

# GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

**Edited by**

*Institute for Social, Political and Legal Studies*  
(Valencia, Spain)

**Honorary Chief Editor**

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

**Chief Editor**

Aniceto Masferrer, University of Valencia

**Assistant Chief Editors**

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

**Editorial Board**

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

José Franco-Chasán, University of Augsburg

Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid

Anna Taitlin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

**International Advisory Board**

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaíso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

**Citation**

Isabel Ramos Vázquez, “Libertad de expresión, verdad política y posverdad. Reflexiones desde la Historia del Derecho”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 18 (2021), pp. 378-403 (available at <http://www.glossae.eu>)

## **Libertad de expresión, verdad política y posverdad Reflexiones desde la Historia del Derecho\***

### **Freedom of expression, political truth and post-truth Reflections from a legal-history perspective**

Isabel Ramos Vázquez  
Universidad de Jaén

ORCID iD: 0000-0002-8270-484X

Fecha de recepción: 1.5.2021  
Fecha de aceptación: 1.7.2021

#### **Resumen**

Este trabajo surge como contribución a un proyecto multidisciplinar de investigación sobre el fenómeno de la posverdad, y analiza el origen y desarrollo del derecho de libertad de expresión y de prensa, así como sus límites jurídicos. Su principal objetivo es comprender la relación jurídica entre la libertad de expresión, la opinión pública, el discurso político y la posverdad.

#### **Abstract**

This work contributes to a multidisciplinary research project on the post-truth phenomenon, and it analyzes the origin and development of the right to freedom of speech and freedom of the press, as well as its legal limits. Its main objective is to understand the legal relation between freedom of expression, public opinion, political discourse and the post-truth.

#### **Palabras clave**

Libertad de expresión, historia del derecho, opinión pública, delito y posverdad

#### **Keywords**

Freedom of expression, law history, public opinion, crime and post-truth

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Libertad de expresión y verdad política en el modelo histórico anglosajón y en el primer constitucionalismo estadounidense. 3. Libertad de expresión y verdad política en el constitucionalismo histórico francés. 4. Libertad de expresión y verdad política en el constitucionalismo histórico francés. 5. Reflexiones desde la historia del derecho: La libertad de expresión frente al fenómeno de la posverdad. Referencias bibliográficas

### **1. Introducción**

Como es sabido, en la Edad Moderna no existía la idea o categoría de “individuo”, y en consecuencia tampoco la razón individual o ninguna libertad de opinión o expresión relacionada con la misma, a pesar de que ya algunos humanistas, como Erasmo de Rotterdam, Tomás Moro, Michel de Montaigne o Étienne de la Boétie, empezaran a apuntar algunas ideas en torno a la misma<sup>1</sup>.

---

\* El presente estudio ha sido llevado a cabo en el marco del Proyecto “Posverdad a Debate. Análisis Multidisciplinar, Valoración Crítica y Alternativas” (Ref. PY20\_00703), financiado por la

En el caso español, la libertad de expresión como idea o concepto filosófico, antes que como derecho individual iusracionalista, también fue defendida por algunos precursores humanistas desde el siglo XVI (Luis Vives, Antonio de Nebrija, Miguel Servet, Juan de Mariana, Diego de Saavedra Fajardo, etc.), frente a la censura inquisitorial y el control de la opinión de la gente propia del Absolutismo político<sup>2</sup>. Pero lo cierto es que la mayoría de ellos sufrieron represión precisamente por defender y practicar el librepensamiento, y que desde el Concilio de Trento en adelante se reforzaron especialmente en la Monarquía hispánica los medios de control de la opinión general del pueblo, no solo a través de la censura previa de libros, folletos, panfletos y publicaciones, o la persecución y castigo de quienes discreparan o se opusieran a la verdad oficial con ideas consideradas “heréticas” y peligrosas, sino también con otras medidas como la prohibición de salir a estudiar a Universidades extranjeras.

La Monarquía Absoluta era plenamente consciente de la importancia de controlar el discurso oficial de la nación o la opinión del pueblo o de la gente (todavía no se había acuñado el concepto de “opinión pública”, que vendría de la mano del derecho de “libertad de expresión”<sup>3</sup>), y para ello se encargaba de decidir, dictar y dirigir unívocamente el sentido de la misma, con la ayuda de la Iglesia y la nobleza, y con independencia de la idea de verdad, que era completamente irrelevante. La manipulación o el engaño del pueblo a través de la información para fijar la postura que oficialmente convenía el poder público estaba plenamente legitimada, y en ello los monarcas cristianos europeos seguían fundamentalmente los postulados consignados a favor de la llamada “noble mentira” por Nicolás Maquiavelo en su divulgadísima obra *Il principe* (Roma, 1513).

Según Maquiavelo, quien a su vez se basaba en autores greco-latinos como Platón, Plutarco o Tito Livio, los monarcas absolutos tenían la obligación de engañar o mentir a su pueblo en pro de los intereses del Estado, y además estaban habilitados a hacerlo basándose en la ignorancia, la “estupidez” o “simpleza” del vulgo:

“Como las gentes se dejan guiar siempre de las apariencias y solamente formulan su juicio ante los hechos, estará á bien todo lo que haga un príncipe para conservar su Estado, y todos alabarán cuanto haga; como casi todos son vulgo, la opinión de los que no pertenecen a él únicamente se tiene en cuenta cuando la opinión del vulgo no tiene base en qué apoyarse”<sup>4</sup>.

Estas ideas, que ya se manejaban en la Antigüedad, se mantuvieron en la Edad Media (el mundo de la crónica medieval como medio de manipulación oficial de la realidad es buena muestra de ello), y se recuperaron durante el Renacimiento con la obra de Maquiavelo, Bodino y otros muchos autores, como por ejemplo el español Baltasar

---

Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología de la Junta de Andalucía, Ayudas Proyectos I+D+I. Entidades Públicas 2020. BOJA Número 119, de 23 de junio de 2020.

<sup>1</sup> Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Madrid: Universidad Carlos III-BOE, 1994, pp. 50-167.

<sup>2</sup> Álvarez García, Héctor, *Los precursores de la libertad de expresión en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

<sup>3</sup> Fernández Sarasola, Ignacio, “La opinión pública: de la Ilustración a las Cortes de Cádiz”, *Ayer*, nº 80 (2010), pp. 53-81, y “Opinión pública y “libertades de expresión en el constitucionalismo español (1726-1845)”, *Historia constitucional* 7 (2006), pp. 159-186.

<sup>4</sup> Maquiavelo, Nicolás, *El príncipe* (Roma, 1513), traducido al español por José Sánchez Rojas (1924), Madrid: Calpe, capítulo XVIII, p. 88.

Gracián (quien definía a los buenos príncipes como “*oráculos de verdad*”<sup>5</sup>), volverían a plantearse en la época del Despotismo, cuando algunos pensadores ilustrados comenzaron a anticipar, como veremos más adelante, las ideas de libertad de opinión, de expresión o de imprenta, poniendo en duda la teoría de la “noble mentira”.

En este contexto, y siguiendo el gusto de la época, el ilustrado monarca prusiano Federico II convocó en 1778 un concurso de disertaciones filosóficas en la Real Academia de Ciencias de Berlín titulado precisamente “¿Es útil para los hombres ser engañados?” (“*Est-il utile au peuple d’être trompé?*”, o “*Kann irgend eine Art von Täuschung dem Volke zuträglich sein?*”, en las dos lenguas en las que se convocó).

Resultaron ganadoras a partes iguales dos obras, representativas de la disensión o división de la corriente ilustrada sobre la cuestión: la del alemán Rudolf Zacharias Becker, que defendió la postura negativa basándose en los novedosos principios de la libertad de expresión y pensamiento que difundían ya algunos autores ilustrados; y la del francés Frédéric de Castillon, que se mostró favorable a mantener la “noble mentira” o el engaño del pueblo bajo consabido el argumento maquiavélico de su ignorancia o minoría de edad perpetua<sup>6</sup>. A este corriente se sumó el mismísimo “rey filósofo” Federico II, quien concluyó de este concurso que era conveniente seguir engañando al pueblo por su propio bien.

El Marqués de Condorcet también escribió un ensayo sobre la cuestión, el cual no fue enviado finalmente al concurso de 1778, pero se ha editado conjuntamente con las obras ganadoras<sup>7</sup>. En él, señalaba la visión egoísta y opresora de las clases superiores sobre las inferiores, poniendo en duda que el poder público no pudiera utilizar la mentira para ocasionar un mal y no solo en atención al bien común, y se oponía a la idea de la simpleza o brutalidad del pueblo (su minoría de edad perpetua), entendiendo que éste podía salir de la ignorancia a través de la educación, y recordando que procurar la educación de sus súbditos era un deber primordial para los príncipes ilustrados.

Al oponerse al engaño o la noble mentira, Condorcet resumía, como se verá más adelante, algunas de las ideas fundamentales sobre las que se construiría durante el constitucionalismo contemporáneo el derecho a la libertad de expresión por el pensamiento individualista liberal: de una parte, vinculaba ineludiblemente este derecho a la idea de instrucción o educación del pueblo, como vía para iluminar o señalar la verdad, y de otra parte la entendía como un derecho fundamentalmente político para el control de la mentira y el impedimento de los abusos o arbitrariedades que pudiera cometer el poder público.

---

<sup>5</sup> Gracián, Baltasar, *El Político* (1640), en *Obras de Baltasar Gracián*, Amberes, Casa de Geronymo y Iuanbau, Verdussen, 1669, tomo I, p. 528.

<sup>6</sup> Castillon, Frédéric de, Bechker, Rudolf Zacharias, y Condorcet, Jean Antoine Nicolas de Caritat, Marquis de, *¿Es conveniente engañar el pueblo? Política y filosofía en la Ilustración: El concurso de 1778 de la Real Academia de Ciencias de Berlín*, traducción de Javier de Lucas, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>7</sup> Castillon, Frédéric de, Bechker, Rudolf Zacharias, y Condorcet, Jean Antoine Nicolas de Caritat, Marquis de, *¿Es conveniente engañar el pueblo?...*, ob. cit.

## 2. Libertad de expresión y verdad política en el modelo histórico anglosajón y en el primer constitucionalismo estadounidense

Efectivamente, la libertad de expresión nació como un derecho político. Todavía no estaba reconocido en la *Carta Magna* (1215), que es considerada el primer texto constitucional de la historia, aunque su falta de regulación permitió que en la práctica, especialmente a partir del desarrollo de la imprenta y durante la guerra civil inglesa del siglo, los críticos, opositores o disidentes con el gobierno trataran de influir en el debate político o hacer oír sus opiniones en el Parlamento inglés mediante panfletos, folletos, avisos públicos o peticiones, a pesar del riesgo de detención y castigo que ello podía suponer<sup>8</sup>.

Esta realidad política, unida a los encarcelamientos y procedimientos judiciales que sufrieron algunos parlamentarios ingleses por el contenido de sus intervenciones o discursos ante alguna de las Cámaras del Parlamento, pusieron el foco sobre el concepto o los límites de la libertad de expresión en Inglaterra de forma muy temprana, y desde la perspectiva eminentemente pragmática o utilitarista propia del *common law*, circunscrita a la resolución de una problemática concreta<sup>9</sup>.

Sin duda, el jurista más influyente que se pronunció sobre la cuestión fue John Milton, que escribió su obra *Areopagítica* en 1644, anticipando las ideas sobre la defensa de la razón individual y la libertad de expresión que más adelante desarrollarían propiamente los autores del iusracionalismo liberal como base del constitucionalismo contemporáneo<sup>10</sup>. Antes que John Locke, Milton ya defendió que la libertad de expresión era un derecho individual y básico, que pertenecía al plano de la conciencia o razón de cada persona y no podía ser conculcado a la fuerza por los poderes públicos. Lo consideraba, además, un principio absolutamente necesario para la libertad política de un pueblo y para el control de un gobierno tiránico o despótico. Y en cuanto a la problemática del error, la falacia o el vicio en la opinión, concluía que era un mal necesario para la educación política del pueblo:

“Ya pues, que el conocimiento e inspección del vicio es en este mundo tan necesario para el establecimiento de la virtud humana, y el examen del error para la confirmación de la verdad, ¿podremos explorar las comarcas del pecado y la falsía más seguro y con menos peligro que leyendo toda suerte de tratados y oyendo todo linaje de razones? Y éste es el beneficio cobradero de la entremezclada lectura de los libros”<sup>11</sup>.

Según Milton, la verdad y la falsedad no estaban nítidamente separadas, y en consecuencia era imposible acceder a la verdad si no se conocía la mentira. La observación conjunta de ambas realidades conduciría, en su opinión, a la identificación de lo bueno. Y para ello postulaba, como lo harían también más adelante los autores

---

<sup>8</sup> Peacey, John, “Print and Public Politics in Seventeenth-Century England”, *History Compass* 5-1 (2007), pp. 85-111.

<sup>9</sup> Colclough, David, *Freedom of Speech in Early Stuart England*, Cambridge University Press, 2005, p.5.

<sup>10</sup> Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Madrid: Universidad Carlos III-BOE, 1994, pp. 238-288.

<sup>11</sup> Milton, John, *Areopagítica* (1644), introducción y notas de John W. Hales, Oxford University Press, 1961, p.44.

ilustrados, la instrucción y la educación del pueblo como medio para el discernimiento de la verdad<sup>12</sup>.

En consonancia con estas ideas, y con el fin de acabar con la represión política sobre los opositores o críticos con el gobierno, una de las peticiones que William Walwyn presentó ante el Parlamento británico en 1647 ya incluía que se reconociese el derecho de libertad de expresión para todos los ciudadanos ingleses. Sin embargo, dicha petición fue rechazada en su más extenso sentido y, reiterada más adelante en posteriores peticiones al Parlamento, finalmente se tradujo de forma exclusiva en el derecho reconocido por el artículo 9 del *Bill of Rights* de 1689, según el cual “la libertad de palabra y los debates y procedimientos en el Parlamento no deben impedirse o indagarse en ningún tribunal o fuera del Parlamento”.

En su primera definición constitucional de la historia, por lo tanto, la libertad de expresión no se consignaba como un derecho para todos los individuos o súbditos de la Corona, sino solo para los diputados o parlamentarios ingleses, y en respuesta a unas circunstancias o sucesos muy concretos<sup>13</sup>. Cualquier otro individuo del pueblo inglés no solo estaba excluido de este derecho, sino que se arriesgaba a ser enjuiciado por difamación y, en particular por “difamación sediciosa”, considerándose por el *common law* libelo sedicioso (“*seditious libel*”) cualquier opinión política contraria al gobierno que pudiera ser susceptible de incitar a una revuelta o a actos violentos contra la autoridad<sup>14</sup>.

A pesar de ello, el avance de la prensa y de los espacios públicos para la discusión política no dejó de crecer en la Gran Bretaña de los siglos XVII y XVIII, en los que el desarrollo de la ciencia y el nuevo pensamiento ilustrado impulsaron también nuevas corrientes de pensamiento, sustentadas en la idea de la razón individual. Por ello, cuando en la segunda mitad del XVIII volvió a pronunciarse sobre la libertad de expresión el jurista más prestigioso del derecho anglosajón, William Blackstone, lo hizo desde presupuestos muy similares a los que ya habían adelantado John Milton y John Locke, los dos filósofos del pensamiento individualista liberal que de forma más decidida influirían poco después en el constitucionalismo estadounidense<sup>15</sup>.

Coincidiendo con ellos, para Blackstone “la libertad de prensa es en verdad esencial a la naturaleza de un estado libre: pero ella consiste en no imponer restricciones previas a las publicaciones, no en la exención de responsabilidad por hechos criminales después de la publicación. Todo hombre libre tiene un indiscutible derecho a exponer lo que siente ante el público: prohibirlo equivaldría a suprimir la libertad de prensa; pero si alguien publica lo que es inapropiado, maligno o ilegal, debe sufrir las consecuencias de su propia temeridad”<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Saldaña Díaz, M<sup>a</sup> Nieves, “Libertad de prensa y energía política en la Areopagítica de John Milton”, *Revista internacional de pensamiento político* 3 (2008), pp. 213-238.

<sup>13</sup> Schwoerer, Lois, *The declaration of Rights 1689*, John Hopking University Press, Baltimore-London, 1981, o Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain*, London: Chatto&Winus, 1990.

<sup>14</sup> Kersch, Kenneth, *Freedom of Speech: Rights and liberties under the law*, Santa Barbara: ABC-Clio, 2003, p. 48.

<sup>15</sup> Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Madrid: Universidad Carlos III-BOE, 1994, pp. 238-288.

<sup>16</sup> Blackstone, William Sir., *Commentaries on the Laws of England*, London, 1765, reprint. London, 1966, book IV, ch. 11, pp. 151-152.

Es decir, en opinión de Blackstone, la libertad de expresión era equivalente a la libertad de prensa, resultaba “*esencial a la naturaleza de un estado libre*”, y no podía ser intervenida a priori por las autoridades públicas. Rechazaba, en consecuencia, que ningún individuo pudiera ver limitadas sus opiniones por la censura previa (“*prior restraint*”), pero ello no significaba que pudiera disponer de una libertad absoluta para publicar lo que quisiera. Los individuos, afirmaba, debían asumir las consecuencias de sus palabras, especialmente si contenían palabras inapropiadas, maliciosas o ilegales.

¿Y qué debía considerarse inapropiado, malicioso o ilegal? Los principales límites a la libertad de expresión en el derecho inglés, incluida la difamación y la sedición, volvieron a dejarse así, mediante la autorizada doctrina de Blackstone, en manos de los jueces y los tribunales, que eran los encargados por deslindar lo verdadero de lo falso y lo malicioso de lo lícito. Tan restrictiva visión del derecho, en los convulsos momentos que precedieron a la guerra de independencia colonial y la revolución francesa, se tradujeron en la práctica en el mantenimiento de procesos por “difamación sediciosa”, como el que se sustanció contra el diputado radical John Wilkes en 1763 por publicar un escrito criticando a Jorge III con motivo del aumento de los precios del pan, la caída de los salarios y el creciente desempleo<sup>17</sup>.

Este tipo de opresiones y falta de libertades en el Reino Unido, además de la creciente injerencia del rey Jorge III en sus asuntos económicos, fueron señaladas pocos años después por las trece colonias estadounidenses que se independizaron de la metrópoli en 1776. Acostumbradas a una amplia autonomía de gobierno y gestión, y muy influenciadas por el pensamiento iusliberal de John Milton, y especialmente el de John Locke, algunos de sus tempranos textos “protoconstitucionales” ya se referían a la libertad de expresión como un derecho individual, básico y fundamental para el mantenimiento de la comunidad política en régimen de libertad<sup>18</sup>.

De las ideas iusnaturalistas de Locke sobre el individuo y la razón individual, recogidas fundamentalmente en sus obras *A letter concerning toleration* (1685) y *Two Treaties of Government* (1690), se colegía necesariamente la necesidad de la libertad de expresión como garantía de tolerancia entre los individuos y libertad del Estado. Eran los individuos libres quienes, en uso de su razón y de su soberanía, constituían el Estado y elegían a sus representantes para el desarrollo de las leyes por las que iban a regirse en comunidad. Para ello era absolutamente necesario garantizar el derecho de libertad de expresión, de opinión o de imprenta en el plano político.

Siguiendo a Locke, la libertad de expresión se defendió por los artífices del primer Estado liberal de Derecho en los Estados Unidos de América, no sólo como un instrumento crítico capaz de generar conocimiento frente al fanatismo o la intolerancia (vertiente de control o resistencia al poder), sino también como un mecanismo capaz de descubrir la verdad o camino a seguir (vertiente normativa o de creación del derecho). Se concebía como un derecho fundamental para la instrucción o educación política del pueblo, y desde su origen se vinculó decididamente al concepto de “opinión pública” por el pensamiento liberal<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, 2005.

<sup>18</sup> Saldaña, M<sup>a</sup> Nieves, “La gestación de la Primera Enmienda: “*founding period*” y “*original meaning*”, *Historia Constitucional* 7 (2006), pp. 257-289.

<sup>19</sup> Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, 17<sup>o</sup> edic., traducc. de Antonio Dómenech, México: Gustavo Gili, 2009.

Con estas connotaciones filosóficas, la libertad de expresión se recogería, como derecho de primerísima generación, en la Primera Enmienda a la Constitución de 1787, aprobada el 15 de diciembre de 1791:

“Enmienda I. El Congreso no hará ninguna ley sobre el establecimiento de religiones; ni que prohíba su libre práctica; ni que limite la libertad de palabra ni de prensa, ni el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente, ni el derecho a pedir al gobierno la reparación de agravios”<sup>20</sup>.

Aunque ha habido un intenso debate doctrinal acerca del “*original meaning*” o “*natural meaning*” de este derecho, la mayoría de los autores que lo han analizado coinciden en señalar una concepción muy amplia<sup>21</sup>. La libertad de expresión se relacionaba en el mismo párrafo con la libertad religiosa o de culto, por lo que se situaba en el plano de la razón o conciencia individual, y también aparecía junto con la libertad de prensa, el derecho de reunión pacífica y el de petición al gobierno, por lo que conllevaba una evidente vertiente política. Además, la protección del derecho pronto se reforzó haciéndose dual, porque junto a su reconocimiento en la Constitución de 1787, la libertad de expresión se recogería también en el resto de textos constitucionales que se redactaron en cada Estado federal.

El carácter amplio y fundamental de este derecho para el nuevo régimen político liberal, se fortaleció además tras el efímero episodio de la *Sedition Act* de 1789. En atención a los precedentes del modelo inglés, dicha norma se aprobó, tras un intenso debate parlamentario y en plena guerra contra Francia, para tratar de prohibir cualquier manifestación oral o escrita que cuestionase la política llevada a cabo por el Gobierno (el llamado “*sedition libel*” o libelo sedicioso propio del *common law*) al objeto de salvaguardar la confianza de los ciudadanos y garantizar la seguridad nacional. Sin embargo, la constitucionalidad de esta ley fue puesta en duda desde un primer momento, y tras abolirla en 1801 se ordenó indultar a todos los que estuvieran cumpliendo condena simplemente por expresar sus ideas políticas, considerándose desde entonces la *Sedition Act* como un importante error de la historia del derecho estadounidense<sup>22</sup>.

A partir de ese momento, la interpretación más extendida de la libertad de expresión de la Primera Enmienda fue la que le diera el juez Louis Brandeis en el caso *Whitney v. California* (1927):

“Aquellos que alcanzaron nuestra independencia creyeron que el último fin del estado era hacer hombres libres que pudieran desarrollar sus facultades... Creyeron que la libertad de pensar y de hablar como se quiera eran medios indispensables para el descubrimiento y el despliegue de la verdad política... Creyendo en el poder de la razón aplicado a la discusión pública de los asuntos, renunciaron al silencio forzado por la ley. Reconociendo las tiranías temporales de las

---

<sup>20</sup> Grau, Luis, *El constitucionalismo americano*, Madrid: Universidad Carlos III-Dykinson, 2011, p. 140.

<sup>21</sup> Freixes Montes, Jordi, “La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: ¿Un modelo para Europa?”, *Derecho Privado y Constitución* 10 (sept-dic 1996), pp. 269-296, Saldaña, M<sup>a</sup> Nieves, “La gestación de la Primera Enmienda: “*founding period*” y “*original meaning*”, *Historia Constitucional* 7 (2006), pp. 257-289, o Krotoszynski, Jr. Ronald, *The First Amendment in Cross-cultural Perspective*, New York University Press, 2006.

<sup>22</sup> Mayton, William T., “Seditious Libel and the Lost Guarantee of a Freedom of Expression”, *Columbia Law Review* 84 (1984), pp. 91-142, o Arias Castaño, Abel, “La *Sedition Act* de 1798 y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión”, *Historia Constitucional* 10 (2009), pp. 297-321.

mayorías gobernantes, enmendaron la Constitución de tal manera que la libertad de expresión y de reunión debían ser garantizadas<sup>23</sup>.

La libertad de expresión como medio indispensable para garantizar la “verdad política”, utilizando las palabras del juez Brandeis, vio consecuentemente ampliados sus límites por la jurisprudencia estadounidense, que la impulsó mucho más allá de la doctrina blackstoniana inglesa de la ausencia de censura previa o “prior restraint”, y, superando la clásica institución del libelo sedicioso, incorporó al ámbito legítimo del ejercicio de este derecho la crítica política a quienes detentaran el poder. Con ello, la prensa y la “opinión pública” estadounidense se dotaron de un potentísimo medio de control y de divulgación, hasta el punto de que en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha garantizado el secreto profesional de los periodistas y protección de sus fuentes, lo que impide en muchas ocasiones comprobar la veracidad de las informaciones, e incluso la preeminencia del derecho a la información en todo tipo de causas penales, que son públicas aun cuando afectan a menores<sup>24</sup>. Los únicos límites a este derecho político están en el respeto al derecho a la intimidad y el derecho al honor de los particulares.

### 3. Libertad de expresión y verdad política en el constitucionalismo francés

Desde unos presupuestos muy parecidos a los de Locke, Voltaire fue uno de los grandes artífices del concepto de libertad de expresión en la Europa continental, estableciendo una estrecha conexión entre la idea de tolerancia y el reconocimiento de la diversidad de opiniones, la libertad de expresión o de prensa como su principal instrumento, y la opinión pública como principal garantía de libertad en un régimen político<sup>25</sup>.

El único límite que Voltaire oponía a la libertad de expresión, al igual que los juristas anglosajones, era la comisión de un delito o crimen, ya fuera de injuria o calumnia, o especialmente de sedición; pero no el error o la mentira, que consideraba un mal menor y en todo caso necesario para el descubrimiento de la verdad. En su opinión, todo tipo de opiniones podían ser difundidas porque eran inofensivas, mostrando una confianza quizá excesiva en la educación o instrucción de cada individuo, en su discernimiento o razón, para contrarrestar las ideas falaces que pudieran derivarse de las mismas: “¿No os gusta un libro? Refutadlo; ¿os aburre? No lo leáis”, escribiría, por ejemplo, en su artículo “Sobre la libertad de imprimir”<sup>26</sup>.

No fue Voltaire el único ideólogo de la libertad de expresión en el primer constitucionalismo continental europeo, pero junto con otros grandes filósofos como Montesquieu, Rousseau, Diderot o d’Alembert, contribuyó sin duda a su positivización desde los presupuestos básicos del iusnaturalismo racionalista. A saber: que la libertad de expresión era un derecho natural, inalienable o propio del individuo y anterior a la

---

<sup>23</sup> Traducción de Saldaña, M<sup>a</sup> Nieves, “La gestación de la Primera Enmienda: “*founding period*” y “*original meaning*”, *Historia Constitucional* 7 (2006), p. 258.

<sup>24</sup> Freixes Montes, Jordi, “La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: ¿Un modelo para Europa?”, *Derecho Privado y Constitución* 10 (sept-dic 1996), pp. 283-287.

<sup>25</sup> Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Madrid: Universidad Carlos III-BOE, 1994, pp. 319-327.

<sup>26</sup> Voltaire, “Sobre la libertad de imprimir”, *Opúsculos satíricos y filosóficos*, traducc. de Carlos Dampierre, Madrid: Alfaguara, 1978, p. 301.

constitución del Estado; que era esencial en un régimen de libertad política puesto que servía de freno al Ejecutivo (vertiente negativa) y dirección del Legislativo (vertiente positiva); y que estaba directamente relacionado con el derecho a la educación o instrucción del pueblo para poder crear “opinión pública”, considerándose ésta una garantía de “verdad política”.

En estos principios básicos del pensamiento iusnaturalista, la primera concepción francesa de la libertad de expresión coincidía en gran medida con la fraguada por el constitucionalismo estadounidense pocos años antes. Pero, frente al puritanismo que allí la había vinculado de forma muy clara a la libertad religiosa, puede afirmarse que en la Francia revolucionaria el concepto de libertad de expresión se alejó de forma mucho más decidida de lo religioso y se relacionó más bien con la libertad de pensamiento propia del humanismo laico<sup>27</sup>.

De tal manera, en la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789), se dedicaba un primer artículo 10 a la libertad religiosa, y un específico artículo 11 a la libertad de expresión:

“La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”.

En este mismo sentido, el derecho se recogería también en la primera Constitución francesa de 1791, que todavía respondía al clima prerrevolucionario en el que la prensa, los folletos, las academias y los escritos de los *philosophes* alimentaban la opinión pública “entre la ficción y la realidad”<sup>28</sup>. La censura previa y las instituciones encargadas de aplicarla fueron abolidas en atención al precepto constitucional, y la libertad de expresión quedó forjada como un derecho natural, individual y de carácter netamente político, pero no absoluto porque quedaba limitado por “*el abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley*”.

Dicha limitación, en principio de carácter excepcional, permitió en la práctica que, pocos años después, cuando el país entró en la llamada “época del terror”, miles de personas fueran arrestadas y ejecutadas por sus escritos u opiniones políticas. Esta cuestión ha sido analizada por Charles Walton, quien concluye que, desaparecidas las instituciones encargadas de regular el honor y la moral en el Antiguo Régimen, en el nuevo régimen liberal fueron las autoridades locales con carácter administrativo, y los jueces y los tribunales con carácter penal, los encargados de velar por el control de la opinión pública, entendiéndose que cuando el llamado “discurso calumnioso” se dirigía contra el poder público o valores colectivos de carácter inviolable, ya fuera de carácter religioso o político, podía llegar a considerarse incluso un delito de traición<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Madrid: Universidad Carlos III-BOE, 1994, pp. 381-387

<sup>28</sup> Kaufmann, Laurence, “Entre fiction et réalité. L’opinion publique dans la France du XVIIIe siècle”, *L’avènement de l’opinion publique. Europe et Amérique XVIIIe-XIXe siècles*, Paris: L’Harmattan, 2004, pp. 91-107.

<sup>29</sup> Walton, Charles, *Liberté d’expression en Revolution. Les moeurs, l’honneur, la calomnie*, traduc. Jacqueline Odin, Presses Universitaires de Rennes, 2014.

El debate político por establecer los límites legales o morales de la libertad de expresión en Francia se intensificó durante los años posteriores, y especialmente con el desarrollo del pensamiento doctrinario sobre el que, tras la caída del Imperio napoleónico, se sustentaron la Restauración de Luis XVIII bajo la Constitución otorgada de 1814, y la llamada Monarquía de julio al amparo de la Constitución de 1830.

Como es sabido, frente a los filósofos del iusracionalismo liberal o liberalismo revolucionario, originario o radical, los autores del liberalismo doctrinario (Constant, Guizot, Collard...) no partían de la observación del hombre en Naturaleza ni de la teoría del Pacto social, entendiendo que la sociedad no podía existir antes del Estado. Lo relevante para los ideólogos del doctrinarismo (o moderantismo en su conceptualización española), no era, por tanto, la dimensión social u origen de la soberanía, sino su identificación con el Estado y su efecto. La soberanía era entendida como un poder constituido y no constituyente, como un “acto de gobierno”, y ello permitía que algunos derechos, antes considerados naturales o previos y ahora “derechos civiles”, quedaran limitados o restringidos en atención a las decisiones soberanas adoptadas por los poderes establecidos<sup>30</sup>.

El caso más evidente es el del derecho de sufragio, que se vio claramente restringido en las constituciones moderadas a través del concepto del sufragio censitario, entendiéndose que solo la propiedad o capacidad económica permitía la formación intelectual necesaria para tener capacidad política. Pero el derecho de libertad de expresión también se vio afectado por este importante cambio conceptual, aunque siguiera considerándose esencial para el sostenimiento del Estado liberal, junto con el derecho de propiedad y el de seguridad.

Benjamin Constant resumió estas ideas en su clásica obra *De la liberté des anciens comparée a celle des modernes* (1819)<sup>31</sup>, en la que afirmaba que si el derecho político debía otorgarse exclusivamente a quienes tuvieran capacidad para ejercerlo, burgueses, propietarios o clases medias, la libertad de expresión que determinaba la opinión pública debía limitarse a esos mismos ciudadanos, puesto que era condición necesaria para ejercer aquel. La estrecha conexión entre la libertad de expresión y el derecho político, conllevaba para Constant la necesidad de limitar las llamadas “opinión pública institucional”, que emanaba exclusivamente de los representantes políticos o diputados legítimamente elegidos a través del sufragio, y la “opinión pública no institucional”, limitada a la “clase intelectual” del país, políticos, intelectuales y periodistas. Todos los demás, los trabajadores o asalariados, los extranjeros, las mujeres, los mendigos o los enfermos, quedaban excluidos del derecho de libertad de expresión y del derecho político puesto que, en su opinión, no tenían la formación o la inteligencia necesaria para ejercerlos<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Díez del Corral, Luis, *El liberalismo doctrinario*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1973, o Jiménez Díaz, José Francisco, “El liberalismo doctrinario: François Guizot, Pierre P. Royer-Collard, Benjamin Constant”, *Introducción a la historia de las ideas políticas contemporáneas*, Madrid, 2008, pp. 59-80.

<sup>31</sup> Constant, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos, Conferencia pronunciada en el Ateneo de París, 1819”, *Escritos políticos*, traducc. de María Luisa Sánchez Mejía, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.

<sup>32</sup> Sánchez Mejía, M<sup>a</sup> Luisa, *Benjamin Constant y la construcción del liberalismo posrevolucionario*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, o “La libertad y la garantía: Derechos individuales y libertad política en la obra de Benjamin Constant”, *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos* 1-2 (1993-1994), pp. 337-354.

La libertad de expresión, o de prensa como su principal cauce de manifestación, se siguió entendiendo, por lo demás, como un derecho que no podía ser censurado con carácter previo, pero que sí debía quedar claramente limitado por la ley en sus efectos posteriores a través de la contemplación de diversos delitos<sup>33</sup>. De tal manera, el derecho siguió estando limitado por los tribunales mediante una multiplicidad de delitos previstos en el *Code pénal* de 1810<sup>34</sup>, ya fueran los delitos vinculados a la fama, el honor o la intimidad de las personas (calumnia, difamación, revelación de secretos, etc.), o los delitos contra la cosa o la paz pública ("*délits contre la chose publique*" y "*délits contre la paix publique*"), entre los que se contaban los libelos, escritos incendiarios o sediciosos, asociaciones o reuniones ilícitas, huelgas o manifestaciones, incitaciones a la revuelta, motín o guerra civil, colaboración con el enemigo extranjero, traición, apología de la traición, revolución o el crimen, o incluso la difamación a los representantes o funcionarios públicos y el mero insulto al Jefe del Estado, que según Constant debía permanecer "fuera de la esfera de las agitaciones políticas" porque "no son hombres; son poderes"<sup>35</sup>.

Se volvía con ello a la consagración de un discurso o verdad oficial, si no ya de corte absolutista, sí de carácter burgués, y a lo que la Profesora Cruz Mina ha definido con gran acierto como "la inopinable opinión pública de los doctrinarios"<sup>36</sup>, que se impuso sobre la libertad de expresión y de prensa durante buena parte del siglo XIX.

La paulatina apertura del cuerpo electoral, la acción clandestina de las asociaciones ilícitas y la llegada de nuevas corrientes ideológicas de carácter social, condujeron poco a poco a un nuevo escenario que culminaría con la proclamación de la Tercera República francesa en 1875, sustentada en el sufragio universal, el derecho de asociación y el auge del sindicalismo, que ampliaron enormemente el cuerpo de los receptores críticos de la opinión pública y el derecho político.

Los delitos de asociación ilícita, coalición o huelga desaparecieron consecuentemente del Código penal, e incluso se dictó una importante ley de prensa en 1881 (*loi sur la presse du 29 juillet 1881*), aún vigente, que consiguió poner fin a la gran cantidad de supuestos que se consideraban difamatorios por la jurisprudencia francesa, determinando qué debía entenderse como tal (declaraciones públicas cuyo carácter falaz o mentiroso pudiera demostrarse y lesionaran la fama de una persona o corporación) y ampliando el derecho de libertad de expresión.

---

<sup>33</sup> Constant, Benjamin, "De la libertad de folletos, panfletos y periódicos considerada en relación con el interés del gobierno", *Escritos políticos*, traducc. de María Luisa Sánchez Mejía, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, pp. 206-207.

<sup>34</sup> Carbasse, J.M., "État autoritaire et justice répressive. L'évolution de la législation pénale de 1789 au Code pénal de 1810", *All'ombra dell'aquila imperiale. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori sabaudi in età napoleonica*, Rome, 1994, pp. 313-333.

<sup>35</sup> Constant, Benjamin, "De la libertad de folletos, panfletos y periódicos considerada en relación con el interés del gobierno", *Escritos políticos*, traducc. de M<sup>a</sup> Luisa Sánchez Mejía, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, p. 282. Véase también sobre esta cuestión, Fontana, Biancamaria, *Benjamin Constant and the Post-Revolutionary Mind*, New Haven – London: Yale U.P., 1991, o "Publicity and the Res publica: the concept of public opinion in Benjamin Constant's writings", *Annales Benjamin Constant* 12 (1991), pp. 53-63.

<sup>36</sup> Cruz Mina, María, "La "inopinable" opinión pública de los doctrinarios", *Historia Contemporánea*, n<sup>o</sup> 27 (2003), pp. 695-717.

Pero tanto el Código penal como en la ley de 1881 siguieron contemplando determinados delitos de difamación, como el de injurias al Jefe del Estado, o a la difamación a los representantes o funcionarios públicos, que se consideraba agravada si se cometía por un particular o medio de comunicación, aunque se permitía entre adversarios políticos en espacios públicos como el parlamento. A los tribunales competía determinar la verdad de una acusación pública difamatoria vertida contra un particular o un funcionario, corporación o administración, aunque en el caso de estos últimos, según la propia ley, se debía tener en cuenta especialmente el “interés público” y la finalidad de la misma, por ejemplo, cuando era para pedir el voto para una determinada opción política.

La dificultad de probar la veracidad de los hechos y la presunción de “buena fe”, fueron otros elementos que impidieron a los tribunales franceses establecer límites claros a la libertad de expresión en esta época, en la que el derecho sufrió un evidente desequilibrio, multiplicándose los medios o canales de información pública con opiniones políticas de todo tipo. Del discurso oficial de los doctrinarios se pasó a la proliferación de cualquier clase de discurso, incluido el racista o xenófobo, e incluso a la manipulación de la Historia con fines políticos. De hecho, en 1939 fue necesario introducir una reforma a la ley de prensa de 1881 para condenar los comentarios racialmente difamatorios y la incitación al odio racial, ratificada posteriormente por la ley Pleven de 1 de julio de 1972<sup>37</sup>.

#### **4. Libertad de expresión y verdad política en el constitucionalismo histórico español**

En el caso español, la construcción del derecho de libertad de expresión siguió unos derroteros muy parecidos al caso francés, faro intelectual del liberalismo. Antes de su positivización en la primera Constitución española de 1812, autores ilustrados como Feijoo, Foronda, Cabarrús, Jovellanos, Calvo de Rozas, Flórez Estrada o Blanco White ya lo defendían como un derecho político de carácter fundamental tanto en su vertiente negativa de crítica, control o resistencia a los abusos del Estado, como en su vertiente positiva para la educación o instrucción del pueblo y el descubrimiento de la verdad política, vinculándolo nítidamente a lo que ya empezaba a denominarse, también en España, la “opinión pública”<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Mathieu, Bertrand, “La liberté d’expression en France: de la protection constitutionnelle aux menaces législatives”, *Revue du droit public et de la science politique en France et a l’etranger* 1 (2007), pp. 231-260, Morange, Jean, *La liberté d’expression*, Bruylant, Bruxelles, 2009, e “Histoire et liberté d’expression”, *Les Cahiers de droit*, vol. 53, 4 (2012), pp. 715-737, y Bernabé, Boris, “Quelle(s) liberté(s) d’expression avant 1881?”, *Revue du droit public et de la science politique en France et a l’etranger* 3 (2012), pp. 742-765.

<sup>38</sup> Fiestas Loza, Alicia “La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 59 (1989), pp. 351-490, Bel Mallen, Juan I., “La libertad de expresión en los textos constitucionales españoles”, *Documentación de las Ciencias de la Información* 13 (1990), pp. 23-52; Larriba, Elisabel, y Durán, Fernando (coords.), *El nacimiento de la libertad de imprenta: Antecedentes, promulgación y consecuencias del Decreto de 10 de noviembre de 1810*, Sílex Universidad, 2012; Fernández Sarasola, Ignacio, “Opinión pública y libertades de expresión en el constitucionalismo español (1726-1845)”, *Historia constitucional* 7 (2006), pp. 159-186, o Fernández Segado, Francisco, *La libertad de imprenta en Cádiz: historia y Derecho (1808-1812)*, Madrid: Dykinson, 2016.

La identificación entre libertad de expresión, opinión pública y voluntad general se hizo evidente en el Decreto de 10 de noviembre de 1810, que proclamaba la libertad de imprenta en el efervescente debate intelectual que se estaba viviendo durante las Cortes de Cádiz, y en el posterior Decreto de 28 de febrero de 1813, por el que se abolía el principal mecanismo de censura previa en el país, el Tribunal de la Inquisición. Los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación del derecho en el primer texto constitucional español también son buena muestra de esta primera conceptualización del derecho, propia del pensamiento iusnaturalista de Locke o Voltaire<sup>39</sup>. Y, por si quedara alguna duda al respecto, la libertad de expresión quedó finalmente consagrada en la Constitución española de 1812 en el título denominado, precisamente, “De la Instrucción pública”:

“Art.371. Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a su publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”.

Con una redacción bastante parecida a la de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, además de su carácter político en directa relación con la “instrucción pública”, comprobamos en este artículo los dos elementos fundamentales sobre los que se construyó el derecho tanto en el sistema anglosajón como en el primigenio sistema francés: la ausencia de “*prior restrain*” o censura previa, y la fijación de ciertos límites posteriores en el incumplimiento de la ley o comisión de delitos, que como hemos visto eran más rígidos en el sistema continental europeo o *civil law* que en el sistema anglosajón o *common law*, pronto impulsado o acelerado por el derecho estadounidense.

Sin embargo, hay una primera gran diferencia entre el derecho español y el francés o el anglosajón: la libertad de expresión o de prensa no podía aplicarse en España a las cuestiones religiosas ya que, como es sabido, la confesionalidad católica se mantuvo en la Constitución de 1812 como una de las principales concesiones a los absolutistas en nuestro país, y para su control se crearon determinadas Juntas de Censura de carácter provincial, presididas por una Junta Suprema de Censura, que fueron una evidente excepción a la ausencia de censura previa<sup>40</sup>.

Otros límites a este derecho fueron los propios de los derechos políticos reconocidos en las primeras constituciones continentales europeas, especialmente a partir del desarrollo del doctrinarismo o moderantismo, representado en España, tras los últimos estertores del Absolutismo en 1833, por pensadores como Donoso Cortés, Alcalá Galiano, Joaquín Francisco Pacheco, etc. Así, como en el caso francés, si el primer constitucionalismo español ya limitó la libertad de expresión a los detentadores del derecho de sufragio, es decir, a los ciudadanos o propietarios, las posteriores Constituciones moderadas de 1834, 1837 o 1845 restringieron aún más este derecho utilizando la capacidad económica como requisito imprescindible de la educación y la

---

<sup>39</sup> Fernández Sarasola, Ignacio, “Opinión pública y libertades de expresión en el constitucionalismo español (1726-1845)”, *Historia constitucional* 7 (2006), pp.159-186, o Fernández Segado, Francisco, *La libertad de imprenta en Cádiz: historia y Derecho (1808-1812)*, Madrid: Dykinson, 2016.

<sup>40</sup> Martínez Pérez, Fernando, “Juntas de censura y jurado: la aplicación peninsular de la normativa de libertad política de imprenta (1810-1823)”, *El nacimiento de la libertad de imprenta: Antecedentes, promulgación y consecuencias del Decreto de 10 de noviembre de 1810*, Madrid, 2012, pp. 325-344.

capacidad política. La libertad de expresión o de prensa se construyó durante la primera mitad del siglo XIX como un derecho burgués, del que estaban excluidas las clases trabajadoras o menesterosas y, por supuesto, las mujeres.

También era originariamente un derecho individual, estando prohibidos, como en el caso francés, los derechos de asociación y huelga, y perseguidas cualquiera de sus acciones subversivas o sediciosas, especialmente si eran a través de panfletos u otros escritos que permitieran una mayor difusión<sup>41</sup>.

Además de los delitos de asociación ilícita o coligación, y de los delitos contra la confesionalidad católica o los dogmas de la religión católica<sup>42</sup>, otros delitos previstos en los Códigos penales españoles de 1822 y 1848 como límites de la libertad de expresión fueron determinados delitos políticos o contra la seguridad o la paz del Estado, incluido el libelo sedicioso, el llamamiento público al desorden, al motín o a la desobediencia de las autoridades, la difusión de cualquier documento o información de un gobierno extranjero que fuera contrario a la seguridad del Estado, la propagación de avisos o noticias provechosos para el adversario, la apología del crimen, y el delito de injurias al rey, la reina o príncipe heredero, ya fuera a través de libelo infamatorio o discurso pronunciado en público<sup>43</sup>.

Por último, estaba el límite de los delitos contra la fama, el honor o la intimidad de las personas, principalmente de calumnia e injuria, aunque también el descubrimiento o revelación de secretos. Alejándose del modelo francés, que especialmente desde la reforma de 1819 hasta la posterior ley de 1881 había apostado por un concepto amplio de “difamación” que criminalizaba cualquier alegación o imputación de un hecho que atentara contra el honor o la consideración de una persona o corporación, en este punto los codificadores españoles de 1848 decidieron tipificar el delito de “calumnia” para perseguir solo las falsas imputaciones de delitos que fueran perseguibles de oficio, excluyendo las que simplemente redundaran en desprestigio o deshonor de las personas o corporaciones, y el delito de “injuria” para el castigo de toda expresión proferida “en deshonra, descrédito ó menosprecio de otra persona”<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Ramos Vázquez, Isabel, “Los delitos de asociación ilícita, coalición o coligación en Francia y España a lo largo del siglo XIX”, *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte Especial*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 393-439.

<sup>42</sup> Redondo Andrés, M<sup>a</sup> José y Escrivá Salvador, Vicente, “La contribución de la tradición y de las influencias extranjeras en la configuración legal de los delitos contra la religión: especial referencia a los códigos penales decimonónicos”, *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte Especial*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 217-274.

<sup>43</sup> Mira Benavent, Javier, *Los límites a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, y más específicamente Bermejo Castrillo, Manuel A., “Delitos contra la seguridad exterior del Estado”, *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte Especial*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 275-351, y Sánchez González, Dolores del Mar, “Evolución del delito de lesa majestad en la codificación penal de los siglos XIX y XX”, *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte Especial*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 353-391.

<sup>44</sup> Mira Benavent, Javier, *Los límites a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, y más específicamente Bádenas Zamora, Antonio, “Los modelos para la tipificación de los delitos contra el honor en los Códigos penales españoles del siglo XIX”, *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte Especial*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 863-895.

La verdad o falsedad de las imputaciones o afirmaciones no era demasiado importante. De la misma manera que la reforma francesa de 1819 no exigía que tuviera que demostrarse la certeza o falsedad de las imputaciones para considerar el delito de difamación, salvo en el caso de los agentes de la autoridad o funcionarios públicos, en los que además se tenía en cuenta el “interés público”; en el caso español la “*exceptio veritatis*” solo se aplicaba, en su caso, como una atenuante del delito de calumnia, que pasaba a ser castigado como un mero delito de injuria en caso de poder demostrarse por la parte demandada. Con ello se contribuía a la defensa del “discurso oficial” burgués en el caso de las instituciones o autoridades públicas, y una mayor protección del honor o fama de las personas en la esfera del individuo, pero se separaba nítidamente el derecho de libertad de expresión de la búsqueda de la verdad.

La revolución social que, tras largos años de lucha clandestina, finalmente logró introducir cambios de importancia en el sistema político reservado a los burgueses o propietarios, también llegó a España a finales del siglo XIX con la llamada Revolución Gloriosa y la expulsión de Isabel II del país. Las subsiguientes Constituciones de 1869 y 1876 reconocieron finalmente el sufragio universal masculino, otorgando capacidad política a todos los varones mayores de 25 años con independencia de su capacidad económica, y proclamaron el derecho de reunión y asociación, que ampliaba el espectro del derecho individual de expresión y pretendía abrir al pueblo el juego político a través de la opinión pública.

Dejando a un lado las leyes electorales que trataron de dirigir o falsear los resultados de las urnas, especialmente durante el periodo de la Restauración, el reconocimiento constitucional de los derechos de reunión y asociación sirvió de revulsivo para eliminar determinados delitos de asociación ilícita en el Código Penal de 1870, y para impulsar una ley de asociaciones en 1887, al amparo de la cual se constituyeron los principales partidos y sindicatos obreros, que comenzaron a aportar nuevas ideas a la “verdad política”<sup>45</sup>.

El discurso oficial y la opinión pública en general, se ampliaron además en esta época gracias a la prensa, y ello a pesar de leyes como la ley de orden público de 1870, o las leyes de imprenta de 1879 y 1883<sup>46</sup>, que al igual que la ley de asociaciones de 1887 exigían ciertas licencias o autorizaciones previas de las autoridades, y un control posterior de todo lo que se decía o publicaba en las distintas asociaciones políticas o sindicales y en los medios de comunicación.

---

<sup>45</sup> Peces Barba, Gregorio, y otros, *Sobre las libertades políticas en el Estado español (expresión, reunión y asociación)*, Valencia, 1977; Rojas Sánchez, Gonzalo, *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea (1811-1936)*, Pamplona, 1981; Pelayo Olmedo, José D., “El derecho de asociación en la historia constitucional española, con particular referencia a las leyes de 1887 y 1964”, *Historia Constitucional (revista electrónica)* 8 (2007), 95 ss.; y Ramos Vázquez, Isabel, “Los delitos de asociación ilícita, coalición o coligación en Francia y España a lo largo del siglo XIX”, *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte Especial*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 393-439.

<sup>46</sup> Del Valle, José Antonio, “La censura gubernativa de prensa en España (1914-1931)”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* 21, mayo-junio 1981, pp.73-126; Fuentes Aragonés, Juan Francisco y Fernández Sebastián, Javier, *Historia del periodismo español. Prensa, política y opinión pública en la España Contemporánea*. Madrid: Síntesis, 1997; o Seoane, M<sup>a</sup> Cruz, y Sáiz, M<sup>a</sup> Dolores, *Historia del periodismo en España. 3. El siglo XX: 1898-1936*, Madrid: Alianza Editorial, 1996.

Junto al control que ejercían las autoridades (especialmente alcaldes y gobernadores civiles) sobre la opinión pública, los jueces y tribunales seguían ejerciendo su labor de control de la libertad de expresión a través de los distintos tipos delictivos que aún se mantuvieron en el Código penal de 1870, una vez excluidos los delitos de asociación ilícita y los delitos contra la confesionalidad católica debido al reconocimiento constitucional de los derechos de asociación y libertad religiosa, respectivamente. Como límites a la libertad de expresión aún quedaron, sin embargo, los delitos políticos y los delitos contra la fama, el honor o la intimidad de las personas, que los jueces no dudaban en aplicar ampliamente si se atiende a los repertorios de sentencias judiciales de la época.

A pesar de todo ello, puede afirmarse que la democratización y laicización del Estado español que se vivió a finales del siglo XIX, afectó de forma muy positiva al derecho de la libertad de expresión. Los progresistas lo vivieron como un logro sin precedentes, mientras que los más conservadores expresaron claramente su recelo y oposición al respecto en numerosos artículos periodísticos y satíricos. Buena muestra de ello fue el ensayo escrito por el jesuita Venancio M<sup>a</sup> de Minteguiaga, que resumía los principales argumentos de la época en contra de ampliar de los límites de la libertad de expresión, abogando porque volvieran a perseguirse y castigarse las opiniones o expresiones en contra de la religión y el orden social, y especialmente las ideas anarquistas, socialistas, masónicas y ateas<sup>47</sup>.

El Padre de Minteguiaga consideraba que esas ideas contrarias a los principios “sagrados e inviolables” del orden público, y que ponían en peligro la sociedad, debían castigarse penalmente al igual que se castigaba la calumnia o injuria en la esfera individual, a través de una interpretación extensiva de la norma, o bien porque suponían una forma de apología del crimen, punible en el ordenamiento penal español:

“La apología, así del delincuente como del delito, se tiene en la legislación como punible. Es verdad que, demasiado indulgente con ella nuestro Código penal, no la considera en general más que como una simple falta (art. 584, 4º), y eso únicamente cuando se hace la apología por medio de la prensa; mas en cuanto á los delitos cometidos por medio de explosivos, la ha elevado la ley á la categoría de delito, por cualquier medio que se haga la apología”<sup>48</sup>.

Afortunadamente, salvo en el caso de escritos concretos emanados sin licencia de sociedades secretas o asociaciones prohibidas, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo no se decantó por esta interpretación del derecho. El control que se ejerció sobre la libertad de expresión durante la Restauración fue principalmente el control previo de las licencias o permisos que otorgaban las autoridades a los medios de comunicación y a las asociaciones, y los controles administrativos anteriores también a sus publicaciones, resultando en su conjunto muy arbitrario y desigual dependiendo de la persona que lo ejercía<sup>49</sup>. Esta suerte de “censura previa” se fortaleció enormemente durante la Dictadura de Primo de Rivera, en la que se potenciaron las acciones de control de la prensa y de la

---

<sup>47</sup> Minteguiaga, Padre Venancio M<sup>a</sup> de, *La punibilidad de las ideas. ¿Puede haber delito en la emisión de ciertas ideas?*, Madrid: Imprenta de San Francisco de Sales, 1899, pp. 6-7: “No se hacen cargo, los muchos que así discurren, que, lo mismo en el orden moral y social que en el orden especulativo, hay principios indiscutibles que deben mirarse como sagrados é inviolables, á la manera del Arca de la Alianza colocada en el Sancta Sanctorum, porque no se pueden tocar ni dejar de acatarlos, sin que se conmueva todo el edificio de la vida individual y social”.

<sup>48</sup> Minteguiaga, Padre Venancio M<sup>a</sup> de, *La punibilidad de las ideas...*, ob. cit., pp.39-40.

<sup>49</sup> Del Valle, José Antonio, “La censura gubernativa de prensa en España (1914-1931)”, *Revista de Estudios políticos (Nueva Época)* 21, mayo-junio 1981, pp. 73-126.

propaganda política (la llamada “censura roja”) a través de funcionarios adscritos a los distintos Gobiernos Civiles, y al amparo de las aún vigentes ley de policía e imprenta de 1883 y ley de asociaciones de 1887, que no resultaron derogadas<sup>50</sup>.

La misma ley de prensa de 1883 se mantuvo durante la Segunda República, en la que también se suspendieron determinadas publicaciones de carácter monárquico, mientras que se amnistiaba a los presos por delitos relacionados con la censura del periodo anterior. Uno de los grandes retos de la República fue el de defender la libertad de expresión sin conculcar el orden público, y el resultado fue dispar. Al tiempo que se abogaba por acabar con la censura previa en atención al derecho constitucional recogido en el artículo 34 de la Constitución de 1931 (“toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a censura previa”), se promulgaron leyes como la Ley de Defensa de la República de 20 de octubre de 1931, que prohibía las noticias que pudieran quebrantar la paz social o el orden público, o la Ley de Orden Público de 1933, que restableció la censura previa durante el gobierno radical-cedista de derechas<sup>51</sup>.

Como es sabido, el derecho de libertad de expresión quedó suspendido durante la Guerra Civil española tanto en la zona republicana como en la zona nacional, en las que se decretaron sendas normas que restablecían la censura previa a los pocos días de la contienda, y la información o propaganda se utilizó como un arma de guerra más, tratándose controlar especialmente a los corresponsales extranjeros. Esta tendencia al control de las opiniones políticas continuó durante la Dictadura franquista, en la que se mantuvo la rigurosa ley de prensa aprobada por el bando nacional en 1938, que incidía en la censura previa y suponía un control absoluto de todos los medios de comunicación, vinculados primero al Ministerio de Gobernación, y desde su creación en 1951 al Ministerio de Información y Turismo<sup>52</sup>.

Al frente de este Ministerio de Información y Turismo, Manuel Fraga Iribarne inició finalmente el proceso de elaboración de una nueva ley de prensa que fue aprobada en 1966 (la “ley Fraga”). Más aperturista que la anterior, debido a la época de reconocimiento internacional de la Dictadura y asunción por la misma de los derechos aprobados por los organismos internacionales, esta ley flexibilizaba la aplicación de la censura, permitiendo la aparición de nuevas revistas de opinión política. La ampliación de la libertad de expresión, cuyos riesgos fueron muy sopesados por el régimen, se contrarrestaba con importantes sanciones económicas y de inhabilitación para los periodistas y los medios, y con la posibilidad de secuestro de una publicación por parte de las autoridades para denunciarla ante los tribunales en caso de duda sobre la legalidad

---

<sup>50</sup> Fernández Clemente, Eloy, “La dictadura de Primo de Rivera y la prensa”, *Metodología de la historia de la prensa española*, Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1982, pp. 187-232; y Costa Fernández, Luis, “Comunicación y propaganda durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)”, *Historia y comunicación social*, vol.18 nº extra 3 (2013), pp. 385-396.

<sup>51</sup> Checa Godoy, Antonio, “La prensa española durante la II República: una renovación frustrada”, *Del periódico a la sociedad de la información*, vol.1 (2002), pp. 259-276; o Sinova, Justino, *La prensa en la Segunda República española: historia de una libertad frustrada*, Barcelona: Debate, 2006.

<sup>52</sup> Oliver León, Baldomero, “Poder político, prensa y opinión pública en el régimen franquista”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 35 (2001), pp. 329-336.

de sus contenidos, mecanismo que en la práctica fue muy utilizado durante los últimos años de la Dictadura<sup>53</sup>.

## **5. Reflexiones desde la Historia del Derecho: la libertad de expresión frente al fenómeno de la posverdad**

En sus orígenes iusfilosóficos y constitucionales, el derecho de libertad de expresión fue considerado un derecho de primera generación y de evidente carácter político, claramente vinculado al nuevo concepto de soberanía y el derecho de sufragio, y presupuesto necesario para la constitución de los nuevos Estados de Derecho, tanto en su vertiente negativa de control o resistencia al poder, como en su vertiente positiva de búsqueda de la verdad política a través de la instrucción o educación de la opinión pública.

Era un derecho individual y burgués, limitado originariamente a quienes tenían derecho al voto, es decir, los propietarios, que a su vez eran los únicos con control y acceso a la educación y a los medios de comunicación. Otros límites impuestos a este derecho siguiendo los postulados de la filosofía liberal (según la cual los individuos debían asumir las consecuencias de sus palabras), fueron los límites propios del derecho penal, muy diferentes sin embargo en el primigenio modelo estadounidense y en el continental europeo.

En el modelo estadounidense se mantuvieron solo los delitos contra la fama, el honor o intimidad de los particulares, eliminándose de forma muy temprana delitos políticos como el libelo sedicioso, y permitiéndose la crítica a las instituciones o poderes públicos, incluso cuando se trataba del Jefe del Estado; mientras que en el modelo europeo persistieron como límites a este derecho determinados delitos contra el orden o la seguridad pública como el libelo sedicioso, las asociaciones políticas o coligaciones obreras y los panfletos u otros medios de difusión de sus ideas, el llamamiento público al desorden o motín, la difusión de información extranjera, avisos o noticias peligrosos para la seguridad del Estado, el delito agravado de injurias o calumnias contras las autoridades o instituciones públicas, o el delito de injurias al Jefe del Estado.

Ello coadyuvó al mantenimiento del “discurso burgués” o “discurso oficial”, sin importar la búsqueda de la verdad, y que fue muy difícil de desterrar de los ordenamientos jurídicos. La democratización de los sistemas constitucionales que se vivió progresivamente desde finales del siglo XIX y a lo largo del XX, permitiéndose primero el sufragio universal masculino, y mucho más adelante el sufragio universal igual, así como el reconocimiento de nuevos derechos sociales, como el de reunión, asociación, huelga y manifestación, ensancharon el espacio de la libertad de expresión, eliminándose paulatinamente de los Códigos penales los delitos relacionados con la mera expresión de las ideas políticas y manteniendo sólo los límites de los delitos contra el honor, la intimidad o la propia imagen, incluido el delito de injurias al Jefe del Estado, que se derogó en Francia en el 2013 y aún se mantiene en España.

---

<sup>53</sup> Zalbidea Bengoa, Begoña, *Prensa del Movimiento en España: 1936-1989*, Bilbao: Editorial Universidad País Vasco, 1996.

Este proceso histórico también se vivió a distintos ritmos en los países europeos. En la vecina Francia se aceleró desde la proclamación de la Tercera República francesa en 1875. Pero la particular historia española permitió que tanto en el periodo de la Restauración, como en las posteriores etapas de la Dictadura primoriverista, la Segunda República y la Dictadura franquista, se establecieran distintas leyes de policía, orden público, asociaciones o imprenta que introdujeron importantes controles administrativos a la libertad de expresión o de prensa, además de seguir utilizándose ampliamente los límites del derecho penal. Por ello, la mayoría de los autores afirman que nuestro país no ha disfrutado de un verdadero derecho de libertad de expresión hasta la Transición democrática.

En cualquier caso, una vez ensanchados los límites de la libertad de expresión en la esfera pública, eliminando la mayoría de los delitos relacionados con la mera expresión de las ideas políticas, los ordenamientos jurídicos occidentales se han encontrado con un nuevo problema jurídico derivado del desarrollo de las nuevas tecnologías y el reciente modelo de comunicación de masas: el fenómeno de la llamada posverdad, definido como la distorsión deliberada de la realidad a través de medios de difusión masiva, de forma intencionada y sistemática, para influir en la opinión pública y la manipulación de los poderes en los Estados democráticos de derecho<sup>54</sup>.

Este fenómeno viene propiciado por la propia evolución histórico-jurídica del derecho de libertad de expresión, que como hemos visto siempre ha estado y sigue estando dirigido fundamentalmente a la dominación del discurso político, y claramente intervenido por los recursos o capacidad económica de los grupos de presión o “lobbies”, ahora mucho más amplios o de carácter internacional, opacos por el uso de canales digitales, y relacionados directamente con el control de los medios de difusión de masas<sup>55</sup>.

Lejos de la utopía ilustrada de la búsqueda de la “verdad política” a través de la instrucción o educación del pueblo, este derecho se ha convertido para algunos en una herramienta que les permite el acceso o manipulación de los poderes democráticos a través de discursos o ideologías políticas en los que nada tiene que ver la verdad, sino la capacidad de difusión, propaganda y persuasión a través de los medios, permitiéndose jurídicamente la difusión de bulos o “fake news” para modular la posverdad. Ante este fenómeno, los límites que históricamente ha utilizado el derecho para controlar el uso de la libertad de expresión no sirven o son claramente insuficientes.

Es cierto que, más allá del código ético de los periodistas, algunas leyes, incluida nuestra actual Constitución de 1978, han comenzado a delimitar o distinguir los espacios de la libertad de expresión y la libertad de prensa en orden a exigir la necesidad de veracidad en esta última. El artículo 20 de nuestra Constitución diferencia la libertad de expresión, que comprende la “*libre difusión de ideas, pensamientos y opiniones*”, de la libertad de prensa, que se describe como la libertad para “*comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”. Pero la propia jurisprudencia y la doctrina mayoritaria reconocen las dificultades de separar ambas vertientes del derecho y garantizar la veracidad de la comunicación informativa, porque la transmisión de

---

<sup>54</sup> Nicolás Marín, Juan Antonio, “Posverdad: cartografía de un fenómeno complejo”, *Diálogo filosófico* 105 (2019), pp. 302-340.

<sup>55</sup> Saavedra López, Modesto, *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad*, Barcelona: Ariel, 1987, p. 81.

cualquier noticia o idea siempre comprende algún elemento valorativo de carácter subjetivo, y no puede ceñirse exclusivamente a la manifestación objetiva de hechos<sup>56</sup>.

De otra parte, el principal recurso jurídico que históricamente se ha mantenido en los ordenamientos jurídicos occidentales frente a los abusos de la libertad de expresión, el de los delitos contra el honor, la intimidad o la propia imagen, solo puede ejercerse individualmente cuando existe una ofensa a una persona o institución concreta, y además está condicionado o limitado dependiendo de si se trata de una persona pública, con respecto a la cual prevalece un mayor derecho a la información, una persona de notoriedad o interés público, cuyas garantías también son inferiores, una persona privada, o un menor de edad especialmente protegido.

Otro problema del ejercicio de estas acciones ante el fenómeno de la posverdad, es el de la determinación del sujeto activo contra el que interponer la denuncia. La opacidad de las redes o nuevos medios de comunicación de masas, y su carácter internacional, hacen en ocasiones muy difícil o imposible determinar el responsable o responsables del delito, y ello disuade al ofendido de iniciar las acciones legales, aumentando el margen de impunidad de los bulos o falsedades sobre las que se construye la posverdad.

Finalmente, cabe decir que el derecho también ha reaccionado desde la segunda mitad del siglo XX, y especialmente desde la proliferación del terrorismo a nivel global a principios del siglo XXI, recurriendo al fortalecimiento de lo que comenzó siendo una mera falta en nuestro ordenamiento jurídico penal decimonónico: la apología del crimen. A través de un creciente número de leyes internacionales y nacionales, los ordenamientos jurídicos occidentales en general, y el español en particular, han comenzado a introducir en sus leyes nuevos delitos de apología del crimen, como el delito de propaganda o enaltecimiento del terrorismo, y figuras afines como la apología o enaltecimiento del odio, la discriminación, la violencia o el genocidio<sup>57</sup>.

Estos delitos que vienen a poner nuevos límites a la libertad de expresión, y que en ocasiones están muy relacionados con el fenómeno de la posverdad, son, sin embargo, muy discutidos por una parte de la doctrina jurídica, basándose en el principio de que la mera expresión del pensamiento o las ideas no puede castigarse y debe exigirse el comienzo de acciones concretas para considerar un ilícito. Probablemente, la inclusión entre estos tipos de un gran elenco de conductas sin una delimitación o conceptualización precisa, y la falta de proporcionalidad en el castigo, que ha permitido llevar a prisión recientemente en nuestro país a músicos, raperos, humoristas o tuiteros por la expresión de determinadas opiniones, ha contribuido a alimentar esta corriente jurídica que exige la derogación de estos delitos de la palabra, entre los que se cuenta también el todavía vigente delito de injurias a la Corona en España, argumentando que son contrarios a la libertad de expresión.

---

<sup>56</sup> Solózabal Echavarría, Juna José, “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 23, mayo-agosto 1988, pp. 139-156, o Santaolalla López, Fernando, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión”, *Revista de Administración Pública*, núm. 128, año 1992, pp. 185-224.

<sup>57</sup> Silva Sánchez, Jesús M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

Es por ello muy necesario que el derecho avance en esta dirección, definiendo mejor las distintas conductas punibles en atención a su lesividad, e incorporando entre ellas claramente el fenómeno de la posverdad. La simple expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas, o la mera crítica o sátira de las instituciones, deberían quedar fuera del ámbito de aplicación de estos delitos, aun cuando se haga a través de medios de difusión masiva, porque prevalece el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, sería necesario tipificar o conceptualizar mejor los delitos que sí suponen un claro abuso del derecho de libertad de expresión porque lesionan otros derechos, es decir los delitos de injuria, calumnia y apología, propaganda o enaltecimiento del crimen, el terrorismo, el odio, la discriminación, la violencia o el genocidio, cuando se utilizan para cometerlos los medios de comunicación de masas y se pretende influir en la opinión pública.

Como se ha analizado en la reciente obra coordinada por Nicomedes Gutiérrez sobre el análisis jurídico de las “fake news” en los tipos penales, esta cuestión no es sencilla<sup>58</sup>. Para señalar la punibilidad de este tipo de conductas sin conculcar el derecho de libertad de expresión, habría que constatar, en primer lugar, que el sujeto activo que elaboró la idea o la información lesiva fue el mismo que la difundió a través de los medios de comunicación de masas, distinguiendo además si se trata de un particular o un grupo de presión, a nivel nacional o internacional. En segundo lugar, habría que demostrar el ánimo doloso o premeditado, que conlleva conocimiento e intencionalidad de la acción. Y, en tercer lugar, habría que tener en cuenta el daño o lesividad real del bien jurídico protegido. No basta con invocar un daño genérico, vago o fantasmal contra el orden constitucional, los valores democráticos o la paz social, sino que las conductas penadas deberían ser funcionalmente capaces de generar un riesgo concreto.

En definitiva, desde la perspectiva histórico-jurídica, el derecho individual a la libertad de expresión, tal y como se construyó a lo largo de los siglos XIX y XX, se encuentra en la actualidad con un cambio de paradigma ante el fenómeno colectivo de la posverdad para el que no estaba preparado. Los límites jurídicos que históricamente se habían venido utilizando para impedir los abusos de este derecho, de carácter individual y ámbito nacional, son claramente insuficientes. Por ello, siendo el derecho un producto humano, de naturaleza esencialmente mutable, y al servicio de la sociedad, el legislador no debe dudar en adaptarse a este nuevo reto propiciado por el desarrollo de las nuevas tecnologías y los medios de comunicación de masas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, ya que son esenciales acuerdos internacionales que logren solventar los resquicios legales de los que se valen estas acciones.

Ahora bien, en este propósito colectivo, el legislador no puede olvidar los principios o valores fundamentales consensuados en los ordenamientos jurídicos occidentales como garantes del orden constitucional. Es necesario definir mucho mejor las conductas ilícitas y respetar los principios de presunción de inocencia, intencionalidad o dolo, lesividad, punibilidad y proporcionalidad en el delito también dentro del ámbito de la posverdad. Lo contrario supondría, en palabras del profesor Masferrer, “hacer uso de una doble vara de medir a la hora de enjuiciar, o incluso legislar, sobre el alcance y los

---

<sup>58</sup> Rodríguez Gutiérrez, Nicomedes (coord.), *Análisis jurídico de las fake news en los tipos penales*, Madrid: Sepín, 2020.

límites del ejercicio de las libertades de expresión y de información”, y sería “muestra inequívoca de una democracia quebradiza y enferma”<sup>59</sup>.

## Referencias bibliográficas

- Álvarez García, Héctor, *Los precursores de la libertad de expresión en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Madrid: Universidad Carlos III-BOE, 1994.
- Antón Oneca, José, “El Código penal de 1870”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 23, fasc.2, 1970.
- Arias Castaño, Abel, “La *Sedition Act* de 1798 y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión”, *Historia Constitucional* 10 (2009), pp. 297-321.
- Bádenas Zamora, Antonio, “Los modelos para la tipificación de los delitos contra el honor en los Códigos penales españoles del siglo XIX”, *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte Especial*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 863-895.
- Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, 2005.
- Bel Mallen, Juan I., “La libertad de expresión en los textos constitucionales españoles”, *Documentación de las Ciencias de la Información* 13 (1990), pp. 23-52.
- Bermejo Castrillo, Manuel A., “Delitos contra la seguridad exterior del Estado”, *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte Especial*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 275-351.
- Bernabé, Boris, “Quelle(s) liberté(s) d’expression avant 1881?”, *Revue du droit public et de la science politique en France et a l’etranger*, nº 3 (2012), pp.742-765.
- Blackstone, William Sir., *Commentaries on the Laws of England*, London, 1765, reprint. London, 1966, book IV.
- Carbasse, J.M., “État autoritaire et justice répressive. L’évolution de la législation pénale de 1789 au Code pénal de 1810”, *All’ombra dell’aquila imperiale. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori sabaudi in età napoleonica*, Rome, 1994, pp. 313-333.
- Castillon, Frédéric de, Bechker, Rudolf Zacharias, y Condorcet, Jean Antoine Nicolas de Caritat, Marquis de, *¿Es conveniente engañar el pueblo? Política y filosofía en la Ilustración: El concurso de 1778 de la Real Academia de Ciencias de Berlín*, traducción de Javier de Lucas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Checa Godoy, Antonio, “La prensa española durante la II República: una renovación frustrada”, *Del periódico a la sociedad de la información*, vol.1 (2002), pp.259-276.
- Colclough, David, *Freedom of Speech in Early Stuart England*, Cambridge University Press, 2005.
- Constant, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos, Conferencia pronunciada en el Ateneo de París, 1819”, *Escritos políticos*, traducc. de María Luisa Sánchez Mejía, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.
- Constant, Benjamin, “De la libertad de folletos, panfletos y periódicos considerada en relación con el interés del gobierno”, *Escritos políticos*, traducc. de M<sup>a</sup> Luisa Sánchez Mejía, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.
- Costa Fernández, Luis, “Comunicación y propaganda durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)”, *Historia y comunicación social*, vol.18 nº extra 3 (2013), pp.385-396.
- Cruz Mina, María, “La “inopinable” opinión pública de los doctrinarios”, *Historia Contemporánea* 27 (2003), pp.695-717.

---

<sup>59</sup> Masferrer, Aniceto, “Una lección histórica de la libertad de expresión”, diario *El Mundo*, 3 de marzo de 2021 (de acceso abierto en *Diario del Derecho*, 03/03/2021, [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1208667](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1208667)).

- Del Valle, José Antonio, “La censura gubernativa de prensa en España (1914-1931)”, *Revista de Estudios políticos (Nueva Época)* 21, mayo-junio 1981, pp.73-126.
- Díez del Corral, Luis, *El liberalismo doctrinario*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1973.
- Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain*, Chatto&Winus, Londres, 1990.
- Fernández Clemente, Eloy, “La dictadura de Primo de Rivera y la prensa”, *Metodología de la historia de la prensa española*, Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1982, pp. 187-232.
- Fernández Sarasola, Ignacio, “Opinión pública y “libertades de expresión” en el constitucionalismo español (1726-1845)”, *Historia constitucional* 7 (2006), pp. 159-186.
- Fernández Sarasola, Ignacio, “La opinión pública: de la Ilustración a las Cortes de Cádiz”, *Ayer* 80 (2010), pp. 53-81.
- Fernández Segado, Francisco, *La libertad de imprenta en Cádiz: historia y Derecho (1808-1812)*, Madrid: Dykinson, 2016.
- Fiestas Loza, Alicia “La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 59 (1989), pp. 351-490.
- Fontana, Biancamaria, *Benjamin Constant and the Post-Revolutionary Mind*, New Haven-London: Yale U.P., 1991.
- Fontana, Biancamaria, “Publicity and the Res publica: the concept of public opinion in Benjamin Constant’s writings”, *Annales Benjamin Constant* 12, 1991, pp. 53-63.
- Freixes Montes, Jordi, “La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: ¿Un modelo para Europa?”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 10 (sept-dic 1996), pp. 269-296.
- Fuentes Aragonés, Juan Francisco y Fernández Sebastián, Javier, *Historia del periodismo español. Prensa, política y opinión pública en la España Contemporánea*, Madrid: Síntesis, 1997.
- Gracián, Baltasar, *El Político* (1640), en *Obras de Baltasar Gracián*, Amberes, Casa de Geronymo y Iuanbau, Verdussen, 1669, tomo I.
- Grau, Luis, *El constitucionalismo americano*, Universidad Carlos III, Madrid: Dykinson, 2011.
- Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, 17º edic., traducc. de Antonio Dómenech, México: Gustavo Gili, 2009.
- Jiménez Díaz, José Francisco, “El liberalismo doctrinario: François Guizot, Pierre P. Royer-Collard, Benjamin Constant”, *Introducción a la historia de las ideas políticas contemporáneas*, Madrid, 2008, pp.59-80.
- Kaufmann, Laurence, “Entre fiction et réalité. L’opinion publique dans la France du XVIIIe siècle”, *L’avènement de l’opinion publique. Europe et Amérique XVIIIe-XIXe siècles*, Paris: L’Harmattan, 2004, pp. 91-107.
- Kersch, Kenneth, *Freedom of Speech: Rights and liberties under the law*, Santa Barbara: ABC-Clio, 2003.
- Krotoszynski, Jr. Ronald, *The First Amendment in Cross-cultural Perspective*, New York University Press, 2006.
- Larriba, Elisabel, y Durán, Fernando (coords.), *El nacimiento de la libertad de imprenta: Antecedentes, promulgación y consecuencias del Decreto de 10 de noviembre de 1810*, Sílex Universidad, 2012.
- Maquiavelo, Nicolás, *El príncipe* (Roma, 1513), traducido al español por José Sánchez Rojas, Madrid: Calpe, 1924.
- Martínez Pérez, Fernando, “Juntas de censura y jurado: la aplicación peninsular de la normativa de libertad política de imprenta (1810-1823)”, *El nacimiento de la libertad de imprenta: Antecedentes, promulgación y consecuencias del Decreto de 10 de noviembre de 1810*, Madrid, 2012, pp. 325-344.
- Masferrer, Aniceto, “Una lección histórica de la libertad de expresión”, diario *El Mundo*, 3 de marzo de 2021 (de acceso abierto en el *Diario del Derecho*, Iustel, 03/03/2021, [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1208667](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1208667)).
- Mathieu, Bertrand, “La liberté d’expression en France: de la protection constitutionnelle aux menaces législatives”, *Revue du droit public et de la science politique en France et a l’etranger* 1 (2007), pp. 231-260.

- Mayton, William T., "Seditious Libel and the Lost Guarantee of a Freedom of Expression", *Columbia Law Review* 84 (1984), pp. 91-142
- Milton, John, *Areopagitica* (1644), introducción y notas de John W. Hales, Oxford University Press, 1961.
- Minteguiga, Padre Venancio M<sup>a</sup> de, *La punibilidad de las ideas. ¿Puede haber delito en la emisión de ciertas ideas?*, Madrid, Imprenta de San Francisco de Sales, 1899.
- Mira Benavent, Javier, *Los límites a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- Morange, Jean, *La liberté d'expression*, Bruxelles: Bruylant, 2009.
- Morange, Jean, "Histoire et liberté d'expression", *Les Cahiers de droit*, vol. 53, n° 4 (2012), pp.715-737.
- Nicolás Marín, Juan Antonio, "Posverdad: cartografía de un fenómeno complejo", *Diálogo filosófico* 105 (2019), pp. 302-340.
- Oliver León, Baldomero, "Poder político, prensa y opinión pública en el régimen franquista", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 35 (2001), pp.329-336.
- Peacey, John, "Print and Public Politics in Seventeenth-Century England", *History Compass* 5-1 (2007), pp.85-111.
- Peces Barba, Gregorio, y otros, *Sobre las libertades políticas en el Estado español (expresión, reunión y asociación)*, Valencia, 1977.
- Pelayo Olmedo, José D., "El derecho de asociación en la historia constitucional española, con particular referencia a las leyes de 1887 y 1964", *Historia Constitucional (revista electrónica)* 8 (2007), 95 ss.
- Ramos Vázquez, Isabel, "Los delitos de asociación ilícita, coalición o coligación en Francia y España a lo largo del siglo XIX", *Tradicción e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte Especial*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 393-439.
- Redondo Andrés, M<sup>a</sup> José y Escrivá Salvador, Vicente, "La contribución de la tradición y de las influencias extranjeras en la configuración legal de los delitos contra la religión: especial referencia a los códigos penales decimonónicos", *Tradicción e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte Especial*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 217-274.
- Rodríguez Gutiérrez, Nicomedes (coord.), *Análisis jurídico de las fake news en los tipos penales*, Madrid: Sepín, 2020.
- Rojas Sánchez, Gonzalo, *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea (1811-1936)*, Pamplona, 1981.
- Saavedra López, Modesto, *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad*, Barcelona: Ariel, 1987.
- Saldaña, M<sup>a</sup> Nieves, "La gestación de la Primera Enmienda: "founding period" y "original meaning", *Historia Constitucional* 7 (2006), pp. 257-289.
- Saldaña Díaz, M<sup>a</sup> Nieves, "Libertad de prensa y energía política en la Areopagítica de John Milton", *Revista internacional de pensamiento político* 3 (2008), pp. 213-238.
- Sánchez González, Dolores del Mar, "Evolución del delito de lesa majestad en la codificación penal de los siglos XIX y XX", *Tradicción e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte Especial*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 353-391.
- Sánchez Mejía, M<sup>a</sup> Luisa, *Benjamin Constant y la construcción del liberalismo posrevolucionario*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1990.
- Sánchez Mejía, M<sup>a</sup> Luisa, "La libertad y la garantía: Derechos individuales y libertad política en la obra de Benjamin Constant", *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos* 1-2 (1993-1994), pp. 337-354.
- Santaolalla López, Fernando, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión", *Revista de Administración Pública*, núm. 128, año 1992, pp. 185-224.
- Seoane, M<sup>a</sup> Cruz, y Sáiz, M<sup>a</sup> Dolores, *Historia del periodismo en España. 3. El Siglo XX: 1898-1936*, Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- Schwoerer, Lois, *The declaration of Rights 1689*, Baltimore-London: John Hopking University Press, 1981.

- Silva Sánchez, Jesús M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.
- Sinova, Justino, *La prensa en la Segunda República española: historia de una libertad frustrada*, Barcelona: Debate, 2006.
- Solózabal Echavarría, Juna José, “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 23, mayo-agosto 1988, pp. 139-156.
- Voltaire, “Sobre la libertad de imprimir”, *Opúsculos satíricos y filosóficos*, traducc. de Carlos Dampierre, Madrid: Alfaguara, 1978.
- Walton, Charles, *Liberté d’expression en Revolution. Les moeurs, l’honneur, la calomnie*, traduc. Jacqueline Odin, Presses Universitaires de Rennes, 2014.
- Zalbidea Bengoa, Begoña, *Prensa del Movimiento en España: 1936-1989*, Bilbao: Editorial Universidad País Vasco, 1996.