

TEDH - SENTENCIA DE 15.03.2011, *OTEGI MONDRAGÓN*
C. ESPAÑA, 2034/07 - «ARTICULO 10 DEL CEDH-
LIBERTAD DE EXPRESIÓN – LÍMITES - DELITO DE
INJURIAS CONTRA EL JEFE DEL ESTADO -
EXHORTACIÓN A LA VIOLENCIA Y DISCURSO DE ODIOS»

LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
EN EL DEBATE POLÍTICO

MERCEDES SOTO GARCÍA*

- I. LOS HECHOS.
- II. EL PROCESO ANTE LAS JURISDICCIONES NACIONALES.
- III. LA DECISIÓN DEL TEDH.
- IV. VALORACIÓN CRÍTICA.

El día 15 de marzo de 2011, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH, el Tribunal o la Corte) dictó sentencia en la que condenaba al Reino de España, por violación del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)¹, a abonar

* Profesora Colaboradora de Derecho Constitucional, Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas, Universidad de Cádiz, España. Trabajo elaborado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”, CSD2008-00007.

¹ Artículo 10 que dispone: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin considera-

una indemnización de veinte mil euros más otros tres mil euros, en concepto de gastos, a Arnaldo Otegi². El fallo condenatorio despertó reacciones dispares y provocó cierto estupor por las manifiestas conexiones entre el beneficiario y el mundo del terrorismo³, a pesar de que la decisión de la Corte europea aplicó a los hechos una jurisprudencia consolidada, formada en numerosas sentencias en torno a la libertad de expresión, a la extensión de sus límites y a la incompatibilidad con el Convenio de la sobreprotección de las autoridades y cargos políticos, especialmente mediante normas penales, incluso cuando sus funciones sean meramente simbólicas. Ahora bien, si es cierto que esta jurisprudencia ha emanado un conjunto de principios generales, no lo es menos que está impregnada de un

ción de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

² Sentencia dictada por la Sección 3ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Otegi Mondragón c. España* (demanda nº 2034/07). La sentencia devino firme el 15 de septiembre de 2011, tras el rechazo de la Gran Sala de la petición de revisión presentada por el Gobierno español, *cfr.* Communiqué de Presse du Greffier de la Cour CEDH 186 (2011) de 12.10.2011, p. 3.

³ Apenas un mes después de los hechos objeto de autos, la Sala Especial del Tribunal Supremo ilegalizó Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, los partidos que integraban el grupo parlamentario Sozialist Abertzaleak del que era portavoz Arnaldo Otegi, por vinculación con la banda terrorista ETA (*vid.* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 27 de marzo de 2003; Sentencias del Tribunal Constitucional 5 y 6/2004, de 16 de enero y Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2009, *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, nºs 25803/04 et 25817/04, TEDH 2009). Juzgado en varias ocasiones por delitos relacionados con el terrorismo, Arnaldo Otegi fue condenado en 2006, por enaltecimiento del terrorismo, y en 2011, por integración en la organización terrorista ETA, en sendas sentencias de la Audiencia Nacional (Sentencia de 27 de abril de 2006, confirmada por el Tribunal Supremo el 8 de junio de 2007, y Sentencia de 16 de septiembre de 2006, parcialmente modificada por el Tribunal Supremo, el 7 de mayo de 2012, que rebajó la pena al subsumir la actividad del acusado no en el tipo delictivo de dirección de banda terrorista, sino en el de integración en la misma, actualmente pendiente de recurso ante el Tribunal Constitucional). En 1989, una Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero, lo había condenado por un delito de detención ilegal, habiéndose producido el licenciamiento definitivo de la pena el 4 de mayo de 1993.

casuismo en el que los elementos circunstanciales contribuyen a inclinar la decisión en un sentido o en otro, de modo que la interpretación de estos elementos se convierte en clave para la resolución del asunto y puede diferir con respecto a la que hayan realizado las autoridades nacionales, como veremos a lo largo de nuestro comentario⁴.

Comenzaremos por la narración de los hechos que están en el origen al asunto.

I. LOS HECHOS

El 31 de octubre de 2005, el Sr. Otegi fue condenado por el Tribunal Supremo español (en adelante, TS) a un año de prisión por un delito de injurias graves al Rey, previsto en el artículo 490.3 del Código Penal. El Tribunal Constitucional español, ante el que el Sr. Otegi presentó recurso de amparo, lo declaró inadmisibile *in limine litis*. El Sr. Otegi recurrió entonces al TEDH en demanda contra el Reino de España, por violación de su derecho a la libertad de expresión con arreglo al artículo 10 del CEDH.

Los hechos de los que deriva la demanda tuvieron lugar en el año 2003. El 21 de febrero de 2003, por orden del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional, se produjo el registro y cierre de los locales del diario *Euskaldunon Egunkaria*, por sus presuntos vínculos con ETA, y fueron detenidas diez personas, entre ellas los principales responsables del diario (miembros del consejo de administración y el redactor jefe) quienes, tras cinco días de detención incomunicada, se quejaron de haber sufrido malos tratos durante la detención.

Unos días después de estas detenciones, el 26 de febrero de 2003, el Rey de España fue recibido por el Presidente de la Comunidad Autónoma del País Vasco para inaugurar una central eléctrica en la provincia de Vizcaya. Ese mismo día, en una conferencia de prensa celebrada en San Sebastián, el demandante Sr. Otegi, como portavoz del grupo parlamentario *Sozialist Abertzaleak*, en respuesta a una pregunta de un periodista, afirmó, refiriéndose a la visita del Rey al País Vasco, que “esto [era] patéti-

⁴ Entre las sentencias del TEDH relativas a la libertad de expresión, destacan *Handyside v. the United Kingdom*, 7 de diciembre de 1976, serie A nº 24; *Lingens c. Austria*, 8 de julio de 1986, serie A nº 103; *Sürek c. Turquía (n 1)* [GC], nº 26682/95, TEDH 1999-IV; *Mamère c. Francia*, nº 12697/03, TEDH 2006-XIII; *Women on Waves y otros c. Portugal*, nº 31276/05, 3 de febrero de 2009; *Colombani and Others v. France*, nº 51279/99, TEDH 2002-V; *Pakdemirli c. Turquía*, nº 35839/97, 22 de febrero de 2005.

co” y que “era una verdadera vergüenza política” que el Presidente del Gobierno vasco inaugurase el proyecto (...) con Juan Carlos de Borbón, indicando que “esta imagen vale mil palabras”. Añadió que inaugurar un proyecto con el rey de los españoles que era el jefe supremo último de la Guardia Civil y el jefe supremo de las Fuerzas Armadas españolas, era absolutamente lamentable. En relación con lo que había ocurrido durante la operación policial contra el diario *Egunkaria*, manifestó lo siguiente: «¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en Bilbao con el Rey de España, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?».

La Fiscalía presentó, el 7 de abril de 2003, una querrela criminal contra el Sr. Otegi por las declaraciones realizadas en la citada rueda de prensa, por injurias graves contra el Rey en el sentido del artículo 490.3 del Código Penal, en relación con el art. 208 del mismo texto legal⁵.

II. EL PROCESO ANTE LAS JURISDICCIONES NACIONALES.

En el proceso seguido ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en adelante, TSJPV), competente para conocer de la querrela presentada por la Fiscalía, dada la condición de parlamentario autonómico del Sr. Otegi, éste resultó absuelto del delito que se le imputaba. El acusado alegó ante el Tribunal que sus manifestaciones, en tanto que crítica política, se dirigían contra el jefe del gobierno vasco y que no había ninguna intención de atentar a la dignidad y el honor en el hecho de decir que el Rey de España era el

⁵ El artículo 490. 3 del Código Penal dispone: “El que calumniare o injuriare al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son”.

El artículo 208 del Código Penal preceptúa: “Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves. Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.” Y el artículo 209 del Código Penal establece: “Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses”.

jefe supremo de la Guardia Civil, sino sólo una constatación de la realidad política del Estado español. Para el acusado, tampoco implicaba injuria o atentado al honor decir que la Guardia Civil había torturado a los detenidos en relación con el cierre del diario *Euskaldunon Egunkaria* porque esa era la realidad y al respecto se habían iniciado diligencias ante el Juez de Instrucción Núm. 5 de Madrid. Concluía que, para él, como responsable político, se trataba de una crítica política en el marco de la libertad de expresión, fundamento del Estado de Derecho y de la democracia, recordando que un responsable político dispone de un margen de maniobra más amplio cuando se trata de informar a la sociedad sobre cuestiones de interés público. El TSJPV, en sentencia de 18 de marzo de 2005, tras haber declarado que las manifestaciones del Sr. Otegi “eran claramente ofensivas, impropias, injustas, ignominiosas y ajenas a la realidad”, lo absolvió⁶.

El Ministerio Fiscal presentó recurso de casación ante el TS contra la sentencia del TSJPV, a resultas del cual, el TS casó la sentencia mediante una de 31 de octubre de 2005 y condenó al demandante a un año de prisión y a pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena y al pago de las costas y gastos, como autor responsable de un delito de injurias graves al Rey. En su sentencia, el TS estimó que las expresiones litigiosas constituían juicios de valor y no afirmaciones de hecho. Añadió que, calificadas de ignominiosas por el tribunal *a quo*, expresaban un desprecio del Rey y de la institución que representa y afectaban al núcleo de su dignidad al atribuirle una manifestación delictiva de las más graves en un Estado de Derecho⁷.

⁶ Por estimar que “...no se trata de una cuestión que afecta a la vida privada del jefe del Estado sino del rechazo del lazo de poder político fundado sobre el carácter hereditario de la institución que él simboliza personalmente (...) [C]riticar una institución constitucional no está excluido del derecho a la libertad de expresión y en este caso, este derecho reviste, frente al derecho al honor, el carácter de un derecho constitucional que prima en la materia. La Constitución no garantiza el derecho a la libertad de expresión únicamente para ciertos puntos de vista considerados como correctos, sino para todas las ideas, en los límites fijados por ella misma”, Sentencia del TSJPV de 18 de marzo de 2005, Fundamento de Derecho segundo. En el mismo Fundamento, el TSJPV se cuestiona si las expresiones del acusado podían considerarse atentatorias contra el núcleo intangible de la dignidad humana lo que acaba excluyendo porque las declaraciones se producen en un ámbito de debate público —político e institucional— tanto por la condición del sujeto, como de la autoridad a la que se dirige, como del marco en que se producen, esto es, la crítica al Lehendakari por su recibimiento al Rey de España.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 1284/2005, de 31 de octubre. Un voto particular del Magistrado P. Andrés Ibáñez solicita la confirmación de la sentencia absoluta por entender que la acusación “recae sobre una manifestación de naturaleza y alcance exclusivamente po-

El Sr. Otegi recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), recurso que fue declarado inadmisibile *in limine litis*, por falta de contenido constitucional de la demanda. Las alegaciones del Sr. Otegi señalaban como derechos vulnerados por la decisión del TS el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad ideológica, reconocidos respectivamente en los artículos 24. 1 y 2, 20.1 y 16 de la Constitución de 1978. En opinión del TC, por su posición de neutralidad respecto de la contienda política, el Rey es acreedor de un respeto institucional cualitativamente distinto al de las demás instituciones del Estado y, aunque ello no le hace inmune a la crítica en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, dicha crítica “no puede implicar la imputación de actuaciones efectivas del poder público como pretexto para menoscabar gratuitamente su dignidad o su estima pública”⁸. Por ello, el TC avaló la ponderación que el TS había llevado a cabo entre la libertad de expresión y el derecho al honor y desestimó el amparo solicitado⁹.

Contra esta sentencia se alza el recurso del Sr. Otegi en la instancia europea.

III. LA DECISIÓN DEL TEDH

Ante el TEDH, el Sr. Otegi alegó en su demanda la violación del artículo 10 del CEDH, es decir, del derecho a la libertad de expresión, e igualmente del artículo 14 del CEDH, combinado con el artículo 10, es decir,

líticos”. En su opinión, la declaración se refiere al papel institucional del rey como Jefe del Estado “lo que le depararía una implicación objetiva en acciones de esa clase —se afirma que— perpetradas en alguno de sus aparatos”. Debió por ello primar la libertad de expresión, atendiendo igualmente a que el uso de la libertad de expresión se amplía sensiblemente cuando versa sobre instituciones y que, “tratándose de manifestaciones animadas de una exclusiva intencionalidad política, la Constitución abre el más amplio espacio a la discrepancia; hasta el punto de admitir exteriorizaciones torpes de desafecto a las instituciones, si se limitan al plano verbal”.

⁸ A esto se añade que las afirmaciones del recurrente, “superan de manera patente, por su notorio carácter infamante, el nivel de lo lícito, pues, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo aquí impugnada, expresan un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna su persona afectando al núcleo último de su dignidad, por lo que manifiestamente no pueden considerarse amparadas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.

⁹ Auto nº 213/2006 de 3 de julio, del Tribunal Constitucional (RTC 2006/213).

del derecho a la igualdad en relación con el derecho a la libertad de expresión¹⁰.

Como es habitual en sus sentencias, el TEDH comienza por establecer el derecho aplicable, apartado en el que es de destacar la mención a dos textos del Consejo de Europa en los que basará parcialmente su fallo. Se trata de la Declaración sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación, adoptada por el Comité de Ministros el 12 de febrero de 2004 y la Resolución nº 1577 (2007) de la Asamblea parlamentaria “Hacia una despenalización de la difamación”, ambos documentos, posteriores a la ocurrencia de los hechos, si bien, sus principios inspiradores estaban ya presentes en anteriores sentencias de la Corte¹¹.

Siguiendo el mismo orden de la queja, la sentencia del TEDH examina en primer término la alegación relativa al artículo 10 cuya estimación determina que no ha lugar a examinar separadamente la queja formulada al amparo del artículo 14 en relación con el artículo 10, aunque la Corte considera ésta última igualmente admisible¹².

Coinciden las partes en que la condena del demandante constituye una “injerencia de las autoridades públicas” en su derecho a la libertad de ex-

¹⁰ De ese modo, redujo su pretensión con respecto a la presentada ante el Tribunal Constitucional español, y renunció a las posibles violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho a la libertad ideológica, también protegidos por el CEDH.

¹¹ Así, por ejemplo, los apartados VI y VIII de la Declaración del Consejo de Ministros sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación, se refieren a la equiparación de las personalidades políticas a los particulares en lo que hace a la protección jurídica de su reputación y de otros derechos, principio ya establecido en la Sentencia *Colombani* que declaró que no era conforme con el espíritu del CEDH una mayor protección en materia de ofensas, en el caso concreto, de un jefe de Estado extranjero, *vid. Colombani and Others v. France*, precitada, § 69. Otro tanto ocurre con la Resolución nº 1577 (2007) de la Asamblea parlamentaria “Hacia una despenalización de la difamación”, sometida a debate el 4 de octubre de 2007, que exhorta a los Estados, entre otras acciones, a abrogar las penas de prisión por difamación y a suprimir de su legislación sobre difamación toda protección reforzada de las personalidades públicas (apartado 17.1 y 6). SÁNCHEZ DE DIEGO destaca que aunque el TEDH se refiere al “discurso del odio”, no cita la Recomendación nº R(97) 20 sobre el «discurso de odio», como tampoco alude a ninguno de los documentos del Consejo de Europa sobre el terrorismo, *vid. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M.*, “Las injurias al Rey a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Sentencia del TEDH. Otegi Mondragón contra España (Requête nº 2034/07), de 15 de marzo 2011”, *Revista General de Derecho Europeo*, 24 (2011), p. 5.

¹² *Vid.* § 63 a 65 de la Sentencia comentada.

presión, en los términos del artículo 10 del CEDH, extremo que conduce al Tribunal a indagar si se cumple cada uno de los requisitos exigidos por el párrafo segundo del citado artículo 10 pues, caso contrario, dicha injerencia contravendría a la Convención. Conforme al reiterado artículo 10. 2 del CEDH la injerencia, para ser reputada legítima, debe reunir ciertos requisitos, a saber, ha de estar “prevista por la ley”, inspirada por uno o varios fines legítimos conforme a dicho artículo y ha de ser “necesaria, en una sociedad democrática”¹³.

La concurrencia de los dos primeros imperativos es resuelta de modo breve y conciso por el Tribunal que constata, en primer término, que la condena al demandante tiene como base legal el artículo 490.3 del Código Penal que castiga la injuria al Rey y concluye por ello que la injerencia litigiosa está “prevista por la ley”¹⁴. Aun con mayor brevedad, determina la Corte que la injerencia está “inspirada por uno o varios fines legítimos”, limitándose a consignar que se dirige a conseguir uno de los fines enumerados en el artículo 10.2, a saber, la “protección de la reputación o de los derechos ajenos”, en este caso, del Rey de España¹⁵.

Esta parquedad contrasta con el dilatado análisis realizado del último de los requisitos, la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática. Sus argumentos constituyen la mayor parte del contenido de la sentencia y son la pieza clave para el resultado condenatorio final. En este amplio apartado, el examen del TEDH parte de los principios establecidos en su propia jurisprudencia en torno a la interpretación y aplicación del artículo 10, y sobre su posición con respecto a las decisiones de las jurisdicciones nacionales, reiterando abundante contenido de resoluciones previas.

¹³ *Vid.* § 44 de la Sentencia comentada.

¹⁴ *Vid.* § 47 de la Sentencia comentada. En este punto, el TEDH pospone el análisis de la alegación del recurrente según la cual la disposición del Código Penal habría sido aplicada por las jurisdicciones internas con el fin de defender el régimen monárquico hasta el punto de reducir la previsibilidad de la norma, lo que supondría infracción del CEDH, pues estima que está conectada con la pertinencia y la suficiencia de los motivos retenidos por las jurisdicciones internas para justificar la injerencia en el derecho a la libertad de expresión y por tanto la examinará en el marco de la evaluación del requisito de la “necesidad” de dicha injerencia. Se ha señalado la posible concurrencia de otro fin legítimo, no apreciado por el TEDH. Se trataría de la defensa del orden público, teniendo en cuenta la ubicación del artículo 490 del Código Penal, que no se encuentra en el Título XI —delitos contra el honor— sino en el Título XXI —delitos contra la Constitución, *vid.* SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., “Las injurias al rey...” *loc. cit.*, p. 8.

¹⁵ *Vid.* § 47 de la Sentencia comentada.

En lo que hace a los principios jurisprudenciales sobre el artículo 10 del Convenio, el TEDH recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno. Por otra parte, salvo lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 CEDH, el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática”, requieren que esta concepción se aplique no sólo a las “informaciones” o “ideas” acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que hieren, chocan o inquietan. Las excepciones que el propio artículo 10 prevé demandan una interpretación restrictiva y la necesidad de limitar la libertad en cuestión debe establecerse de manera convincente. De ahí que el adjetivo “necesario” utilizado por el artículo 10.2 implique una “necesidad social imperiosa”¹⁶.

Por eso, para juzgar si existe tal necesidad, a pesar de que los Estados partes cuentan con un cierto margen de apreciación¹⁷, éste se acompaña de un control europeo que afecta a la vez a la ley y a las decisiones que la aplican, incluso cuando emanan de una jurisdicción independiente, aunque el Tribunal recalca que no es su tarea, al ejercer este control, sustituir a las jurisdicciones internas competentes, sino verificar desde el ángulo del artículo 10 las decisiones que éstas han rendido en virtud de su poder de apreciación. Ahora bien, para ello, el TEDH ha de considerar la injerencia litigiosa a la luz del conjunto del asunto con objeto de determinar si ha sido “proporcionada al fin legítimo perseguido” y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla son “pertinentes y suficientes”, y se fundan en una apreciación aceptable de los hechos, lo que descarta que la actuación de la Corte se limite a investigar si el Estado demandado ha usado de buena fe de su poder de apreciación¹⁸.

La Corte destaca dos elementos fundamentales de su jurisprudencia. En primer lugar, que el artículo 10.2 CEDH apenas deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y del debate político o en las cuestiones de interés general. Su especial valor para un electo por el

¹⁶ Vid. § 48 y 49 de la Sentencia comentada.

¹⁷ Sobre el concepto del margen de apreciación de los Estados y su aplicación por el TEDH en resoluciones relativas a la libertad de expresión, puede verse MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 28 (2012), pp. 15 y ss.

¹⁸ Vid. § 49 de la Sentencia comentada.

pueblo, que representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus intereses, llevan al Tribunal a un control de los más estrictos cuando se imponen restricciones a la libertad de expresión de un parlamentario. Por otra parte, el TEDH recuerda que los límites de la crítica admisible se modulan en función de la condición de la persona criticada, pues son más amplios con respecto a un hombre político, cuando se contempla como tal, que con respecto a un particular. El primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus actos y gestos tanto por los periodistas como por la masa de los ciudadanos y debe, en consecuencia, mostrar una mayor tolerancia. Aunque ello no significa que carezca de protección de su reputación, los imperativos de esta protección han de ponderarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas, por lo que las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación restrictiva¹⁹.

La aplicación de estos antecedentes al caso litigioso determina la admisión de la queja del recurrente, con base en argumentos relacionados con la necesidad de la injerencia en el derecho del recurrente y con la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta.

En torno a la necesidad de la injerencia, el Tribunal, sin sustituir a los tribunales internos, examina la pertinencia y la suficiencia de los motivos que les han llevado a la decisión litigiosa, para de ese modo asegurar el respeto de los principios consagrados en el CEDH. Siguiendo un impecable hilo argumentativo, El TEDH advierte, en primer lugar, que el recurrente se expresaba, sin ninguna duda, en su cualidad de electo y de portavoz de un grupo parlamentario, de manera que sus declaraciones se comprendían en el ámbito de la expresión política. Además, tales declaraciones concernían a una cuestión de interés público en el País Vasco, esto es, el recibimiento dispensado por el jefe del Gobierno vasco al Rey de España en el contexto del cierre del diario en lengua vasca *Egunkaria* y de la detención de sus responsables unos días antes, así como de la queja por malos tratos hecha pública por estos últimos. Al inscribirse las declaraciones del recurrente en el marco de un debate sobre cuestiones de interés público, el margen de apreciación del que disponían las autoridades para juzgar la “necesidad” de la sanción pronunciada contra el recurrente era particularmente restringido²⁰.

¹⁹ Igualmente, los límites de la crítica relativa a los funcionarios son más amplios que respecto de los simples particulares, aunque no se pueden aplicar los mismos criterios que para los hombres políticos, *Vid.* § 50 de la Sentencia comentada.

²⁰ *Vid.* § 51 de la Sentencia comentada.

Partiendo de estas premisas y de cara a pronunciarse sobre si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificar la injerencia fueron pertinentes y suficientes, la Corte entra a valorar los términos pronunciados por el recurrente que dieron lugar a su condena por injurias al Rey y la calificación realizada por los tribunales españoles. En este extremo, tanto el TS como el TSJPV consideraron las declaraciones del recurrente ignominiosas, vejatorias e infamantes. En orden a su análisis, el TEDH recuerda la diferencia entre declaraciones fácticas y juicios de valor, pues mientras las primeras pueden ser objeto de prueba material, no se puede demostrar la exactitud de los segundos y exigir que se establezca su realidad iría en contra de la libertad de opinión²¹, elemento fundamental del derecho garantizado en el artículo 10. No obstante, incluso los juicios de valor deben tener una base fáctica, so pena de incurrir en excesivos, si bien esta necesidad es menos rigurosa cuando los hechos son ya conocidos del público en general. La calificación de una declaración como fáctica o juicio de valor corresponde al margen de apreciación de las autoridades nacionales, en particular de los órganos jurisdiccionales. A juicio de la Corte, las declaraciones del recurrente pueden insertarse en el marco de un debate público más amplio sobre la eventual responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado en los casos de malos tratos y tendrían un vínculo suficiente con las alegaciones de malos tratos realizadas por el redactor jefe del diario *Egunkaria* tras su liberación²².

Admite la Corte que el lenguaje utilizado por el recurrente en sus declaraciones pueda haberse considerado como provocador aunque concede que a quienes entran en un debate público de interés general, a pesar de estar sometidos a ciertos límites, especialmente al respeto a la reputación y a los derechos de otros, les está permitido cierta dosis de exageración, incluso

²¹ Adviértase que el recurrente no alegó violación de la libertad de opinión en su demanda ante el TEDH.

²² Vid. § 53 de la Sentencia comentada. Las alegaciones de los detenidos se consideran así la base fáctica de los juicios de valor emitidos por el Sr. Otegi, a diferencia de la interpretación del TS para el que no justificaban la gravedad de sus declaraciones, dado que se había producido el archivo de las denuncias por malos tratos presentadas por los detenidos en la intervención en el diario *Egunkaria*. Al razonar de este modo el TS habría aplicado, a lo que él mismo había calificado como juicios de valor, una exigencia idéntica o, al menos muy próxima a la de las declaraciones fácticas, es decir, estaría exigiendo la demostración de su realidad. Vid. GÓMEZ CORONA, E., “El prestigio de las instituciones como límite a la libertad de expresión de los ciudadanos: el caso Otegi Mondragón c. España”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 151, 2011, p. 733.

de provocación, esto es, ser algo inmoderados en sus declaraciones. El elemento esencial a tomar en consideración ha de ser la inexistencia de exhortación a la violencia o de un discurso de odio, que la Corte no aprecia en el caso, a pesar de que se bosquejara una imagen negativa del Rey como institución y ello diera al relato una connotación hostil. La Corte también señala que ni los tribunales internos ni el Gobierno han justificado la condena del recurrente hablando de la incitación a la violencia o del discurso de odio. El Tribunal tiene asimismo en consideración la forma y circunstancias en que se transmite el mensaje, oralmente en una rueda de prensa, lo que impidió reformularlas, perfeccionarlas o retenerlas antes de que se hicieran públicas²³.

Aunque los argumentos hasta aquí expuestos habrían sido suficientes para declarar la injerencia como inadecuada, aún añade la Corte otro motivo concerniente a las normas internas que dispensan una especial protección penal a la figura del Monarca. Este nivel más elevado de protección respecto de las ofensas, es considerado por el TEDH no acorde con el espíritu de la Convención, principio sostenido desde su sentencia *Colombani*²⁴. Bien es cierto que la Corte había articulado su jurisprudencia, hasta ese momento, en relación con regímenes republicanos, pero la considera igualmente aplicable al régimen monárquico español en el que el Rey ocupa una posición institucional singular, sin que se desvirtúe su aplicación al caso por los matices derivados de la diferencia entre la cualidad de hombre político y la de hombre de Estado, atribuida esta última al Jefe del Estado²⁵. Para el TEDH, la posición de neutralidad del Rey en el debate político, de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado, no lo pone al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o —como en los hechos enjuiciados— en tanto que representante del Estado, al que simboliza, en

²³ Vid. § 54 de la Sentencia comentada.

²⁴ Sentencia del TEDH *Colombani and Others v. France*, precitada, que estimó que la ley francesa que sustraía a los jefes de Estado extranjeros a la crítica, sólo en razón de su función o estatus, les concedía un privilegio exorbitante no conciliable con la práctica y las concepciones políticas de hoy. Por la misma razón, tampoco el interés de un Estado de proteger la reputación de su Jefe de Estado justifica conferir a éste un privilegio o una protección especial frente al derecho a informar y a expresar sus opiniones sobre él. Vid. § 55 de la Sentencia comentada.

²⁵ Regímenes republicanos son tanto Francia, concernida en la ya citada sentencia *Colombani and Others v. France*, como Turquía, condenada en el asunto *Pakdemirli c. Turquía*, precitado, en el que se enjuiciaba la superior protección en el ámbito civil del Jefe del Estado y que el TEDH trae igualmente a colación para fundamentar su fallo.

particular de parte de aquéllos que contesten legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluyendo su régimen monárquico. Evocando la sentencia del TSJPV, la Corte reitera que criticar una institución constitucional no está excluido del derecho a la libertad de expresión pues es cuando se exponen ideas que chocan, hieren o contestan el orden establecido, cuando la libertad de expresión es más preciosa. En consecuencia, la irresponsabilidad del Monarca español no obsta al libre debate sobre su responsabilidad institucional o simbólica, si se mantiene dentro de los límites del respeto a su reputación como persona²⁶. En ese sentido, el Tribunal considera que las expresiones litigiosas no cuestionaban la vida privada del Rey ni su honor, ni constituían un ataque personal gratuito, ya que, como afirmó el TSJPV, las declaraciones del recurrente se pronunciaron en un contexto público y político, extraño al “núcleo último de la dignidad de las personas”. La Corte estima, por otra parte, que estas declaraciones no cuestionaban la manera en que el Rey se ocupaba de sus funciones oficiales en un ámbito particular ni le atribuían ninguna responsabilidad institucional en tanto que jefe y símbolo del aparato estatal y de las fuerzas que, según las afirmaciones del recurrente, habían torturado a los responsables del diario *Egunkaria*²⁷.

Finalmente, la Corte considera la naturaleza y entidad de la pena impuesta al recurrente. Admitiendo la legitimidad de cada Estado para proteger a sus instituciones, como garantes del orden público institucional, señala también la obligación de contención en el uso de la vía penal, dada la posición dominante de aquéllas. De este modo, la naturaleza y la dureza de las sanciones son también elementos a tener en cuenta para medir la “proporcionalidad” de la injerencia. De ahí que el TEDH destaque la severidad particular de las sanciones impuestas al recurrente, un año de privación de libertad y privación del derecho de sufragio pasivo, cuando se trata de un hombre político. Para el Tribunal, aunque la fijación de las penas es, en principio, exclusiva de las jurisdicciones nacionales, una pena de prisión, inflingida por una infracción cometida en el ámbito del discurso político, no es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 de la Convención sino en circunstancias excepcionales, particularmente cuando otros derechos fundamentales han sido gravemente vulnerados, como en la hipótesis, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o

²⁶ Vid. § 51 de la Sentencia comentada.

²⁷ Vid. § 57 de la Sentencia comentada.

de la incitación a la violencia. En este aspecto, la Corte reenvía a la orientación dada en los trabajos del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre las penas de prisión en materia de discurso político²⁸. Para la Corte no hay en el caso nada que justifique la imposición de tal pena de prisión sin que la suspensión de su ejecución elimine los efectos disuasorios y otros impactos dimanantes de la condena, como la inscripción de antecedentes penales²⁹.

El TEDH concluye que la sanción del recurrente es desproporcionada al fin perseguido, incluso en la hipótesis de que las razones invocadas por los tribunales internos pudieran pasar por suficientes para demostrar que la injerencia fuera “necesaria en una sociedad democrática”. En consecuencia, a pesar del margen de apreciación de las autoridades nacionales, la ausencia de proporcionalidad de la injerencia estatal, produce la violación del artículo 10 de la CEDH.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA

La sentencia *Otegi Mondragón c. España* es una decisión de exquisita claridad y acabada coherencia argumentativa lo que no ha evitado numerosas reacciones adversas y otras favorables³⁰. Uno de sus rasgos destacados es el engarce con los principios jurisprudenciales, consagrados por el propio TEDH, sobre la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 de la CEDH. En efecto, no hay en ella novedades sustanciales sino afianzamiento de posiciones ya fijadas por la Corte, pues entendemos así ha de conceptuarse la única variante que introduce, la extensión al régimen monárquico de la doctrina relativa a la incompatibilidad con el CEDH de las normas que incrementan la protección de las autoridades políticas frente a las ofensas y críticas.

Para algunos, el fallo podría haber sido distinto si el TEDH hubiera considerado los distintos planos en que se sitúan el demandante y el Rey

²⁸ Vid. nuestra nota 11.

²⁹ Mediante Auto de fecha 15 de mayo de 2006, el TSJPV suspendió la aplicación de la pena impuesta al Sr. Otegi, por el plazo de tres años. El 16 de julio de 2009, la pena por injurias al Rey fue perdonada. Vid. § 23 de la Sentencia comentada.

³⁰ Como botón de muestra, vid. SALVADOR CODERCH, P. “Otegi contra España y el discurso del odio”, *El País*, 26 de marzo de 2011, favorable a la decisión europea, y FERNÁNDEZ-CARNICERO, C-J, “La Corona al amparo de la ley”, *ABC*, 9 de abril de 2011, en desacuerdo con el TEDH.

que impedirían tratar los hechos como una disputa política ordinaria y, sobre todo, si se hubiera atendido a la incitación a la violencia y el odio subyacente en las declaraciones del condenado o la dimensión terrorista de la llamada izquierda abertzale a la que representaba el Sr. Otegi³¹. No obstante, el TEDH ha primado la vertiente objetiva de garantía institucional atribuida a la libertad de expresión y su acentuada protección cuando quienes hacen uso de la misma son los representantes electos del pueblo aunque, ciertamente, se echa de menos, como igualmente ocurre en las instancias jurisdiccionales internas, una referencia al contexto social más amplio en el que se enmarcaban los hechos, que refleje de manera más fidedigna las intenciones e implicaciones de las declaraciones del Sr. Otegi. Esta reflexión sobre las circunstancias concomitantes, contribuiría a despejar las dudas sobre los ingredientes de incitación a la violencia y al odio presentes en las declaraciones del imputado, si, como se desprende de la sentencia del TEDH, ese es el único límite admisible a la libertad de expresión en el ámbito de la disputa política.

Ad intra, la decisión ha puesto de manifiesto dos importantes desavenencias con las instancias europeas. La primera, entre las posiciones del TS y el TC, de un lado, y la del TEDH por otro, sobre los límites de la libertad de expresión y de la crítica con respecto a las autoridades³². En la delimitación de las restricciones admisibles, los tribunales españoles atienden no sólo a la incitación a la violencia y al odio sino igualmente al carácter superfluo y no necesario de las manifestaciones susceptibles de constituir un insulto, al tiempo que se aprecia en las jurisdicciones internas un mayor grado de exigencia en la base fáctica en conexión con la personalidad de quien recibe el insulto, de ahí que, aun coincidiendo con el TEDH en unos mismos principios inspiradores, sus conclusiones sean radicalmente diferentes. La segunda desavenencia es de índole legislativa y se refiere a las normas penales españolas que incrementan la protección del Jefe del Estado frente a las posibles injurias, lo que las hace incurrir en la declaración de incompatibilidad con el espíritu del CEDH.

³¹ Vid. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., “Las injurias al Rey ...”, *loc. cit.*, pp. 10- 18.

³² De escenario resbaladizo se ha calificado éste de la protección del Estado frente a sus ciudadanos. Vid. GÓMEZ CORONA, E., “El prestigio de las instituciones...”, *loc. cit.*, p. 729.

TEDH. SENTENCIA DE 15.03.2011, *OTEGI MONDRAGÓN c. ESPAÑA*, nº 2034/07,
 – «ARTICULO 10 DEL CEDH- LIBERTAD DE EXPRESIÓN – LÍMITES
 - DELITO DE INJURIAS CONTRA EL JEFE DEL ESTADO - EXHORTACIÓN
 A LA VIOLENCIA Y DISCURSO DE ODO»

LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DEBATE POLÍTICO

RESUMEN: El TEDH considera desproporcionada la sanción penal de privación de libertad impuesta a Arnaldo Otegi por sus declaraciones en las que calificó al Rey de España de “jefe de los torturadores”. La resolución se centra en el contenido del ejercicio de la libertad de expresión en el debate político y en la interpretación restrictiva de sus límites cuando se trata de la crítica para con las autoridades estatales. El TEDH despliega una consolidada jurisprudencia que otorga preferencia al derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor, por ser aquél inherente a la propia democracia. Asimismo, la Corte reitera la incompatibilidad con el CEDH de las normas internas que dotan de sobreprotección a sus autoridades frente a las ofensas de los ciudadanos y señala como desproporcionada la pena de prisión para estos supuestos a no ser que estén en juego otros derechos fundamentales, como sería el caso de manifestaciones que inciten a la violencia o se inscriban en el denominado discurso de odio, algo que el TEDH no aprecia en las declaraciones litigiosas.

PALABRAS CLAVE: libertad de expresión, debate político, derecho al honor, discurso de odio.

ECtHR - JUDGMENT 15.03.2011, *OTEGI MONDRAGÓN v. SPAIN*,
 nº 2034/07, – «ARTICLE 10 ECHR – FREEDOM OF EXPRESSION-
 LIMITS- SERIOUS INSULT TO THE HEAD OF STATE-INCITEMENT
 TO VIOLENCE AND HATE SPEECH»

THE LIMITS TO THE FREEDOM OF EXPRESSION IN THE POLITICAL DEBATE

ABSTRACT: The Judgment of the Court of Justice in Case Otegi Mondragon v. Spain, considered disproportionate the imposition of a prison sentence on Arnaldo Otegi by asserting that the King of Spain was “in charge of the torturers.» The resolution focuses on the exercise of freedom of expression in political debate and the restrictive interpretation of its limits when it comes to critical with state authorities. The ECHR displays its arguments based on an established jurisprudence on freedom of expression that is considered inherent to democracy and thus, a priority with respect to the protection of reputation and personal honour. The Court also reiterates that internal rules which provides to the head of State increased protection with regard to insults against him are not in keeping with the ECHR and states that the imprisonment penalty is disproportionate, except for the circumstances where other fundamental rights have been seriously impaired, as in the

case of incitement to violence or hate speech, something the ECHR does not appreciate in the disputed statements.

KEY WORDS: freedom of speech, political debate, protection of reputation and personal honour, hate speech.

CEDH - ARRÊT DE 15.03.2011, *OTEGI MONDRAGON c. ESPAGNE*, n° 2034/07 –
«ARTICLE 10 DE LA CEDH - LIBERTÉ D'EXPRESSION – LIMITES
- DÉLIT D'INJURES CONTRE LE CHEF DE L'ÉTAT - EXHORTATION
À LA VIOLENCE ET DISCOURS DE HAINE»

LES LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS LE DÉBAT POLITIQUE

RESUME: Dans son arrêt *Otegi Mondragon c. Espagne*, La CEDH a considéré comme disproportionnée la sanction pénale d'emprisonnement infligée à Arnaldo Otegi à la suite de ses déclarations qui dénommaient le roi de l'Espagne « responsable des tortionnaires ». La résolution met l'accent sur le contenu de l'exercice de la liberté d'expression dans le débat politique et l'interprétation restrictive de ses limites quand il s'agit de critiquer les autorités étatiques. La CEDH affiche ses arguments fondés sur une jurisprudence établie sur la liberté d'expression qu'elle estime prioritaire sur le droit à l'honneur, puisque elle est au cœur de la démocratie. La Cour rappelle également l'incompatibilité avec la CEDH des règles internes qui donnent surprotection aux autorités contre les offenses des citoyens et considère disproportionnée l'emprisonnement pour de tels cas, sauf lorsque d'autres droits fondamentaux ont été gravement atteints, comme dans le cas des déclarations qui incitent à la violence ou du discours de haine, ce que la CEDH n'a pas apprécié dans les propos litigieux.

MOTS CLÉS: liberté d'expression, débat politique, droit à l'honneur, discours de haine.

