrafo 55).

La tercera consideración en la que se fija el TEHD es en el hecho de que el Rey sea irresponsable, tal y como establece el artículo 56.3 CE<sup>44</sup>, en concreto el órgano jurisdiccional apuntó que:

*El hecho de que el Rey ‘no esté sujeto a responsabilidad’ en virtud de la Constitución española, en particular, a nivel penal, no podría suponer un obstáculo en sí al libre debate*

<sup>44</sup> Artículo 56 CE:

1. El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.
2. Su título es el de Rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan a la Corona.
3. La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2.

*sobre su posible responsabilidad institucional, o incluso simbólica, a la cabeza del Estado, dentro de los límites del respeto a su reputación como a la de cualquiera* (STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Asunto Otegi Mondragón c. España*, párrafo 56)

Un cuarto elemento tenido en cuenta por el TEDH consiste en que llegó a la conclusión de que las expresiones pronunciadas por Otegi “no cuestionaban la vida privada del Rey o su honor personal, y no implicaban ataque personal gratuito contra su persona”. Además de no cuestionar la vida privada del Monarca, el Tribunal considera que tampoco se entrometían en el ejercicio de sus funciones oficiales. (STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Asunto Otegi Mondragón c. España*, párrafo 57).

El quinto punto considerado por TEDH es la sanción que se le impuso al condenado considerándola contraria al principio de proporcionalidad del que ya se ha hablado en otro momento. Más concretamente, el Tribunal criticó la “naturaleza y la dureza de las penas impuestas” (STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Asunto Otegi Mondragón c. España*, párrafo 58), añadiendo que una pena de cárcel por una infracción que se había cometido durante un discurso político “sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales [...] cuando se hayan afectado seriamente otros derechos fundamentales como en la hipótesis, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o incitación a la violencia” (STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Asunto Otegi Mondragón c. España*, párrafo 59).

Una vez expuestas todas estas consideraciones, el TEDH llegó a la conclusión de que las autoridades españolas habían violado el derecho a la libertad de expresión de Arnaldo Otegi.

Ahondando sobre la cuestión mencionada anteriormente respecto del tratamiento diferenciado que se le otorga a la Corona respecto al resto de personas o instituciones, resulta muy útil recurrir a Cristina Pauner (2011: 129) cuando analiza más detalladamente el tipo penal español aplicable a las injurias a la Corona. En

concreto, la autora critica que, en el caso de esta institución, tanto la injuria grave como la leve sean consideradas de igual gravedad mientras que en las injurias contra ciudadanos particulares, sólo la persona que cometa una injuria grave será perseguida penalmente. Además, sólo en la Corona, la injuria grave puede ser sancionada con pena de cárcel, mientras que en las proferidas contra los demás individuos, únicamente se aplicará una multa. Por lo demás, simplemente apuntar que si de injurias a la Corona se trata, injuriar y calumniar revisten la misma gravedad, y para el resto de las personas, las penas por injurias son menores que las de calumnia (Lluís de Carreras, 1996: 127).

Una vez puestas en conocimiento las dos vías de reclamación, la civil y la penal, autores como Lluís de Carreras (1996: 115) consideran que la vía civil es la más acertada para la protección de los derechos de personalidad. Esto es considerado así porque el ofendido prefiere que se le reconozcan sus derechos y conseguir una compensación económica, antes que solicitar la condena penal de la persona que ha realizado la ofensa.

### **2.3. Los límites según el Convenio Europeo de los Derechos Humanos:**

Como ya hemos expuesto en ocasiones anteriores, el derecho a libertad de expresión no es absoluto e ilimitado, es por ello que, una vez desarrollado el papel de los límites en nuestra Norma Fundamental, le toca el turno a la visión internacional. Volviéndonos a fijar una vez más en el CEDH, por las razones ya mencionadas<sup>45</sup>, vemos que este texto recoge ciertas restricciones de la libertad de expresión en su artículo 10.2 CEDH:

*2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de*

<sup>45</sup> Ver apartado III, punto 1.2.

*la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*

En este segundo apartado del artículo 10 CEDH, se establecen los límites al derecho de la libertad de expresión, además de un número amplio de bienes jurídicos que son capaces de acotar este derecho, y llevarlos a la práctica suponen una tarea de gran dificultad.

Dicho lo cual, vamos a dividir este apartado en dos subepígrafes. Por un lado, desarrollaremos las condiciones requeridas a los Estados de cara a justificar restricciones en los derechos fundamentales (lo que se conoce como el “test de convencionalidad”<sup>46</sup>); y por el otro, nos vamos a apoyar en la principal doctrina cuando diferencia la protección de intereses generales y la protección de los derechos de terceros.

### *2.3.1 El test de convencionalidad*

Comenzando por la primera cuestión, es preciso señalar que para que haya legitimidad por parte de los Estados a la hora de establecer límites concretos, es necesario que aquellos cumplan tres requisitos (recordamos de nuevo que dentro de la doctrina esto se conoce como “test de convencionalidad”): 1º) El límite concreto aplicado tiene que estar previsto en la ley; 2º) la medida restrictiva que se impone debe perseguir un fin legítimo, es decir, que se justifique por alguno de los fines que están en el artículo 10.2 CEDH; 3º) la medida tiene que ser necesaria en una sociedad democrática a la hora de proteger los bienes jurídicos protegidos por el propio precepto.

Los dos primeros requisitos no resultan complejos de verificar, ya que la contrastación que tiene que llevar a cabo el TEDH suele ser muy simple. En el primero de los casos, sería comprobar si el Estado correspondiente recoge una ley en la que aparezca ese límite. Y en el segundo, que esa restricción siga algunos de los propósitos establecidos en el ya mencionado apartado dos del artículo 10 del Convenio (Isabel Serrano, 2011: 583).

<sup>46</sup> Mercedes Iglesias, (2010: 572).

En cambio, respecto a la tercera de las consideraciones, Celeste Gay (1989: 268) apunta que “es sin duda la más conflictiva y en ella se cifra la resolución de los conflictos planteados ante el Tribunal”. En este punto lo que se pretende saber es si la injerencia ha sido proporcionada, y para ello hay que tener en cuenta dos requisitos (Pablo Fernández de Casadevante, 2019: 36-37):

1. Por un lado, tiene que haber una necesidad de la injerencia o “necesidad social imperiosa” que se entiende como “la existencia de un peligro potencial para el sistema democrático que justifique la adopción de la medida limitadora” (Pablo Fernández de Casadevante, 2019: 36).
2. Y, por otro lado, la limitación tiene que ser proporcionada al fin legítimo que se persigue. Es decir, se utiliza aquí también el criterio de la proporcionalidad y lo que se exige con esta medida es que se verifique que hay un cierto equilibrio entre los beneficios que se consiguen con la restricción que se ha establecido, y los sacrificios que esta supone para los titulares y la sociedad. Si no existe esta compensación “o existe un medio menos gravoso para el derecho fundamental en cuestión con el que se consiga el mismo fin”, no se estaría cumpliendo con este requisito de proporcionalidad (Isabel Serrano, 2011: 584).

En relación con lo anterior, conviene recordar que los Estados cuentan con un margen de apreciación, lo cual significa que disfrutan de cierta libertad a la hora de limitar algunos derechos fundamentales (Isabel Serrano, 2011: 585)<sup>47</sup>. Esto es así porque el TEDH considera que hay ciertas cuestiones que son propias de cada país, y las naciones tienen más conocimiento a la hora de abordarlas. Pero, tal y como señala Pablo Fernández de Casadevante (2019: 37-38), lo difícil es determinar cuáles son los criterios que se tienen que tomar en consideración para apreciar tal proporcionalidad. De esta forma, habrá un mayor o menor margen de apreciación dependiendo de la similitud que exista sobre un concepto concreto en la legislación de cada país anexo al Convenio. Si estamos ante un asunto donde hay mayor discrepancia, ya sea por cuestiones culturales o sociales, existirá un margen de

<sup>47</sup> Ver más sobre esta cuestión en (Javier García, 2007: 117-143).

apreciación mayor; al contrario ocurrirá si existe un mayor consenso, en este caso el margen de apreciación será menor o no habrá (Isabel Serrano, 2011: 584).

Según la principal doctrina (Teresa Freixes, 2003: 469)<sup>48</sup>, este “test de convencionalidad” encuentra su origen en el conocido caso *Handyside* contra Reino Unido del 7 de diciembre de 1976, un asunto en el que el Tribunal incidió entre la estrecha relación existente entre la libertad de expresión y democracia<sup>49</sup>. Dada la importancia de este caso hemos creído oportuno su resumen a continuación. Todo comenzó cuando las autoridades inglesas, apoyándose en la legislación británica de publicaciones de carácter obsceno de 1959 y 1964, requisaron “El pequeño libro rojo”, por contener este contenido sexual y estar dirigido a niños de entre 12 y 18 años. Además, los dirigentes condenaron a su editor, el señor *Handyside*. Ante esto, el librero, tramitó una demanda dirigida a las autoridades británicas en la que alegaba la vulneración del artículo 10 CEDH, argumentando que “las medidas adoptadas no eran necesarias para proteger la moral, como decían las autoridades, y que éstas habían aplicado la ley con discriminación en razón a las opiniones políticas del editor” (STEDH, de 7 de diciembre de 1976, *Asunto Handyside, C.Reino Unido*, párrafo 3).

Finalmente, el TEDH, en respuesta a la demanda, explicó que no había violación del artículo 10 del CEHD, ya que las medidas que se le impusieron al demandante cumplían los tres requisitos del test de convencionalidad: estaban previstas por la ley, pues las autoridades británicas se basaron en las leyes 1959 y 1964 (STEDH, de 7 de diciembre de 1976, *Asunto Handyside, C.Reino Unido*, párrafo 44). Además, el Tribunal también comprobó que las leyes mencionadas poseían “un fin legítimo conforme al artículo 10.2 la protección de la moral en una sociedad democrática” (STEDH, de 7 de diciembre de 1976, *Asunto Handyside, C.Reino Unido*, párrafo 46). La cuestión que se puso en duda fue la de si las medidas que se tomaron serían necesarias para una sociedad democrática (STEDH, de 7 de diciembre de 1976, *Asunto*

<sup>48</sup> En el mismo sentido Celeste Gay (1989: 268) se pronuncia sobre esta sentencia: “En su primera sentencia sobre el caso *Handyside*, el Tribunal sienta los principios básicos del control establecido por su jurisdicción en torno a la necesidad y proporcionalidad de la injerencia nacional en el ejercicio de la libertad”.

<sup>49</sup> Más concretamente el TEDH señaló que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres” (STEDH, de 7 de diciembre de 1976, *Asunto Handyside, c.Reino Unido*, párrafo 49).

*Handyside, C.Reino Unido*, párrafo 47) . Ante esto, el Tribunal señaló que en la legislación de las naciones no se podía encontrar “una noción europea uniforme de la moral” (STEDH, de 7 de diciembre de 1976, *Asunto Handyside, C.Reino Unido*, párrafo 48) . Por este motivo, y teniendo en cuenta que el “adjetivo ‘necesario’ en el sentido del artículo 10.2 no es sinónimo de ‘indispensable’<sup>50</sup>, el Tribunal determinó que hay que dejar a los Estados un margen de apreciación (STEDH, de 7 de diciembre de 1976, *Asunto Handyside, C.Reino Unido*, párrafo 48), que “va íntimamente ligado a una supervisión europea”<sup>51</sup>, y a su vez afecta a “la finalidad de la medida litigiosa y a su ‘necesidad’ ”(STEDH, de 7 de diciembre de 1976, *Asunto Handyside, C.Reino Unido*, párrafo 49).

### 2.3.2 Entre la protección de intereses generales y derechos de terceros

A la hora de justificar la limitación de derechos al amparo del artículo 10.2 CEDH, Bustos Gisbert (2009: 613) identifica dos finalidades distintas a alcanzar. De un lado, estaría el ánimo de garantizar ciertos intereses generales y, de otro, la protección de derechos de terceros.

- a) Por un lado, nos referimos a **la protección de los intereses generales**, que comprende los límites que se refieren a los derechos de titularidad colectiva y no individual, es decir, y fijándonos en la literalidad del propio precepto, los límites de seguridad pública; autoridad e imparcialidad del poder judicial; y la protección de la moral y de la democracia. Como ejemplo del límite a la protección a la democracia, podríamos mencionar del caso *Jersild* contra Dinamarca, del 23 de septiembre de 1994. Los hechos sobre este asunto se produjeron cuando *Jersild*, un periodista danés, realizó una entrevista a tres miembros de un grupo juvenil

<sup>50</sup> “Comparar en los artículos 2.2 y 6.1 las palabras ‘absolutamente necesario’ y ‘estrictamente necesario’ y en el art. 15.1 la frase ‘en la estricta medida en que la situación lo exija’ ” (STEDH, de 7 de diciembre de 1976, *Asunto Handyside, C.Reino Unido*, párrafo 48)

<sup>51</sup> El Tribunal es el encargado de corroborar si las restricciones que han establecido las naciones son compatibles con el Convenio. Cuando realiza esta supervisión “no se limita a los razonamientos empleados por las resoluciones judiciales nacionales, sino que valora el conjunto del caso, pudiendo apreciar como relevantes hechos o circunstancias no tenidas en cuenta en la vía jurisdiccional nacional”. Además, “la intensidad del control europeo varía en función del mayor o menor margen de apreciación que se reconoce al Estado según el grado de conexión de la expresión o información con el valor democracia o el grado de intrusividad de la medida” (Miguel Ángel Presno Linera, 2018: 540).

racista (llamados “Los camisas verdes”), en un programa de televisión. Parte de la entrevista fue editada y reducida a pocos minutos por parte de Jersild. Durante la emisión, estos tres jóvenes hicieron comentarios abusivos y despectivos sobre los inmigrantes y grupos étnicos de Dinamarca. Por esta razón, el Arzobispo de Alborg se quejó ante el Ministro de Justicia, y el Tribunal de Copenhague decidió condenar a “Los Camisas Verdes” y al periodista, por considerar que había editado la entrevista de una manera sensacionalista más que informativa, por tanto era culpable de “ayudar y de incitar” la violación del artículo 266 (b) (STEDH, de 23 de septiembre de 1994, *Asunto Jersild, c. Dinamarca*, párrafo 29). En este caso, Jersild pidió su absolución por pensar que su postura no era comparable con la de los otros tres jóvenes, y que lo único que pretendía era proporcionar una imagen real de un problema social (STEDH, de 23 de septiembre de 1994, *Asunto Jersild, c. Dinamarca*, párrafo 13).

El periodista recurrió la sentencia ante el Tribunal Supremo, pero los jueces desestimaron el recurso. Jersild decidió entonces recurrir al TEDH por considerar que existió violación del artículo 10 del CEDH. El Tribunal de Estrasburgo ante esta solicitud declaró que sí se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión del artículo 10 CEDH. En el análisis del TEDH, lo que se discutía era si las medidas que se impusieron eran “necesarias en una sociedad democrática” (STEDH, de 23 de septiembre de 1994, *Asunto Jersild, c. Dinamarca*, párrafo 27). Para evaluar si la condena y las sentencias del solicitante fueron “necesarias”, el Tribunal tuvo en cuenta “los principios establecidos en su jurisprudencia en relación con el papel de la prensa”, (STEDH, de 23 de septiembre de 1994, *Asunto Jersild, c. Dinamarca*, párrafo 31) y expuso que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y que las garantías que se deben brindar a la prensa son de particular importancia” (STEDH, de 23 de septiembre de 1994, *Asunto Jersild, c. Dinamarca*, párrafo 31). De manera que, sin incumplir los límites, al igual que la prensa tiene libertad de transmitir ideas e información, “el público también tiene

derecho a recibirlas”. (STEDH, de 23 de septiembre de 1994, *Asunto Jersild, c. Dinamarca*, párrafo 31).

Ante esta solicitud, el Tribunal consideró que las medidas que se tomaron no eran “necesarias en una sociedad democrática”, y que “los medios empleados fueron desproporcionados con el objetivo de proteger ‘la reputación o los derechos de los demás’ ”, violando así el artículo 10 del CEDH (STEDH, de 23 de septiembre de 1994, *Asunto Jersild, c. Dinamarca*, párrafo 37).

- b) Por otro lado, nos encontramos con **la protección de los derechos de terceros**. Aquí se hace referencia, siguiendo nuevamente la literalidad del artículo 10.2 CEDH, a los límites que han de imponerse de cara a “la protección a la reputación y los derechos ajenos”. En este caso, Bustos Gisbert (2009: 620) critica que el TEDH no entre mucho en detalles a la hora de especificar y diferenciar “cuándo se utiliza el criterio de la reputación y cuándo otros derechos”. Como ejemplo del límite a la reputación, podemos referirnos al caso *Lingens contra Austria* del 8 de julio de 1986, ya mencionado de pasada en este trabajo en alguna ocasión. El señor Lingens fue condenado por una publicación en una revista en la que criticó al canciller de Austria, Kreisky. El Tribunal Regional de Viena declaró culpable de difamación al periodista por haber utilizado en sus publicaciones las expresiones: “el oportunismo más bajo”, “inmoral” e “indigno” (STEDH, de 8 de julio de 1986, *Asunto Lingens, c. Austria*, párrafo 21).

Lingens recurrió argumentando que esas expresiones eran opiniones propias, por lo que no eran contrarias al artículo 111 del Código Penal austriaco, pero el Tribunal consideró que “las conclusiones desfavorables extraídas con respecto al comportamiento del entonces canciller entraban dentro del alcance de esa disposición”, es decir, que eran difamatorias y, además, apunta que había que tener un equilibrio entre la libertad de expresión y el respeto por la vida privada

y reputación (STEDH, de 8 de julio de 1986, *Asunto Lingens, c. Austria*, párrafo 22).

De esta manera, Lingens recurrió al TEDH, ya que se le acusaba de que dichas expresiones no eran informaciones susceptibles de ser sometidas a una prueba de veracidad por ser juicios de valor. El Tribunal expuso que la condena estaba “prescrita por la ley” y tenía un objetivo legítimo, “proteger la reputación o los derechos de los demás” (STEDH, de 8 de julio de 1986, *Asunto Lingens, c. Austria*, párrafo 36). Ahora bien, en cuanto a si era necesario o no en una sociedad democrática, el TEDH determinó que la restricción no “<<necesaria en una sociedad democrática [...] para la protección de la reputación [...] de los demás>>”, por lo que se había infringido el artículo 10 CEDH (STEDH, de 8 de julio de 1986, *Asunto Lingens, c. Austria*, párrafo 47).

#### IV. CASOS PRÁCTICOS

A continuación, vamos a proponer una serie de casos en los que la teoría antes expuesta se lleva a la práctica. Estos son supuestos reales en los que la libertad de expresión se ha visto dañada, y para ser más concretos, su libertad de creación artística<sup>52</sup>. El objetivo de todo ello, abrir un debate en torno a los límites jurídicos aplicables al humor en nuestro país, cuestión que dista mucho de haber quedado resuelta.

##### 1. Injurias a la Corona: Felipe y Letizia, y el “cheque bebé”

“El Jueves” es una revista de carácter satírico, en la que se trata todo tipo de temas y donde cualquier persona está expuesta a la crítica, incluida la familia Real. Referidos a esta última exclusivamente, vamos a adentrarnos en lo sucedido en el año 2007, cuando una portada publicada por dicho medio dio lugar a una polémica controversia en relación con los límites a la libertad de expresión en su vertiente satírica.

<sup>52</sup> Puesto que ya hemos mencionado que este último derecho está subsumido dentro de la libertad de expresión. Ver apartado III, punto 1.1.2.

Pero comencemos por el principio. En ese año, Zapatero, Presidente del Gobierno de España, anunció que iba a subvencionar a las familias con 2.500 euros por cada nuevo nacimiento o adopción, para así solucionar el problema de natalidad existente. Con motivo de esta medida gubernamental, “El Jueves” decidió encargarse a Lorenzo y Luis Francisco, dos humoristas gráficos de la Revista, la realización de una portada que aludiera a la cuestión. De esta forma, la portada (nº 1.573) se publicó el 18 de julio del 2007, y en ella aparecían caricaturizados los Príncipes de Asturias, desnudos y en posición sexual (ver foto 1<sup>53</sup>). En ella se veía al Príncipe Felipe diciendo: “¿Te das cuenta? Si te quedas preñada... Esto va a ser lo más parecido a trabajar que he hecho en mi vida”. En el texto de la portada no ponía expresamente que esas caricaturas correspondiesen a don Felipe y doña Letizia, pero debido a la calidad de éstas era más que deducible que se referían a ellos.



Foto 1

Esta portada fue el motivo para que, dos días después de publicarse y con base a los artículos 491.1 y 491.2 CP<sup>54</sup>, el juez Juan Del Olmo ordenara<sup>55</sup> a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a que retirasen los ejemplares de la revista en los puntos de venta, además de

<sup>53</sup> Periódico El Mundo, edición digital, consultado el 10 de enero de 2020, disponible en: [https://elpais.com/elpais/2007/07/24/actualidad/1185265018\\_850215.html](https://elpais.com/elpais/2007/07/24/actualidad/1185265018_850215.html)

<sup>54</sup> Estos artículos ya han sido transcritos en el apartado III, punto 2.2.3.

<sup>55</sup> En el auto de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2007.

confiscar el molde del dibujo. Para una mejor comprensión de la cuestión, téngase en cuenta que una cosa es ordenar el secuestro de la publicación de forma cautelar y otra distinta pronunciarse sobre el fondo del asunto, es decir, sobre si los dibujantes habían excedido los límites a la libertad de expresión.

### **Análisis del fondo del asunto**

Centrándonos en la segunda cuestión antes mencionada, la Audiencia Nacional, condenó a los acusados de la comisión de un delito de injurias a la Corona y un delito contra la utilización de imágenes que dañan el prestigio de ésta. Para argumentar dicha decisión, el juez José María Vázquez Honrubia se respaldó en el análisis de la portada de la Revista, y consideró que en ésta, las expresiones que se le atribuyeron al Príncipe le tachaban “de vago y, por ende, codicioso” (SAN 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 2), por lo que estas imputaciones junto las caricaturas en posición sexual de la Familia de Asturias eran “ultrajantes y ofensivas” al “deshonrar, desacreditar o menospreciar al otro” (SAN 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 2). Además, la Audiencia Nacional incidió en la idea de que no era necesario tener que utilizar la imagen de don Felipe y doña Letizia para “criticar o satirizar” las medidas gubernamentales de la natalidad y, por lo tanto, consideró que lo que habían pretendido hacer los acusados era desprestigiar a la Corona (SAN 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 3).

Por su parte, los dibujantes respondieron a la Audiencia Nacional, y desde el principio alegaron que en ningún momento pretendieron insultar al Príncipe, ya que ellos, cuando recibieron el encargo de la redacción para la elaboración de la portada de la Revista, lo que en realidad se les pidió era hacer una crítica a las medidas de natalidad que había abordado el Gobierno, pero en ningún caso recibieron “instrucción, orden o mandato alguno de criticar al Príncipe Heredero” (SAN 62/2007, 13 de noviembre, FJ 2). De esta manera, los artistas reclamaban su derecho a la libertad de expresión (artículo 20.1 CE), a pesar de que la

Audiencia Nacional considerara que no tuvieron en cuenta el artículo 20.4 CE, el de los límites a la libertad de expresión<sup>56</sup>.

Llegados a este punto, y una vez expuestos todos los derechos que entran en juego en este caso de “El Jueves”, debemos hacer un apunte y destacar que, mientras en el Auto de 20 de julio de 2007 la Audiencia Nacional sí que hacía mención del principio de proporcionalidad<sup>57</sup>, en la Sentencia 62/2007, de 13 de noviembre de 2007, no se procedió a aplicar este canon al considerar que no existía una colisión de derechos propiamente dicha<sup>58</sup>. En concreto, el Tribunal argumentó que:

*no estamos, exclusivamente, ante un ataque al honor o imagen del Príncipe Heredero donde seguir un método ponderativo en que esos derechos fundamentales como ciudadano que desempeña un relevante cargo público podrían ponderarse con los derechos reclamados por la defensa de los acusados a la libertad de expresión y a difundir información (por cierto esta, además, tendría que ser veraz art. 20 CE citado) es que la cuestión hay que enfocarla en la especial protección que el Poder Legislativo ha considerado necesaria para preservar a la Corona de ataques como los enjuiciados pues conviene no olvidar que las injurias contra el Príncipe Heredero se encuentran dentro del capítulo II (delitos contra la Corona) que forman parte del Título XXI del C. Penal vigente y que lleva por título "Delitos contra la Constitución" donde también se protege, por ejemplo, a otras Instituciones del Estado desde las Cortes Generales al Consejo de Ministros pasando por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (SAN 62/2007, de 13 de noviembre de 2007, FJ 2)<sup>59</sup>.*

Una vez señalado esto y siguiendo con el análisis del caso, debemos mencionar que ha habido más ocasiones en las que se ha puesto en entredicho la figura de la Corona, tal y como

<sup>56</sup> Ver más en el apartado III, punto 2.

<sup>57</sup> Ver apartado III, punto 2.1.1.

<sup>58</sup> Hay quien discrepa del criterio en el que se ha basado la Audiencia Nacional, pues Ignacio Fernández (2019: 378) destaca también que no existe una colisión de derechos, al no tratarse únicamente de la libertad de expresión y el derecho al honor del Príncipe, pero que aún así, considera necesario el criterio de proporcionalidad. En el mismo sentido, cabe apuntar que otro autor, Naranjo de la Cruz (2014: 442), considera que cuando se trata de un derecho, en este caso la libertad de expresión, y un bien jurídico, la protección a la Corona, sí que se produce una colisión entre un derecho y un bien, y por lo tanto para solucionar este conflicto se debe utilizar el criterio de proporcionalidad, como menciona el TC. Sobre este último autor ver más en el apartado III, punto 2.1.1.

<sup>59</sup>La Sentencia continúa señalando que: “En definitiva al estar el hecho, que ya se interpretado como objetivamente injurioso o si se prefiere obviamente injurioso, contemplado en la norma penal la conclusión culpabilizadora es la consecuencia inevitable en derecho de un ataque”.

recordó el juez Vázquez Honrubia en la Sentencia. En concreto, destacó el ejemplo del libro que publicó la Revista: “El Jueves y la Monarquía” y su simbólico subtítulo “Tocando los Borbones”. Este libro fue una recopilación de dibujos que ya había publicado la Revista sobre la Monarquía. En la contraportada se señalaba que ésta no era intocable y, como muestra de ello, la Revista se atrevía a criticarla o satirizarla. La Audiencia Nacional comparó este libro con la portada que estamos analizando y, señaló que a pesar de la “sátira muchas veces feroz [...] hasta despiadada” (SAN 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 4) del recopilatorio, éste no traspasó el límite de lo que se permite legalmente, por lo que en estas situaciones sí que se garantizaba una protección del derecho a la libertad de expresión. En cambio, en la portada relativa a los Príncipes de Asturias, se había llegado “al insulto y vilipendio innecesario” (SAN 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 4) para criticar una medida que no era ni siquiera de la Corona.

En este sentido, y apartándonos brevemente de la Sentencia, creemos adecuado hacer una breve referencia a lo sucedido el 27 de mayo de 1977, cuando nació la primera publicación de “El Jueves” (nº1)<sup>60</sup> y que supuso el primer secuestro de la Revista (ver foto 261). Con el título “España va de culo” y con la intención de hacer una crítica a la Monarquía parlamentaria que siguió a la dictadura franquista, la Revista publicó una caricatura en la que España aparecía representada a través de la imagen de una mujer de espaldas y con el trasero al aire. Pues bien, si ahora la comparamos con la actual portada que está siendo analizada, lo más probable es que no hubiera sido secuestrada. Nos explicamos. A la hora de valorar si una expresión es conforme a Derecho o no, es fundamental tener en cuenta el contexto en el que se produce la misma y, en este sentido, desde un punto de vista histórico-político, dos podrían ser las reflexiones a realizar: 1) en primer lugar, y teniendo en cuenta la actitud censora mostrada por el régimen franquista desde sus inicios, el secuestro pudo verse

<sup>60</sup> Cabe apuntar también que el nº 7 de la Revista de “El Jueves” sufrió un secuestro administrativo. Pero este caso no tenía relación con la Corona si no que se hacía una crítica al Vaticano. El título de la portada era: “Lefebvre se cisma en el Papa”, y en la imagen se veía que estaban combatiendo el obispo Lefebvre y el Papa. Marcel Lefebvre era un obispo con una ideología ultraderechista que iba en contra de las reformas que había promovido el II Concilio del Vaticano, por lo que éste se enfrentó al Papa por “por la ordenación de varios sacerdotes formados en su seminario, no reconocido por la Iglesia” (Gerardo Vilches, 2014: 140).

<sup>61</sup> Revista “El Jueves”, edición digital, consultada el 5 de enero de 2020, disponible en: [https://viejuna.eljueves.es/articulo/revista/revistas\\_anteriores/elecciones\\_espana\\_culo.html](https://viejuna.eljueves.es/articulo/revista/revistas_anteriores/elecciones_espana_culo.html)

motivado por la falta de un cambio de mentalidad de las autoridades jurisdiccionales en ese sentido; 2) en segundo lugar, podría pensarse que, dada la sensibilidad existente hacia todo lo que fuera atacar a la democracia incipiente, las mismas autoridades optasen por impedir toda crítica hacia la Monarquía parlamentaria, incluida la realizada a través de la citada viñeta.



Foto 2

Realizadas dichas observaciones, y regresando a la SAN 62/2007, el juez José María Vázquez Honrubia condenó a los diseñadores, Lorenzo y Luis Francisco, como responsables de cometer un delito de injurias a la Corona, al pago de una multa de 10 euros diarios cada uno, durante 10 meses. En total 3.000, euros más el pago de las costas si las hubiese.

### Respuesta de “El Jueves”

Durante todo este proceso, desde que la Audiencia Nacional realizó el secuestro de la publicación, la Revista “El Jueves” no se quedó callada y respondió con nuevas sátiras. Como era de esperar, estas portadas estaban elaboradas en un tono divertido e irónico. Las más

recientes fueron la rectificación de la anterior portada (ver foto 3<sup>62</sup>), y la otra trataba sobre el secuestro (ver foto 4<sup>63</sup>).

La portada de rectificación n°1.574 (foto 3) se publicó el 25 de julio del 2007, y comparándola con la original, sustituía la posición sexual de los Príncipes de Asturias por una abeja y una florecilla, que correspondía con el Príncipe Felipe y la Princesa Letizia, respectivamente. Como titular aparece: ¡Rectificamos!, y como subtítulo: ¡Esta es la portada que queríamos publicar!



Foto 3



Foto 4

Además, y en homenaje a los apoyos recibidos por los lectores, la Revista publicó el 1 de agosto del 2007 otro número, el 1.575 (foto 4) con el titular: ¡SEMOS PELIGROSOS! Esta portada está formada por una imagen en la que aparecen cuatro detenidos: un maltratador de mujeres, un etarra, un terrorista islámico y el característico bufón de “El Jueves”. Todos ellos sostienen un número de identificación, como si estuvieran esperando a la fotografía típica antes de entrar en prisión. En este caso, el bufón mantiene el cartel con el número de

<sup>62</sup> El Periódico de Aragón, edición digital, consultado el 6 de enero de 2020, disponible en: [https://www.elperiodicodearagon.com/noticias/espana/el-jueves-recupera-pagina-web-grito-rectificamos\\_338933.html](https://www.elperiodicodearagon.com/noticias/espana/el-jueves-recupera-pagina-web-grito-rectificamos_338933.html)

<sup>63</sup> Periódico El Mundo, edición digital, consultado el 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.elmundo.es/elmundo/2007/07/31/comunicacion/1185870139.html>

la revista secuestrada. Los demás detenidos aparecen diciendo: ¡Cómo os habéis pasado! Además, a modo de burla cambiaron puntualmente su lema de: “¡El jueves la revista que sale los viernes!, por el de: “¡El Jueves, la revista que secuestran los viernes!”.

Este caso dio mucho de qué hablar y la Revista se aprovechó de ello lanzando al año siguiente otra portada más (ver foto 5<sup>64</sup>), esta vez como aniversario del secuestro. En dicha portada, titulada “Los príncipes, de regatas”, estos aparecen a bordo de un yate, en una postura igual que la de la portada secuestrada, pero tanto doña Letizia como don Felipe iban vestidos. El Príncipe de Asturias salía diciendo: ¿Te das cuenta? Si ganamos esa regata... ¡Esto va a ser lo más parecido ...! Y la continuación de la frase, a diferencia de la portada original, aparecía tapada por una gaviota. Pero, aunque no se puede ver como sigue el texto, si se ha se ha leído la viñeta original, la deducción es obvia.



Foto 5

<sup>64</sup> Periódico El Mundo, edición digital, consultado el 12 de enero de 2020, disponible en: <https://www.elmundo.es/elmundo/2008/07/22/comunicacion/1216718327.html>

### Consideraciones del caso “cheque bebé” de “El Jueves”

No queremos pasar a otra cuestión sin realizar antes una parada en el camino, para ofrecer nuestra opinión acerca del tratamiento jurídico dispensado por los tribunales a este tipo de portadas. En este sentido, consideramos que la medida del juez Juan Del Olmo de ordenar el secuestro de la publicación, en este asunto concreto, fue contraproducente. Ya que, si su intención era evitar la difusión de la portada y así hacer que no llegara al público, se equivocó al no tener en cuenta un factor, y es que la publicación se realizó en pleno siglo XXI, dónde Internet es un instrumento fundamental a la hora de transmitir y recibir información. De hecho, se produjo el efecto contrario. La portada se viralizó llegando incluso a otros países. Puede ser que, por eso, en portadas posteriores a esta, pese a tener un componente satírico y ser, a nuestro parecer, incluso más explícitas y ofensivas (como la de la revista “Orgullo y Satisfacción”, con el título “Ya están aquí las leyes mordaza”. Ver foto 6<sup>65</sup>), no se hayan adoptado medidas tan restrictivas como la del secuestro, precisamente por evitar una mayor difusión, entre otros posibles factores (como, por ejemplo, que no se llevara a cabo esta medida del secuestro, por no ser una revista muy conocida, o al menos no cómo lo es “El Jueves” y no tener tanta repercusión, al no ser leída por tanta gente).



Foto 6

Siguiendo con esta valoración personal y observando la línea que sigue la revista “El Jueves”, vemos oportuno preguntarnos qué hubiera ocurrido si esta misma publicación se hubiera

<sup>65</sup> Revista Bekia, edición digital, consultado el 12 de enero de 2020, disponible en: <https://www.bekia.es/sociedad/noticias/orgullo-satisfaccion-desafia-ley-mordaza-vineta-reyes/>

realizado con dos caricaturas de los Príncipes, pero prescindiendo de la posición sexual. Pues bien, pensamos que seguramente no se habría producido tal secuestro (como tampoco sucedió con la portada “los Príncipes, de regatas”). Puesto que dejando a un lado tal postura sexual, la imagen no sería tan explícita y, sobre todo, eliminando el elemento de la desnudez, que es uno de los factores que más llaman la atención, la portada quedaría de una forma más “sutil”. Con esto queremos decir que, en cierto modo, consideramos que no hubiera sido necesario llegar a utilizar algo tan íntimo como es el acto sexual para hacer una crítica de las medidas adoptadas por el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero en relación con el cheque bebé ya aludido.

No cabe duda de que los artistas que dibujaron la viñeta lo hicieron con intención de rozar el límite de la libertad de expresión y creación artística, sólo hace falta fijarse en la portada. Pero tenemos que tener en cuenta que “El Jueves” es una revista de carácter satírico, entendiendo la sátira como “discurso o dicho agudo, picante y mordaz, dirigido a censurar o ridiculizar” (así define el término la RAE), y que se caracteriza porque siempre trata de arriesgar y llegar hasta la raya del asunto. Por eso nos parece tan complicado decantarnos a favor o en contra de la represión ejercida por el Estado frente a la portada en cuestión.

Cabe apuntar también que estamos de acuerdo con el TEDH al considerar que la Familia Real debería tener igual tratamiento que el resto de las personas, además de ser susceptible de crítica. De hecho, al ser la Corona la institución que representa al Estado está más expuesta y es más susceptible de ser criticada por la opinión pública. A pesar de lo ya dicho, consideramos que también es necesario tener un respeto a ésta y a las demás instituciones de nuestro país, pues si se pierde el respeto estaríamos ante un descontrol desmesurado de la sociedad.

## **2. El caso “Ortega Cano” frente a la Revista Mongolia**

La Corona no es el único sujeto en el punto de mira de las revistas satíricas, como resulta obvio. Para corroborar dicha afirmación con un ejemplo, nos adentramos en el estudio de lo sucedido en relación con la revista “Mongolia” y el cartel publicado en 2016 para anunciar la celebración de un musical (“Musical 2.0”) en Cartagena. En dicho cartel aparecía, en un

primer plano, la imagen del ex torero José Ortega Cano, quien no hacía mucho tiempo había abandonado la cárcel tras cumplir condena por el atropello a un ciudadano en 2011.

Pues bien, respecto a la publicación en cuestión (ver foto 8<sup>66</sup>), contiene una viñeta en la que aparece la cara del ex torero en un cuerpo de un extraterrestre. En sus manos sostiene un cartel que pone: ¡Antes riojanos que murcianos! junto a una expresión típica de él: “Estamos tan a gusto...”. En el fondo de la imagen aparece un platillo volante. Además, el cartel contiene la siguiente leyenda: “viernes de dolores... sábados de resaca” y un título: “Mongolia Musical 2.0 Cartagena 12/11/2016”. Este fotomontaje también se realizó en formato digital y fue difundido por la web y diversas redes sociales. Además, el cartel se distribuyó por Cartagena, la ciudad natal de José Ortega Cano, en la cual se iba a celebrar el evento.



Foto 8

Esto a José Ortega Cano no le hizo mucha gracia y no le faltó tiempo para dirigirse a los juzgados y demandar a la Revista por la publicación. Interpuesta la demanda, la jueza del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Alcobendas, le dio la razón y, en virtud de la sentencia 71/2018, de 8 de marzo, declaró culpable a la Editorial Mong S.L por vulnerar el derecho al honor y a la propia imagen de Ortega Cano (artículos 7.6 y 7.7 de la LO 1/1982 CE<sup>67</sup>). Como

<sup>66</sup> Revista Mongolia, edición digital, consultada el 21 de enero de 2020, disponible en <https://www.revistamongolia.com/noticias/el-torero-ortega-cano-amenaza-la-viabilidad-de-mongolia-colabora-con-nuestro-crowdfunding>.

<sup>67</sup> Estos artículos ya han sido transcritos en el apartado III, punto 2.2.2.

consecuencia de ello, la parte condenada fue obligada a: 1) pagar una indemnización de 40.000 euros al ex torero por daños y perjuicios como consecuencia de la vulneración de los derechos de honor e imagen. 2) Cesar en la intromisión ilegítima en los derechos citados. 3) Difundir y publicar la sentencia durante el mismo tiempo en el que se estuvo difundiendo los carteles. 4) Retirar los carteles del fotomontaje que todavía estuvieran en las calles de Cartagena, incluidos los que se difundieron vía online.

En contra del criterio adoptado por el Juzgado de Primera Instancia, la parte acusada argumentó que se trataba “de un cartel satírico sobre la actualidad del momento”, para Cartagena, la localidad donde se iba a celebrar el espectáculo. En este evento se decidieron por el Sr. Ortega Cano, y por medio de este cartel realizaron “una crítica social por lo ‘marciano’ que parecía el festejo de la vuelta a los ruedos del Sr. Ortega Cano tras su salida de la cárcel” (Sentencia 71/2018, de 13 de marzo, FJ 1).

No satisfechos con la decisión del Juzgado de Primera Instancia, la parte condenada interpuso un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, alegando que no se tuvo en cuenta que la caricatura “se utilizó [...] para efectuar una crítica social como era evitar que se caiga en el olvido de situaciones socialmente sensibles y de interés público, como son los accidentes de circulación en determinadas circunstancias” (SAP 17/2019, de 17 de enero, FJ 1). Además, manifiestan que el cartel es de carácter satírico y está protegido por el derecho a la libertad de expresión. Con relación a las expresiones que se le atribuyeron al ex torero, señalan que “no tienen carácter vejatorio ni contienen insulto alguno” (SAP 17/2019, de 17 de enero, FJ 1). A lo anterior añaden que, respecto a la caricatura, ésta “respondía al uso social” (SAP 17/2019, de 17 de enero, FJ 1).

No obstante lo anterior, la Audiencia Provincial de Madrid reiteró, en virtud de Sentencia 17/2019, de 17 de enero, la resolución expuesta por el juzgado de Alcobendas, si bien introduciendo alguna novedad. En concreto, y en coherencia con lo solicitado por la parte

acusada, aquel órgano determinó que la difusión y publicación de la Sentencia 71/2018 lo fuera solamente del fallo y no de su totalidad, como se pedía en un principio.

Para llegar a tal conclusión, la Audiencia Provincial procedió a estudiar la colisión entre el derecho fundamental al honor y la propia imagen, de un lado, y la libertad de expresión, de otro. Para ello, la Audiencia Provincial se apoyó en la jurisprudencia del TC, relativa al margen que la Carta Magna concede a la elaboración, publicación y difusión de revistas satíricas. En este sentido, se aludió, en primer lugar, a la STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 5, para recordar que “(...) el valor que para la formación de la opinión pública y la libre circulación de ideas puedan tener determinadas caricaturas, no implica que ésta sea la única finalidad imaginable de tales creaciones”.

Y, en segundo lugar, para afirmar que, en ocasiones, la manipulación satírica de una fotografía “puede obedecer a intenciones que no gozan de relevancia constitucional suficiente para justificar la afectación del derecho reconocido en el art. 18.1 CE, por venir desvinculadas de los objetivos democráticos reseñados”. Y, abundando en ello, recordó su Sentencia 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5, en la que señalaba que:

*el propósito burlesco, animus iocandi, (...) se utiliza precisamente como instrumento del escarnio" y, sin duda, cabe imaginar la difusión de caricaturas comercializadas por mero objetivo económico o incluso creadas con la específica intención de denigrar o difamar a las personas representadas (cfr. STEDH Aguilera Jiménez y otros contra España, de 8 de diciembre de 2009, § 32 y ss). En estos casos, la ausencia de un interés público constitucionalmente defendible priva de justificación a la intromisión en el derecho a la propia imagen, de tal modo que si se usa ésta sin consentimiento de su titular puede resultar lesionado el citado derecho fundamental garantizado en el art. 18.1 CE (SAP 17/2019, de 17 de enero, FJ 2).*

Sentado lo anterior, la Audiencia Provincial procedió a valorar si en el reportaje en cuestión concurría o no un interés democrático superior capaz de justificar el uso público de la fotografía del rostro de Ortega Cano, no el tono humorístico o fantasioso que caracteriza a la mayoría de reportajes del semanario en cuestión. A tal efecto, es de destacar que, basándose

la Audiencia Provincial en el TC y en los anteriores hechos mencionados, considera que el fotomontaje es “una verdadera ofensa gráfica”, fruto de la caricatura y de las expresiones contenidas en él, y que “deben ser calificadas de desafortunadas”. Además, incide en la idea de que el fin último que perseguían los acusados era publicitar el Musical de una forma atractiva para así conseguir que acudieran más personas y, como consecuencia, obtener mayores ingresos (SAP 17/2019, de 17 de enero, FJ 2).

Por todos estos argumentos, la Audiencia Provincial procede a ratificar prácticamente en su totalidad la resolución del Juzgado de Primera Instancia, como ya hemos mencionado anteriormente. Y, además, se refiere al Tribunal Supremo para reafirmarse en su decisión cuando señala que, por muy esencial que sea la sátira que se realice, no puede quedar ésta “al margen de la protección que merezca el honor del personaje objeto de burla”. Es decir, “el acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” (STS 378/2000, de 14 de abril, FJ 3).

Contra esa decisión, la Audiencia Provincial consideró que nada tenía que hacer la afirmación realizada por la parte actora en la que justifican que se sintieron “marcianos” porque, cuando Ortega Cano salió de la cárcel, se celebró con mucha efusividad su vuelta a los ruedos, pese haber cometido éste un delito. Por este motivo, los acusados dicen que este hecho les parece “criticable socialmente”. En cambio, la Audiencia Nacional no entiende tal sentimiento ya que el ex torero ya había cumplido su correspondiente pena por el delito que cometió (SAP 17/2019, de 17 de enero, FJ 2).

### **La respuesta de “Mongolia” ante su demanda**

Durante todo este proceso y una vez expuesta la resolución de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la Revista mostraba su enfado y descontento, pero no se dio por vencida y siguió reivindicando su derecho a la libertad de expresión. La Revista, entonces, recurrió a la Audiencia Provincial, y continuó su batalla contra José Ortega Cano. Para ello, comenzó

una recaudación de los fondos necesarios para poder sufragar todos los gastos procesales. Más concretamente, inició una campaña de micromecenazgo para que la gente que quisiera colaborase (comenzado, claro está, por los seguidores de la revista) y así poder recaudar el importe que se necesitaba para la supervivencia de “Mongolia”.

En este sentido, la Revista fue publicando artículos en los que declaraba su guerra al ex torero, como podemos comprobar de una forma más explícita en el fotomontaje de un artículo publicado el 30 de octubre de 2017 (ver foto 9)<sup>68</sup>, titulado “Grande corrida grande. El matador Ortega Cano versus la Revista Mongolia”. Además, en la parte inferior de la portada se aprovechaba para solicitar colaboración económica con la Revista.



Foto 9

Un año después, en abril del 2018, la Revista publicó su nº 65 (ver foto 10)<sup>69</sup>, en el que se advertía de que era “el número que nuestros abogados nos recomendaron no publicar, dedicado a nuestros lectores. Ya a la venta en kioscos. Cómprala antes de que el Maestro pida la retirada”. En estas palabras podemos observar el tono desafiante de la Revista hacia el ex torero. El número contiene una imagen de Ortega Cano sujetando el volante del coche que va conduciendo, mientras se lleva por delante diferentes símbolos que acaban por los aires, como, por ejemplo: una muñeca flamenca, una bandera de España, una copa de vino, billetes etc. El título de la imagen es: “Ortega embraga” y su subtítulo: “Mongolia entrevista

<sup>68</sup> Revista Mongolia, edición digital, consultada el 21 de enero de 2020, disponible en <https://www.revistamongolia.com/noticias/el-torero-ortega-cano-amenaza-la-viabilidad-de-mongolia-colabora-con-nuestro-crowdfunding>

<sup>69</sup> Revista Mongolia, edición digital, consultada el 5 de febrero de 2020, disponible en: <https://www.revistamongolia.com/revista/ortega-cano-embraga>

al maestro y a Ortega Cano también, ¡pasen y lean!”. En este artículo los redactores dejaron claro que iban a seguir haciendo sátira con la imagen del ex torero, igual que hacían con cualquier otro personaje público, por mucho que les llegasen más demandas.

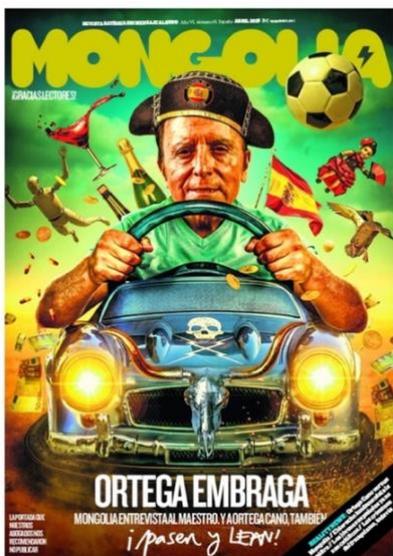


Foto: 10

La Revista fue leal a sus palabras y continuó con su campaña para obtener beneficios y poder sufragar los gastos, más aún teniendo en cuenta que, en virtud de la resolución de la Audiencia Provincial (esta vez, de 17 de enero de 2019), los tribunales seguían sin darle la razón. Pese a ello, “Mongolia” decidió no tirar la toalla y recurrir entonces al Tribunal Supremo. De manera que, el 1 de marzo de 2019, la Revista publicó otro artículo (ver foto 11)<sup>70</sup> que se titulaba: “Mongolia vs. Ortega Cano: Tercer asalto”. El fotomontaje del artículo se titulaba “Mongolia anticasca” y debajo, estaba la información para poder colaborar. Además, aparecía dibujada una botella de alcohol con la imagen del torero vestido con el traje de luces en la que sale rotulado las palabras “hair tonic” (tónico para el pelo, en inglés). Con el término caspa, los creadores se referían a las continuas trabas que desde los tribunales se les estaba imponiendo a la hora de ejercer su la libertad de creación artística.

<sup>70</sup> Revista Mongolia, edición digital, consultada el 21 de enero de 2020, disponible en: <https://www.revistamongolia.com/noticias/mongolia-vs-ortega-cano-tercer-asalto>



Foto 11

### Consideraciones del caso “Ortega Cano”

Una vez analizado el caso hemos visto oportuno realizar una propia valoración del asunto. Primero haremos alusión a la utilización de la imagen en sí de José Ortega Cano en un cartel destinado a la promoción de un espectáculo. En este sentido, mencionaremos varias cuestiones:

- Partiendo de que el ex torero es un personaje público, los creadores de la Revista sí podrían utilizar su imagen para realizar una caricatura, tal y como se desprende del artículo 8.2 b) de la LO 1/1982<sup>71</sup>. En cambio, dentro de estas excepciones, no queda protegido el hecho de que se utilice la imagen de Ortega Cano para obtener un beneficio económico. En este sentido, la Revista Mongolia perseguía ese lucro, al crear un cartel de carácter comercial para un Musical. Por tanto, no puede aplicarse la excepción del artículo 8.2 b) de la LO 1/1982, ya mencionada.
- Tampoco se podría aplicar la excepción general del artículo 2.2 de la LO 1/1982<sup>72</sup>, ya que dicho personaje no ha prestado el necesario consentimiento para el uso de su

<sup>71</sup> Ver apartado III, punto 2.2.2.

<sup>72</sup> *Íbidem*.

propia imagen, ni tampoco existe ninguna ley que permita el beneficio económico ya comentado.

De esta forma, estamos con la opinión de los tribunales, ya que, consideramos que sí se ha vulnerado el derecho a la propia imagen del torero, al utilizarse ésta sin su consentimiento y además, para fines económicos, ambos aspectos no están protegidos por la ley.

En segundo lugar, en relación con la vulneración del honor, la conclusión no es tan clara una vez hemos tenido en cuenta los diferentes elementos que concurren en el caso concreto. Nos explicamos.

- Si tenemos en cuenta el contexto<sup>73</sup> en el que se encontraba Ortega Cano (por tano, empatizando con él), podríamos decir que sí se estaría vulnerando su derecho al honor. La razón principal, que el susodicho se encontraba en una situación complicada, que era la salida de la cárcel tras cumplir su pena por el delito que habría cometido. Recordemos que las frases del cartel se referían precisamente a este hecho “viernes de dolores... sábados de resaca”, con la carga ofensiva que ello implicaba.
- No obstante lo anterior, y si tenemos en cuenta la relevancia pública de la persona<sup>74</sup>, lo cierto es que, al ser Ortega Cano un personaje público, se encuentra más expuesto a la crítica que cualquier otra persona, lo cual conlleva que su derecho de personalidad cuente con una protección algo menor en comparación con la que se dispensa a cualquier ciudadano particular.
- En cuanto a la difusión<sup>75</sup>, el hecho de que el cartel fuera dado a conocer, no solo en papel (por la ciudad de Cartagena), sino además vía online, provocó que aquel tuviera una mayor visibilidad, lo cual resulta especialmente relevante a los efectos de graduar el potencial dañino que tiene una creación artística en concreto.

<sup>73</sup> *Íbidem.*

<sup>74</sup> *Íbidem.*

<sup>75</sup> *Íbidem.*

Atendiendo a todo lo anterior, no resulta sencillo determinar si se ha traspasado la difusa frontera que separa el libre ejercicio de la libertad de creación artística y el comienzo del derecho al honor de la persona a la que se dirige dicha obra. En este sentido, es preciso aludir al carácter abstracto de conceptos que, contenidos en la legislación (¿qué debe entenderse por honor, por uso social, etc.?), tratan de delimitar el ámbito de acción de cada uno de los derechos en colisión. Pues bien, este supuesto constituye, a nuestro modo de ver, el perfecto ejemplo de subjetividad que, en algunos casos, rodea a este tipo de supuestos.

Ortega Cano es un personaje público y, como tal, se encuentra más expuesto a la crítica que un ciudadano particular. Pero claro, ello no significa que quede totalmente desprotegido frente a agresiones de cualquier tipo. A nuestro parecer, el caso analizado es un ejemplo de esto último, entendiendo que la revista Mongolia hizo un uso desmedido de su libertad de creación artística, pues es posible realizar humor satírico sin necesidad de sacrificar con ello el derecho al honor del ex torero. En efecto, la revista se valió de un hecho especialmente trágico como fue el atropello mortal provocado por Ortega Cano. Entendemos que emocionalmente duro, desde luego, para el entorno de la víctima del accidente, pero no necesariamente solo para aquel.

La cuestión es que, al tiempo en el que Mongolia publicó la obra en discordia, el ex torero ya había cumplido su pena de prisión. ¿Debió, pese a ello, aceptar cualquier tipo de ofensa pública por un hecho sobre el que ya había respondido ante la ley? No lo creemos.

Y no menos criticable nos parece la portada que sacó más adelante la revista (ver foto 10). De hecho, creemos que el honor del ex torero puede verse afectado en mayor grado que el cartel que se demandó inicialmente y sobre el que hemos realizado el comentario anterior. En efecto, al aparecer Ortega Cano atropellando a los objetos ya mencionados, la referencia al hecho del accidente es aún más explícita.

## V. CONCLUSIONES

Una vez expuestos los diferentes aspectos en relación con la libertad de creación artística, procedemos a extraer las ideas principales de este trabajo para así poder verificar o no las hipótesis que hemos señalado al principio:

1. La libertad de creación artística del artículo 20.1 b) CE es una manifestación de la libertad de expresión, pero en ámbitos concretos como las revistas satíricas. En este sentido, y estando subsumida en la libertad de expresión, la libertad de creación artística no cuenta con un desarrollo normativo específico, lo que obliga a fijarse en el régimen jurídico aplicable a la libertad de expresión del artículo 20.1 a) CE. En concreto, hemos subrayado que la libertad de expresión no es un derecho absoluto e ilimitado, por lo que contiene ciertas restricciones que hay que tener en cuenta a la hora de su ejercicio. Estos límites se encuentran fundamentalmente recogidos tanto en la Constitución (artículos 18 y 20.4) como en la legislación ordinaria (la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen; y la LO 10/1995 del Código Penal). Por lo tanto, no se verifica la primera hipótesis.
2. Existen diferencias a la hora de limitar el derecho de la libertad de expresión, dependiendo de si la ofensa se dirige contra una institución o un destinatario particular. Como ejemplo de lo primero, nos fijamos en el caso de la institución de la Corona, que es la que hemos tomado como una de las referencias en este trabajo. En este caso, en el Código Penal viene tipificado un delito específico de esta institución, el de Injurias a la Corona (artículo 490.3 CP), donde se le dispensa a ésta un tratamiento privilegiado respecto a las demás personas. De esta forma queda confirmada la tercera hipótesis.

3. Respecto a la revista “El Jueves” y comenzando por la medida concreta consistente en el secuestro de las publicaciones, consideramos que la decisión de la Audiencia Nacional de ordenar dicho secuestro fue contraproducente. En concreto, se produjo una mayor difusión de la publicación gracias al Internet.

En relación con el fondo de la cuestión, consideramos que la caricatura de la portada no era necesaria, ya que se mostró algo muy íntimo como es el acto sexual de una manera muy explícita, para hacer una crítica a unas medidas que tomó el Gobierno.

De esta manera, y teniendo en cuenta la respuesta jurisdiccional dispensada en este caso, la tercera hipótesis queda confirmada parcialmente: se verifica en cuanto a la decisión que se tomó de ordenar el secuestro, pero no en relación con el hecho concreto de la creación de la caricatura.

4. En el caso “Ortega Cano”, consideramos que la utilización de la imagen del ex torero en un cartel destinado a la promoción de un espectáculo sí se ha visto vulnerada. Los motivos, que su imagen se usó sin su consentimiento y para un fin económico. Y respecto al honor, las circunstancias concretas del caso hacen que estemos de acuerdo con la decisión jurisdiccional dictada en el sentido de condenar a los autores de la obra artística. Por lo tanto, la cuarta hipótesis no se verifica.
5. Los límites a la libertad de creación artística están definidos en la legislación española, la cual establece una serie de pautas generales que, en ocasiones, contienen conceptos jurídicos abstractos y, por tanto, difíciles de definir. Nos referimos a las alusiones al honor, a la intimidad, a la propia imagen, al concepto de uso social, etc. Es por ello que, a pesar de que las limitaciones estén perfiladas por la ley, no consideramos que ésta sea lo suficientemente clara como para anticipar completamente la solución a dispensar a cada caso concreto. Por lo tanto, no se verifica la quinta hipótesis.

Recordando que no existen derechos absolutos, una vez realizado este trabajo, hemos llegado a la conclusión de que no resulta tan fácil determinar dónde está la barrera entre lo prohibido y lo permitido. En este sentido, y aunque el principio de seguridad jurídica exige prever con la mayor precisión posible cuáles serán las consecuencias jurídicas de cada conducta en concreto, la realidad nos proporciona una valiosa conclusión: lograr regular todas y cada una de las posibles situaciones y circunstancias que pueden darse en la convivencia entre personas es del todo imposible. De esta manera, serán los tribunales quienes deban llevar a cabo ese trabajo final de interpretación de la legislación para adecuarla y dar solución a cada supuesto específico.

Sea como fuere, lo que sí nos queda claro es que, a pesar de las lógicas restricciones a las que a veces quedan sujetas, tanto la libertad de expresión como la libertad de creación artística son dos derechos indispensables, que permiten el desarrollo de una sociedad democrática ya que, gracias a estos, podemos expresar, intercambiar ideas, pensamientos y juicios de valor necesarios para toda la comunidad. A estos efectos, no debemos olvidar que “la expresión artística no es un lujo, es una necesidad, un elemento determinante de nuestra humanidad y un derecho humano fundamental que permite a todos desarrollar y expresar su humanidad” (Farida Shaheed). Ni tampoco que, puestos a tener que escoger, estaríamos con Milton cuando dice “dadme, por encima de todas las libertades, la libertad de conocer, de expresar y de discutir libremente de acuerdo con mi conciencia”.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Aguiar de Luque, L. (1993). “Los límites de los derechos fundamentales”. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Nº 14. Pp. 9-34.

Ariel Clarenc, C. (2011). *Nociones de cibercultura y periodismo. Herramienta para la creación digital*. Lulu.com.

Bustos Gisbert, R. (1994). “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión”. En *Revista de estudios políticos*. Nº85. Pp. 261-290.

- (2009). “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”. En García Roca, J. y Santolaya, P. (coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. CEPC. Madrid. 2ª Edición.

Cámara Villar, G. (2015). “Los derechos y libertades del ámbito educativo” En Balaguer Callejón, F. (coord.). *Manual de derecho Constitucional. Volumen II*. Tecnos. Madrid. 10ª Edición.

- “El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la Constitución Española”. En Balaguer Callejón, F. (coord.). *Manual de derecho Constitucional. Volumen II*. Tecnos. Madrid. 10ª Edición.

Carrillo, M. (2004). “Información y vida privada”. En *Parlamento y Constitución. Anuario*. Nº 8. Pp. 263-290.

Castiñera Palou, M.T (1990). “La protección penal del honor”. En Coderch, P.S. (dir.). *El mercado de las ideas*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

Gay Fuentes, C. (1989). “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional español”. En *Revista de Administración Pública*. N° 120. Pp. 259- 276.

Cianciardo, J. (2001). “Los límites de los derechos fundamentales”. En *Revista Díkaiion*. Vol. 10. N° 10. Pp. 53-73.

De Carreras Serra, L. (1996). *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona. 1ª Edición.

De Esteban, J. (2001). *Tratado de Derecho Constitucional I*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2ª Edición.

Elvira Perales, A. y González Escudero, A. “Sinopsis artículo 18”. En *Constitución española*, edición digital, consultada el 10 de octubre de 2019. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>

Fernández Sarasola, I. (2019). “Libertad de expresión y tutela de la corona: el caso de «el jueves»”. En *Teoría y Realidad Constitucional UNED*. N° 43. Pp. 371-387.

Freixes Sanjuán, T. (2003). “El Tribunal de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación”. En *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. N° 15. Pp. 463-497.

Fernández de Casadevante Mayordomo, P. (2017). “Del derecho a la información y sus límites: Especial atención a la reciente controversia En torno al uso de la cámara oculta en el periodismo de investigación”. En *Revista europea de derechos fundamentales*. N°30. 2º Semestre. Pp. 179-211.

- (2019). *¿Son admisibles todos los proyectos en democracia? La izquierda nacionalista radical vasca: de su legalización a un discutible regreso a las instituciones públicas*. Tirant lo Blanch. Valencia.

Fuentes Osorio, J. L. (2007). “El bien jurídico «honor»”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Volumen LX. Pp. 407-456.

Gálvez Montes, F.J (2001). “Artículo 20”. En Garrido Falla, F. (coord.). *Comentarios a la Constitución*. Civitas. Madrid. 3ª Edición.

García Morales, M.J. (2013). “La prohibición de la censura en la era digital”. En *Teoría y Realidad Constitucional UNED*. Nº 31. Pp. 237-276.

García Roca, J. (2007). “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”. En *Teoría y Realidad Constitucional UNED*. Nº 20. Pp. 117-143.

Goichoechea García, P. (2014). “Análisis del anteproyecto de ley de seguridad ciudadana: restricción de los derechos a la libertad de expresión y manifestación pacífica”. En *Series análisis jurídicos - SyDH*. Nº 1. Pp. 1-22.

Iglesias Báñez, M. (2010). “La Ley de partidos políticos y el test de convencionalidad europeo. El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la ilegalización de Herri Batasuan y Batasuna”. En *Teoría y Realidad Constitucional UNED*. Nº 25. Madrid. Pp. 567-586.

Montilla Martos, J. A. (2015). “La libertad de expresión”. En Balaguer Callejón, F. (coord.). *Manual de Derecho Constitucional. Volumen II*. Tecnos. Madrid. 10ª Edición.

Naranjo de la Cruz, R. (2014). “El sistema de derechos constitucionales y sus garantías”. En V.V.A.A. *Manual de Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid. 5ª Edición.

Núñez Martín, M. (2008). “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española”. En *Revista del Derecho UNED*. Nº 3. Pp. 289-317.

Ortega Gutiérrez, D. (2017). *El derecho a la comunicación*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 3ª Edición.

Pauner Chulvi, C. (2011). “La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC”. En *Revista de Estudios Europeos*. Nº 58. Pp. 113-132.

Presno Linera, M.A. (2018). “Crónica de una condena anunciada: el Asunto Atern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del Rey”. En *Teoría y Realidad Constitucional UNED*. Nº 42. Pp. 539-549.

Reventa Sánchez, M. (2004). “Trazando los límites de lo tolerable: Libertad de expresión y defensa del ethos democrático en la jurisprudencia constitucional española”. En *Cuadernos del Derecho Público*. Nº 21. Pp. 23-46.

Rodríguez, A. (2014). “Libertades públicas (I): la libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación”. En V.V.AA. *Manual de Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid. 5ª Edición.

Rodríguez Bahamonde, R. (2000). “Tratamiento procesal de los delitos de calumnia e injuria”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*. Nº 5. Pp. 311-348.

Santaolalla López, F. (1992). “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración”. En *Revista de Administración Pública*. Nº 128. Pp. 185- 223.

Serrano Maíllo, I. (2011). “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles”. En *Teoría y Realidad Constitucional*. Nº 28. Pp. 579-596.

Solozábal Echavarría, J. J. (1991). “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 32. Pp. 73-114.

- (1992). “Acercas de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión”. En *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*. Nº 77. Pp. 237-248.

Urías, J. (2008). “Artículo 20.1b). El derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”. En Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española*. Fundación Wolters Kluwer. Pp. 503-510.

Vázquez Alonso, V. J. (2014). “La libertad de expresión artística una primera aproximación”. En *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*. Vol. 62. Nº 2. Pp. 73- 92.

Vilches, G. (2014). “La primera etapa de *El Jueves*: un análisis de los primeros 26 números del semanario”. En *Cuco, Cuadernos de cómic*. Nº 2. Pp. 137- 158.

VLEX, edición digital, disponible en <https://app.vlex.com/#vid/206633>.