

# LA SOBREPOTECCIÓN DE LAS INSTITUCIONES FRENTE AL DISCURSO DEL ODIO. UNA EVASIVA QUE CERCENA DERECHOS FUNDAMENTALES

XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España  
Comunicación para la Mesa 1: Integración europea y derechos fundamentales  
Coord. Luís María Díez-Picazo (UCLM)

David Martín Herrera  
dmherrera@der.uned.es  
Prof. del Master en Derechos Fundamentales  
Departamento de Derecho Político  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

## SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN / II. EL VIEJO TÓPICO DEL *HATE SPEECH* PARA LA SOBREPOTECCIÓN INSTITUCIONAL FRENTE AL DISCURSO POLÍTICO DISIDENTE. 1. La doctrina *Castells vs. España*, un mero cúmulo de buenas intenciones. 1.1 Proceso *Castells*: donde la *exceptio veritatis* fue silenciada. 1.2 El preciado valor de la libertad de expresión de un representante del pueblo frente a las actuaciones del gobierno. a) Del fiasco a la mimetización. 2. *Otegi vs. España*, donde el efímero blanqueamiento democrático queda reflejado como persecución. 3. Discurso disidente del político detractor del Estado. 3.1 *Chilling effect* parlamentario: *Otegi* ante el TEDH. 4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Efecto multiplicador. 5. Inadmisión de la jurisprudencia del TEDH en el Estado español: la perseverante sobreprotección institucional y gubernamental. III. CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN

El pasado sábado 23 de enero de 2016, el BOE núm. 20 publicaba la admisión a trámite del Recurso de inconstitucionalidad núm. 37-2016, contra la Ley Foral 16/2015, de 10 de abril, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos. En el mismo, el presidente del gobierno en funciones” de la X legislatura, pese a carecer de la suficiente representación democrática y a ser el tema que ocupa la mencionada Ley Foral de una trascendencia vital para la legitimación democrática de la maltrecha democracia constitucional española, se acogió a la vía del artículo 161.2 de la Constitución, produciendo así, la suspensión de la vigencia de una ley que trata de equilibrar víctimas.

Recientemente el nuevo presidente de la Sala Tercera del Tribunal Constitucional, afirmaba –en una entrevista concedida como consecuencia del fallecimiento del profesor y padre de este magistrado, Díez-Picazo– que la conciencia moral y deontológica no puede imponerse mediante reformas legales, sino que depende de factores esencialmente culturales y, reconocía, que la mayor parte de los problemas que surgen en el Derecho son difícilmente comprensibles sin una perspectiva histórica.

Lamentablemente, la cultura política española persevera en la superposición de fuerzas marginando las voces disidentes que tratan de hacer valer lo que consideran necesario para sentarse a hablar en pie de igualdad, obstaculizando cualquier crítica lasciva contra las instituciones establecidas en una fase de la historia que no corresponde con los tiempos actuales.

Pese a las reiteradas condenas al Estado español en *Castells* y *Otegi*, gobierno y justicia, continúan perseverando en la sobreprotección institucional escudándose de forma inaceptables en la reciente efímera doctrina del discurso del odio sin considerar el efecto multiplicador de los mensajes complicando, aún más, la coexistencia en una sociedad tan plural como la española. Pero, esta es difícilmente alcanzable cuando se trata de borrar y amnistiar determinadas etapas de la historia.

## II. EL VIEJO TÓPICO DEL *HATE SPEECH* PARA LA SOBREPOTECCIÓN INSTITUCIONAL FRENTE AL DISCURSO POLÍTICO DISIDENTE

Desde su conocida y solidificada crítica del sistema institucional, identificaba Foucault un principio en las relaciones del derecho que había regido en las sociedades occidentales desde la Edad Media: la elaboración del pensamiento jurídico en torno al poder real. Un sistema que denominó edificio jurídico y que fue construido a medida y beneficio del poder real, de forma tal, que hasta que ese edificio jurídico escape del control real y se vuelva en su contra, no se pondrá en entredicho los límites del poder.

Encomendaba así este autor a la teoría del derecho, desenmascarar la actual existencia de esta sobreprotección. «Decir que el problema de la soberanía es el problema central del derecho en las sociedades occidentales significa que el discurso y la técnica del derecho tuvieron la función esencial de disolver, dentro del poder, la existencia de la dominación, reducirla o enmascararla para poner de manifiesto, en su lugar, dos cosas: por una parte, los derechos legítimos de la soberanía y, por la otra, la obligación legal de la obediencia».<sup>1</sup> Pero aunque las certeras hipótesis de Foucault mostraran la esencia de la retorcida gobernanza, lo cierto es que esa forma soberana no se puede alcanzar estándar democrático alguno, y esta no engranaría con el Derecho internacional de los derechos humanos, por proteger este último, personas y grupos humanos, no entes abstractos o instituciones.<sup>2</sup>

### 1. La doctrina *Castells vs. España*, un mero cúmulo de buenas intenciones

En junio de 1979 a medio año de la promulgación de la Constitución española de 1978, el diario *Punto y hora de Euskalherria* divulgó un artículo del abogado y senador vasco por Herri Batasuna, Miguel Castells. En el artículo titulado *Insultante impunidad*, se denunciaban alrededor de 30 asesinatos perpetrados en Euskalherria entre 1977 y 1979, de los cuales ni uno solo de ellos había tenido la más mínima aclaración oficial. Asociaba este senador, la perpetración de estos asesinatos por asociaciones fascistas no desvinculadas del aparato del Estado, afirmando que «[d]etrás de estas acciones sólo

---

<sup>1</sup> Vid. FOUCAULT, M., *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., 2000, pp. 24-5.

<sup>2</sup> Vid. LA RUE, F., «Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue», *Asamblea General de las Naciones Unidas*, CDH, de 26 de marzo de 2010, A/HRC/14/23, párrs. 83-4.

puede estar el Gobierno, el Partido del Gobierno y sus efectivos».<sup>3</sup>

### 1.1 Proceso *Castells*: donde la *exceptio veritatis* fue silenciada

Por el tenor del contenido de las expresiones, el Ministerio Fiscal formuló una que-rella contra el Senador Castells por emitir injurias contra el Gobierno, tal y como esta-blecía al artículo 161 del Cp 1983.<sup>4</sup> En atención a su condición de Senador, el TS – instructor del proceso– solicitó el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, proce-sándolo una vez levantada por injurias graves al Gobierno y a sus funcionarios. En un proceso lleno de lagunas jurídicas y con una palpable voluntad de disuadir tanto a Cas-tells como a otros políticos afines, el TS modificó su sentencia inicial subrayando que el Senador había mostrado una actitud cooperadora donde llegó a sostener que el artículo «constituía simplemente una denuncia política y no perseguía injuriar, ni amenazar, al Gobierno o a sus miembros».<sup>5</sup>

Alegando su derecho a un tribunal imparcial, Castells recurrió la composición del TS –compuesto por números del régimen dictatorial, entre ellos, el propio ex presidente del Tribunal de Orden Público– y solicitó como prueba necesaria, para salvar la *exceptio veritatis*, que el Estado elaborara informes sobre las investigaciones policiales, deten-ciones, persecuciones, y otras actuaciones realizadas contra los miembros de los grupos de extrema derecha, como presuntos responsables de los atentados denunciados. Ade-más de la personación de testigos internacionales para testificar al respecto de la prácti-ca parlamentaria sobre libertad de crítica política.

En una prueba más, de ausencia de imparcialidad y de que ni a los tribunales ni por supuesto al Estado les importara el fondo de la denuncia vertida en las declaraciones de Castells, todas las peticiones fueron rechazadas.<sup>6</sup> Por esta razón y como último recurso,

---

<sup>3</sup> En un tono moderado y sin acusar a personas concretas, el Senador Castells afirmaba que los encargados del orden y de perseguir los delitos son los mismos de ahora, refiriéndose a las altas cifras de números policiales, judiciales, fiscales y militares que continuaban ocupando los mismos puestos de la dictadura, ahora en democracia. Recordando que en el periodo en el que Fraga era el Ministerio del Interior, coincidió con un periodo de gran proliferación en Euskadi de las acciones llamadas de extrema derecha. «La escalada de los incontrolados suele acompañar en Euskadi a la escalada de las fuerzas policiales en re-presión». Vid. STEDH, de 23 de abril de 1992, *Castells vs. España*, párr. 7.

<sup>4</sup> El artículo 161 establecía que incurrirán en la pena de prisión mayor (de seis años y un día a doce años) –art. 30 del Código penal–: «1.º Los que injuriaren, calumniaren o amenazaren gravemente al Regente o Regentes, al Gobierno, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo o a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas. 2.º Los que emplearen fuerza o intimidación para impedir a los miembros de dichos organismos asistir a sus respectivas reuniones». Vid. Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, BOE, núm. 152, de 27 de junio de 1983, p. 17913.

<sup>5</sup> Vid. STEDH, de 23 de abril de 1992, *Castells vs. España*, párr. 9.

<sup>6</sup> Pese a no quedar claro la aplicabilidad de la *exceptio veritatis* en supuestos en los que se pusiese en

acudió en amparo ante el TC, el cual rechazó su admisibilidad señalando que, «de los medios de prueba propuestos el *thema decidendi*, presupone la configuración de este último, que debe realizarse mediante las operaciones de alegación llevadas a cabo por las partes. En él no debe intervenir el Tribunal, a menos que se trate de datos que sean manifiestos o notorios, porque, en otro caso, el juicio sobre la pertinencia anticipa, aunque sea parcialmente, el juicio del fondo. [...] si bien en el caso presente es posible que al llevar a cabo el juicio sobre la pertinencia de las pruebas no debiera haberse anticipado la opinión del Tribunal sobre la *exceptio veritatis*, la irregularidad en la anticipación del juicio sobre una cuestión de fondo sólo entrañaba violación del derecho constitucional a servirse de las pruebas pertinentes, especialmente en casos como el presente, que se deciden en única instancia si se produce la lesión en derecho sustantivo que en proceso se cuestione».<sup>7</sup>

En definitiva ninguno de los altos tribunales españoles estaban dispuestos a revelar la certeza o desmontar las declaraciones del Senador vasco, y pese a declarar *de facto*, que existían irregularidades de tipo constitucional en el proceso, desde el inicio de las actuaciones tenían claro que debían imponer un castigo a unas publicaciones de trascendental interés público, y que a día de hoy, continúan tiñendo con aquella sangre derramada, la seudodemocracia española.

Desatendida la causa por los tribunales nacionales, y en defensa del derecho a un tribunal imparcial y a la libertad de expresión, Castells acudió ante la ComisiónEDH, que en enero de 1991, determinó (9/3) que el Estado español había violado el artículo 10 del CEDH.<sup>8</sup>

A través de votos particulares disidentes, los comisionados Jochen Abraham Frowein (Alemania) y Basil Hall (Reino Unido) –sin atender a la pluralidad política española– consideraron que cuando un político del extremismo vasco emitía este tipo de contenidos en prensa, debía de entenderse como una justificación para asesinar agentes de policía, dado que los que pertenecen al terrorismo vasco cometen este tipo de ataques

---

entredicho el honor de las instituciones, por un lado el TS rechazó su aplicabilidad *in conoscenza* de la condición de Senador del acusado y, que este antepusiera como objetivo su *animus criticandi* y no el *injuriandi*. Y por otro, el TC realizó otro tanto de lo mismo, pese a que el Senador se acogió en amparo a la vulneración de su presunción de inocencia y la vulneración del derecho a una legítima defensa, al denegársele la aportación de los medios de prueba necesarios, y en definitiva, el derecho reconocido por el artículo 20 de la CE.

<sup>7</sup> Vid. STC 51/1985, de 10 de abril de 1985, BOE, núm. 119, de 18 de mayo de 1985, Fj. 9, p. 7.

<sup>8</sup> Vid. Decisión ComisiónEDH, de 8 de enero de 1991, *Castells vs. Espagne*. Diligencia núm. 11798/85.

en acto de autodefensa.<sup>9</sup>

## 1.2 El preciado valor de la libertad de expresión de un representante del pueblo frente a las actuaciones del gobierno

Llegado el asunto al TEDH, Castells se apoyó en el artículo 10 del CEDH, frente al procesamiento penal surgido como consecuencia del contenido de un mensaje de alto interés público y vertido en la esfera de la crítica política. En su defensa, el Gobierno español trató de alegar que Castells no había planteado ante el TC la queja relativa a la lesión del derecho a la libertad de expresión, protegida por el artículo 20 de la CE. Unas alegaciones remotamente alejadas de la realidad que, *ipso facto*, fueron desmontadas por el TEDH,<sup>10</sup> al entender que claramente existió una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión del Senador.

Atendiendo a los estándares establecidos, comprobó la Corte europea, que el demandante no se opuso a que los artículos 161 y 162 del Cp 1983 persiguieran este tipo de actuaciones; advirtiendo en cambio, la oposición de los tribunales a la aplicación de la *exceptio veritatis* prevista por la ley, encajando así la injerencia con el artículo 10.2 del CEDH.

En lo referente al fin legítimo perseguido y atendiendo a la situación existente en la España de 1979, consideró que las circunstancias del caso pudieron afectar a la defensa del orden en el sentido del artículo 10.2 del CEDH, más allá de la protección de la reputación de los demás.<sup>11</sup> Pero finalmente al analizar si la injerencia fue necesaria en una sociedad democrática, consideró el TEDH, que «la libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un elegido del pueblo: representa a sus electores, expone sus preocupaciones y defiende sus intereses. Consiguientemente, en el caso de injerencia en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, según ocurre con el demandante, se impone a este Tribunal aplicar el control más estricto».<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Por su parte el comisionado español, Luis Fernando Martínez Ruiz, consideró que Castells no agotó los recursos judiciales internos, todo ello, pese a conocer el rechazo en amparo del TC. *Ibidem*. Votos disidentes de los comisionados Frowein, Hall y Martínez.

<sup>10</sup> Del mismo modo que haría la ComisiónEDH, el TEDH detectó que, tanto ante el TS como ante el TC, el Senador dirigió sus escritos apelando al artículo 20 CE. Si «su recurso no prosperó fue sin duda por la razón de los límites que el Tribunal Constitucional había puesto en aquella época a su propia competencia». Vid. STEDH, de 23 de abril de 1992, *Castells vs. España*, párrs. 31.

<sup>11</sup> *Ibidem*, párr. 39.

<sup>12</sup> Recordando que las manifestaciones fueron vertidas en un periódico, en alusión a *Lingens*, advierte que la libertad de prensa proporciona a los ciudadanos uno de los mejores medios de conocer y de juzgar las ideas y actitudes de sus dirigentes, otorgando a los políticos la ocasión de reflejar y comentar las preo-

Al denunciar Castells la impunidad que disfrutaban miembros de diversos grupos extremistas, expuso hechos de gran interés para la opinión pública, vertiendo acusaciones graves contra el Gobierno. «Los límites de la crítica admisible son más amplios en relación al Gobierno que a un simple particular, e incluso que a un político. En un sistema democrático sus acciones u omisiones deben estar situadas bajo el control atento no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también de la prensa y de la opinión pública. Además, la posición dominante que ocupa, le exige mostrar moderación en el recurso a la vía penal, sobre todo cuando existan otros medios de responder a los ataques y críticas injustificadas de sus adversarios o de los medios de comunicación. Pero no deja de resultar lícito para las autoridades competentes del Estado la adopción, en su condición de garante del orden público, de medidas, incluso penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva contra acusaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas con mala fe».<sup>13</sup>

Sin embargo, tanto el TS como el TC, rechazaron la posibilidad de que Castells argumentara la certeza de sus declaraciones, hecho que a los ojos del TEDH, no solo resultaba cuestionable, sino inaceptable, por pasar por advertido que en una sociedad democrática se declaren inadmisibles pruebas por las que el TS hubiese cambiado la decisión previa de su sentencia, «si hubiese admitido las solicitudes del recurrente».<sup>14</sup>

Respecto a esta decisión del TEDH, buena parte de la doctrina con la que coincidimos, advierte que el TEDH prestará especial atención para asegurarse de que ninguna sanción conllevara un efecto general de silenciamiento (*chilling effect*) desproporcionado, en su habilidad de contribuir al debate público, dado que al ser importante la función del sujeto en la sociedad, las sanciones impuestas por criticar al gobierno requerirán una justificación extremadamente fuerte. «No solo el gobierno debe de ser tolerante. Los límites de la crítica aceptable son más amplios respecto a todos los políticos, estén o no en el gobierno, dado que, a sabiendas, ellos mismos se someten al escrutinio de la prensa y el público».<sup>15</sup>

La doctrina del *chilling effect* según Dijk, entra en operación donde la Corte europea enfatiza que las medidas restrictivas no deben de tener ningún efecto disuasorio sobre el público en el ejercicio de sus derechos. Al confiar en esta doctrina, aplicada

---

cupaciones de la opinión pública. *Ibidem*, párrs. 42-3

<sup>13</sup> *Ibidem*, párr. 46.

<sup>14</sup> *Ibidem*, párr. 48.

<sup>15</sup> Vid. WHITE, R. C. A., OVEY, C., *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Fifth Edition, New York, Oxford University Press Inc., 2010, p. 433.

bajo el artículo 10 del CEDH, significa que los periodistas, la prensa o el público en general no deben de ser disuadidos por criticar a las autoridades públicas bajo la amenaza de procedimientos civiles o penales por difamación. En vista de su posición dominante, un gobierno debe evitar restringir con sanciones contrarias a la libertad de expresión y mostrar prudencia eligiendo los tipos de medidas menos restrictivas.<sup>16</sup> «Freedom of expression has particular importance for elected political representatives and so interferences with freedom of speech of politicians will be closely scrutinised».<sup>17</sup>

a) *Del fiasco a la mimetización*

Sin entrar en el fondo del asunto, advierte Urías Martínez que la sentencia del asunto *Castells* juzgó hechos y decisiones judiciales de una etapa en la que el ordenamiento constitucional español no estaba adecuadamente consolidado, restando trascendencia real al ordenamiento y vida jurídica española. Pero precisamente, fue aquella ausencia de consolidación democrática uno de los principales pilares argumentales de la defensa del Senador *Castells*, recordemos que entre las primeras medidas solicitadas en defensa del derecho a un proceso justo, se recurrió la composición de un TS con cuadros de un régimen caracterizado por cualquier apelativo, excepto el de democrático.

Satisfechos los requerimientos formales que marcaba la sentencia *Castells* en tiempo y forma, todo parece indicar que la preocupación del Gobierno español era blanquear la imagen ante sus socios europeos, presentando en julio de 1992 un informe ante el Consejo de Ministros del Consejo de Europa en el que se detallaba el cumplimiento de las obligaciones monetarias establecidas en la sentencia, y dando muestras de buena voluntad, se mostró que la misma había producido automáticamente efectos en la doctrina interna con respecto a la *exceptio veritatis* en el delito de injurias. De esta forma, de cara a dar por cumplidas las obligaciones del artículo 53 del CEDH, se advirtió de la inexistencia de un nuevo riesgo de que nuevamente se produjera la violación constatada en el asunto *Castells*.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Vid. DIJK, P., HOOF, F., RIJN, A, y, ZWAAK, L., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford, Intersentia, 2006, p. 342.

<sup>17</sup> Vid. LEACH, P. *Taking a Case to European Court of Human Rights*, Third Edition, New York, Oxford University Press., Inc, 2011, p. 363.

<sup>18</sup> «En todo caso el Gobierno “logró convencer” al Consejo de Ministros del Consejo de Europa UE [sic!] de que había tomado medidas para la ejecución de la Sentencia del caso *Castells*, invocando una sentencia en la que para nada se aludía al caso *Castells*, sino al asunto *Barberá Messegué y Jabardo*, y en la que por otro lado tan sólo se le daba a dicha jurisprudencia un valor interpretativo». Vid. URÍAS MARTÍNEZ, J., «Castells C. España (STEDH, de 26 de abril de 1992): La Libertad de Crítica Política Veraz», ALCÁCER GUIRAO, R., BELADIEZ ROJO, M., y, SÁNCHEZ TOMÁS J.M. (Edits.), *Conflicto y Diálogo con Europa. Las Condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ci-



Pero, ¿qué ocurrió con el esclarecimiento de los hechos denunciados por el entonces Senador Castells? ¿Qué ocurrió con el honor del representante público y el de los representados que esperaban una justa respuesta del aparato estatal?

Estas preguntas parecen disiparse tanto en el propio rollo judicial nacional, como en los propios europeos, suponiendo un balón de oxígeno para un gobierno incapaz de dar respuesta a tal escenario.

La complicidad estatal se refleja en la aparente forma de rehusar referirse al asunto *Castells* en la actividad judicial del TC. Nuevamente advierte Urías Martínez, que pese a que el Consejo de Europa emitiera la resolución DH 95 (93) por la que se daba por cumplidas las obligaciones del Estado español en este asunto, no es hasta el año 2000, hasta cuando el TC comienza a citar este asunto, de forma tal, que resulta «engañoso, dada la creciente tendencia del [TC] a reforzar la argumentación de sus decisiones por el sistema de “cortar y pegar” referencias de sentencias anteriores».<sup>19</sup> Como dato importante, se advierte la ausencia de utilización e incorporación de la principal aportación de la Sentencia a la jurisprudencia europea: el derecho de crítica política. Especialmente por parte de los representantes políticos, siendo en cambio un referente esencial de la jurisprudencia europea y de terceros países.<sup>20</sup>

Un referente que no termina de convencer a una parte de la doctrina, así por ejemplo, Català I Bas, desvirtuando el fondo del asunto *Castells* y refiriéndose al asunto *Haider vs. Austria*, acertadamente advierte que la libertad de expresión de un represen-

---

zur Menor, Editorial Aranzadi, SA, 2013, p. 571-2.

<sup>19</sup> Identifica este autor cuatro citas diferentes del TC al asunto *Castells* de escasa relación con la *ratio decidendi*, y, que precisan de cierta imaginación del lector para establecer alguna correlación. 1). El campo de acción de la libertad de expresión viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas. [*Castells vs. España*, párr. 46] Citado sin referirse a las injurias en: STC 112/2000, de 5 de mayo de 2000, Fj. 6; STC 99/2002, de 6 de mayo de 2002, Fj. 4; STC 181/2006, de 19 de junio de 2006, Fj. 5. 2). Hay que evitar el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión. [*Castells vs. España*, párr. 46] Citado para referir el uso moderado del Derecho penal en: STC 297/2000, de 11 de diciembre de 2000, Fj. 6; STC 127/2004, de 19 de julio de 2004, Fj. 4; STC 89/2010, de 15 de noviembre de 2010, Fj. 3. 3). La reputación ajena constituye un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar. [*Castells vs. España*, párrs. 39 y 42] Citado en: STC 49/2001, de 26 de febrero de 2001, Fj. 5; STC 204/2001, de 15 de octubre, Fj. 7; STC 127/2004, de 19 de julio de 2004, Fj. 5; STC 216/2006, de 3 de julio de 2006, Fj. 7. 4). La libertad de expresión ampara críticas molestas así lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura necesarios en sociedad democrática. [*Castells vs. España*, párr. 42] Única cita vinculada a la esencia del pronunciamiento europeo y vinculada al fallo español. Expresión recepcionada anterior al asunto *Castells*. Citado en: STC 20/2002, de 28 de enero de 2002, Fj. 4; STC 160/2003, de 15 de septiembre de 2003, Fj. 4; STC 198/2004, de 15 de noviembre de 2004, Fj. 7; STC 174/2006, de 5 de junio de 2006, Fj. 3; STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, Fj. 4; STC 56/2008, de 14 de abril de 2008, Fj. 5; STC 23/2010, de 27 de abril de 2010, Fj. 3. *Ibidem*. pp. 573-4.

<sup>20</sup> «El Tribunal Constitucional ha despreciado cada ocasión de invocarla en este sentido, que es probablemente el más trascendente [...] ha evitado toda oportunidad de demostrar explícitamente que acata la decisión, la incorpora a su acervo jurisprudencial y adapta su doctrina a ella». *Ibidem*, p. 575.

tante político no llega a los extremos de crear a su favor un hipotético derecho a ser entrevistado en la forma deseada,<sup>21</sup> tal y como determino la ComisiónEDH en *Haider*,<sup>22</sup> pero este no encaja en modo alguno, con *Castells*.

## 2. *Otegi vs. España*, donde el efímero blanqueamiento democrático queda reflejado como persecución

En julio de 1998, el juez titular del Juzgado central de instrucción núm. 5 de la AN, Baltasar Garzón Real, inició una cruzada censuradora contra los medios de comunicación en Euskera, ordenando el cierre de la Editora Orain S.A., del diario *Egin* y la emisora de radio *Egin Irratia*, por una aparente colaboración financiera con el entramado de la organización terrorista *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA).<sup>23</sup> Aquellas actuaciones fueron aplaudidas por el entonces Presidente del gobierno, Aznar, quien llegó a afirmar: «¿Creían ustedes que no nos íbamos a atrever?». <sup>24</sup>

Pasados once años, el TS sentenció la ilegalidad de la censura y del secuestro por aplicarse indebidamente el artículo 129 del Cp 1995, pero sin hacer mención a las imposibles reparaciones.<sup>25</sup> Nuevamente en febrero de 2003, el juez titular del Juzgado central de instrucción núm. 6 de la AN, Juan del Olmo Gálvez, ordenó el secuestro y censura del diario *Euskaldunon Egunkaria*,<sup>26</sup> junto con el arresto incomunicado por cinco días,

---

<sup>21</sup> Vid. CATALÀ I BAS, A. H., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*, Valencia, Revista General del Derecho, 2001, p. 234.

<sup>22</sup> «Freedom of expression does not entail the right of a politician to be interviewed in a particular manner. Politicians must accept close scrutiny of their every word and deed by journalists and the public at large, particularly where they make statements susceptible of criticism. It is in the interests of free political debate that journalists make critical and provocative statements when interviewing politicians, particularly as the latter have the opportunity to respond immediately». Vid. Decisión ComisiónEDH, de 18 de octubre de 1995, *Haider vs. Austria*. Diligencia núm. 25060/94.

<sup>23</sup> Diligencias iniciadas por el Juzgado central de instrucción núm. 5 –del que era titular Garzón–, el 15 de julio de 1998, con número de sumario 18/98. Y ratificadas por la Sección tercera de la Audiencia Nacional. Vid. SAN, de 19 de diciembre de 2007, núm. 73, Sala de lo Penal, Sección tercera.

<sup>24</sup> El estamento judicial le recordó en aquel momento – según advierte Makazaga – que la democracia se basa en la separación de poderes, y que había sido el Poder Judicial, y no el Ejecutivo, quien había decidido cerrar *Egin*. La perspectiva de los años muestra que aquello no fue sino el comienzo del fin del respeto por la formas en lo que respecta a la separación de poderes en el Estado español». Vid. MAKAZAGA, X., *Manual del torturador español*, Urduliz, Editorial Txalaparta, 2009, p. 149.

<sup>25</sup> «Dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia, apartado IV a) del Fallo: "Se declara haber lugar a la declaración de ilicitud de sus actividades y disolución de las entidades siguientes: ORAIN S.A.; ARDATZA S.A. HERNANI IMPRIMATEGIA S.L.; PUBLICIDAD LEMA 2000, S.L.; ERIGANE S.L.; M.C.URALDE S.L.; UNTZORRI BIDAIK GANEKO; GRUPO Abilio (CUBA) ADUSMAR S.L., así como el comiso y liquidación de su patrimonio"». Vid. STS 3057/2009, de 22 de mayo de 2009, Fj. 186, p. 419.

<sup>26</sup> Incoado por el juez Juan del Olmo Gálvez, titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, de la Audiencia Nacional. El diario *Euskaldunon Egunkaria* era el único periódico editado en lengua vasca desde diciembre de 1990. Sobre la base de un informe de la Guardia Civil, la fiscalía interpuso una que-

de los miembros del consejo de administración y redacción.<sup>27</sup>

Realizada esta mínima aproximación a la situación imperante en el Estado español, con un fondo no diferente a *Castells*, el asunto *Otegi Mondragon* surgió como consecuencia de las declaraciones realizadas por el entonces controvertido portavoz del grupo parlamentario *Sozialista Abertzaleak*, Arnaldo Otegi Mondragon, a tan solo cinco días del secuestro del diario *Egunkaria* y de la detención de sus directivos.

Al margen del posible currículum de este líder político, en este concreto caso, respondiendo a una pregunta formulada por un periodista en una rueda de prensa, el portavoz del grupo parlamentario afirmó que, «...el rey de España es el jefe supremo del ejército español, es decir el responsable de los torturadores y el que protege la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo a través de la tortura y la violencia...».<sup>28</sup>

---

rella para investigar si el diario *Egunkaria*, entre otras empresas, formaba parte del entramado financiero de ETA. Pese a la endeble base fáctica del informe policial y la utilización de los propios agentes como peritos y testigos, el juez del Olmo ordenó el cierre temporal del diario, la intervención de sus activos y la detención provisional de sus dirigentes. Vid. AUTO (AN), de 26 de julio de 2004, Juzgado central de instrucción núm. 6. Diligencias previas 216/01.

<sup>27</sup> Procedimiento que fue anulado por la Sección de la AN, por no quedar acreditado que ni directa ni indirectamente, el periódico *Euskaldunon Edunkaria* defendiera los postulados de la banda terrorista. En sus deliberaciones advirtieron que, «[e]l cierre temporal de un medio de comunicación impreso de periodicidad diaria como medida cautelar es de difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico. [...] En el campo de la legalidad ordinaria, cuando se trata medios de comunicación, ninguna norma habilita de manera precisa y directa al juez para suspender provisionalmente su actividad, pareciendo insuficiente la cobertura del artículo 129 CP para decretar el cierre cautelar de un periódico, salvo quizás en supuestos excepcionales en evitación de nuevos delitos graves y cuando no sea posible otra medida menos gravosa [...]. Por lo tanto, su clausura plantea una dimensión colectiva añadida que en el caso del periódico *Egunkaria* afecta a los lectores en euskera que solo contaban con esa publicación diaria, lo que hace más intensa su valoración desde la perspectiva del pluralismo, valor superior de nuestro ordenamiento junto a la libertad, según el art. 1 de la Constitución. La clausura de *Egunkaria* se adoptó en el contexto de los poderes cautelares del juez, que están por principio al servicio de la efectividad del proceso. La resolución se amparaba en el art. 129 del Código penal, que prevé la adopción cautelar de medidas de seguridad en relación a empresas y personas jurídicas para prevenir la continuidad en la actividad delictiva. [...] La decisión reclamaba un juicio sobre la peligrosidad instrumental concreta que representaba el diario. [...] no puede sostenerse que la edición y difusión del periódico supusieran un peligro de reiteración delictiva, pues en sus contenidos no se amenazaba ni coaccionaba, ni se provocaba al delito, ni se hacía apología o enaltecimiento de los actos terroristas o de sus autores, ni se calumniaba ni se injuriaba, todas ellas conductas ilícitas que pueden ser realizadas por un medio de comunicación». Vid. SAN, 1347/2010, de 12 de abril de 2010, pp. 4-5

<sup>28</sup> En concreto, el Sr. Otegi como portavoz del grupo parlamentario al que representaba, realizó una serie de declaraciones relacionadas con el operativo policial desplegado contra el periódico *Egunkaria*. En las mismas, sostenía que el Rey de los españoles (Jefe del Estado español y jefe supremo del ejército, incluyendo la Guardia Civil), era el jefe de los que habían torturado a las personas detenidas en la operación llevada a cabo contra el mencionado periódico. Respondiendo a una pregunta formulada por un periodista, relacionada con la visita del Rey para la inauguración conjunta de una central eléctrica con el presidente del Gobierno Vasco, respondió: «¿Cómo es posible que se fotografien hoy en Bilbao con el rey de España, cuando el rey de España es el jefe supremo del ejército español, es decir el responsable de los torturadores y el que protege la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo a través de la tortura y la violencia?». Vid. STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragón vs. España*, párr. 10.

### 3. Discurso disidente del político detractor del Estado

Como consecuencia de aquellas declaraciones, la fiscalía presentó una querrela por injurias graves al rey, tal y como establecía el artículo 490.3 del Cp 1995,<sup>29</sup> en relación con el artículo 208,<sup>30</sup> siendo competente para juzgar a un parlamentario vasco, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV). A través de una sustanciosa sentencia, la presidenta y ponente de la sala del TSJPV, Nekane Bolado Zárrega, expuso la posición mayoritaria del Tribunal donde percibieron que las observaciones vertidas por el portavoz parlamentario eran «claramente ofensivas, impropias, injustas, oprobiosas y ajenas a la realidad»,<sup>31</sup> considerando en cambio, que las declaraciones se formularon por un parlamentario en un marco público político e institucional, con respecto a un contexto de crítica política «ajeno a lo más íntimo de la dignidad de las personas».<sup>32</sup>

El apasionado voto particular –parcialmente disidente– de la magistrada Bolado Zárrega advertía que, de la observación de las declaraciones del parlamentario, ninguna de las expresiones referían aspectos personales de la vida personal del monarca, resultando un fiel reflejo de la postura política del portavoz del grupo parlamentario, contraria a la forma de Estado de la Monarquía Parlamentaria establecida en la Constitución y proclive a la independencia del País Vasco. Por ello la censura que pudiera merecer no debieran alcanzar una consideración jurídica que prevaleciera sobre el respeto al derecho constitucional de la libertad de expresión y, pese a que las expresiones utilizadas consti-

---

<sup>29</sup> «El que calumniare o injuriare al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, [...] 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». Vid. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, Artículo 490.3, p. 34041.

<sup>30</sup> «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». Vid. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre..., op. cit., Artículo 280, p. 34019; Desde el 1 de julio de 2015, el párrafo segundo del artículo 208 ha quedado redactado por el número ciento doce del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: «Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173». Vid. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, p. 27126.

<sup>31</sup> Realidad empañada por numerosas denuncias en instancias internacionales, donde entre otros, Amnistía Internacional exhorta la eliminación de espacios de impunidad para los graves abusos contra los derechos humanos cometidos por ETA, a los que se sumarían sin investigar los cometidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado español. Vid. Amnistía Internacional, «Una agenda de derechos humanos para la X legislatura en España», Sección española de Amnistía Internacional, Madrid, 2012, p. 29.

<sup>32</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Bilbao), 1206/2005, de 18 de Marzo de 2005, Sala de lo Civil y Penal, Fj. 2.

tuyeran a todas luces una manifestación de violencia verbal –carente de elementales normas de comportamiento–, merecedora de reproche, debiera ser «en todo caso en un ámbito ajeno al enjuiciamiento criminal».<sup>33</sup>

Atendiendo a las circunstancias de aquel concreto caso, y refiriendo la no militancia del sistema constitucional español, en la medida que la Constitución no prohíbe el cuestionamiento de la forma de Estado adoptada, considerando la condición pública del sujeto pasivo, «así como la máxima dignidad resultante de ella, implica, a su vez, un grado máximo de sometimiento a la crítica política a la que siempre se hallan expuestos quienes ejercen el poder, crítica de una institución constitucional, la Corona, que, en una democracia, no está excluida del derecho a la libertad de expresión, y en tales casos éste adquiere, frente al derecho al honor el carácter de un derecho constitucional prevalente [sic!] en tales materias».<sup>34</sup> Considerando así, que «aquellas manifestaciones ni pusieron «en peligro el orden social en cualquiera de sus manifestaciones respecto de la seguridad del Estado, ni tampoco afecta el aspecto del honor, esto es, el núcleo intangible de la dignidad de la persona y quedar, por tanto, bajo la protección que les dispensa el derecho fundamental mencionado de la libertad de expresión».<sup>35</sup>

### 3.1 *Chilling effect* parlamentario: Otegi ante el TEDH

Conocido el tortuoso proceso ante el Tribunal Supremo y condena del parlamentario mediante STS 1284/2005, de 31 de octubre, así como, el injustificado Auto del Tribunal Constitucional, 213/2006, de 3 de julio de 2006, aquella anunciada superación ante el Consejo de Ministros del Consejo de Europa al poco de conocerse la condena del Estado español en el asunto *Castells*, se enfrentaba nuevamente a una injerencia no propia de un Estado democrático en lo concerniente al tratamiento del derecho a la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición.

En defensa del derecho a la libertad de expresión del artículo 10 del CEDH, Otegi formuló una denuncia ante el TEDH alegando en su defensa, entre otros, que el régimen

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, Voto particular de la juez Bolado Zárrega, Fj. 7.

<sup>34</sup> Reseñando que las expresiones utilizadas pudiesen ser merecedoras de reprobación, dejó claro que su voto particular se dirigió a la condición política del Sr. Otegi y al contexto en el que fueron realizadas las declaraciones en conexión con asuntos de interés general, emitiendo en un periódico denuncias de torturas y la forma constitucional del Estado. Todo ello sin olvidar, que en las declaraciones «su formulación exasperada, con manifiesta violencia verbal, carente de elementales normas de comportamiento o, inclusive, se decía, despectiva para la dignidad del Rey, han de considerarse excluidas del ámbito de actuación de la Ley penal, al no exceder de las limitaciones constitucionales con que han de ser ejercidos estos derechos». *Ibidem*, Voto particular de la juez Bolado Zárrega, Fj. 7.

<sup>35</sup> *Ibidem*, Voto particular de la juez Bolado Zárrega, Fj. 7.

de protección reforzada conferido a la Corona española no resultaba compatible con el artículo 10 de la Convención, en alusión a la propia jurisprudencia del TEDH en los asuntos *Colombani* y *Pakdemirli*.<sup>36</sup>

Por otra parte, el parlamentario invocó que la condena que le habían impuesto era desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática, por provenir de su propia actividad como portavoz de un grupo parlamentario, además de las propias circunstancias que rodeaban al caso que lo convertían en un contexto sumamente familiar para el TEDH,<sup>37</sup> dado que el archivo de las denuncias formuladas por delitos de tortura sin investigar, era ya una práctica habitual en el Estado español,<sup>38</sup> así como la concesión de inadmisibles indultos regios.<sup>39</sup>

En el inicio de sus deliberaciones, comprobó el TEDH que la injerencia en la libertad de expresión de Otegi estaba prevista por la ley, pero apoyándose en *Castells*, recor-

---

<sup>36</sup>De acuerdo con el asunto *Colombani*, en el que el director del diario *Le Monde* y el autor de un artículo que de alguna manera injuriaba al rey de Marruecos, el TEDH, consideró que, «conferring on foreign heads of State a special privilege that cannot be reconciled with modern practices and political conceptions. Whatever the obvious interest which every State has in maintaining friendly relations based on trust with the leaders of others states, such a privilege exceeds what is necessary for that objective to be attained. Accordingly, the offence of insulting a foreign head of State is liable to inhibit freedom of expression without meeting any 'pressing social need' capable of justifying such restriction». Vid. STEDH, de 25 de Julio de 2002, *Colombani and others vs. France*, párrs. 68-9; y al respecto de la sobreprotección del presidente de la República de Turquía. Vid. STEDH, de 22 de febrero de 2005, *Pakdemirli vs. Turquie*, párrs. 51-2.

<sup>37</sup>Entre el largo número de casos en los que el Estado español ha sido denunciado ante el TEDH por delitos de torturas, encontramos, entre otros: STEDH, de 8 de enero de 2009, *Iribaren Pinillos vs. España*; STEDH, de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa vs. España*; STEDH, de 8 de marzo de 2011, *Beristain Ukar vs. España*, STEDH, de 24 de julio de 2012, *B.S. vs. España*; STEDH, de 16 de octubre de 2012, *Otamendi Egiguren vs. España*. En todas ellas el TEDH, detectó insuficientes las investigaciones realizadas en torno a los delitos de torturas perpetrados durante la detención y periodo de incomunicación, condenando al Estado español por violación del artículo 3 del CEDH.

<sup>38</sup>Sacando a colación el asunto *Martínez Sala y otros vs. España*, de 2 de noviembre de 2004, por el que se detuvieron a quince independentistas catalanes y se les sometió a un régimen de incomunicación en el que fueron torturados. En contra de la inadmisión de amparo del TC español, el TEDH consideró que las investigaciones realizadas no fueron lo suficientemente profundas y efectivas. «The Court was not satisfied that the investigations had been sufficiently thorough and effective for the purposes of Article 3. It noted that although the applicants had referred in their complaints to the members of the security forces who had questioned them in custody, one of the reasons the investigating judge had repeatedly given for making the discharge order was the difficulty in identifying those responsible for the alleged ill-treatment». Vid. STEDH, de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala and others vs. Spain*.

<sup>39</sup>Por medio de un histórico y especialmente cuestionable instrumento regio, la discriminada concesión de indultos, bien sean reales o gubernamentales, no solo atenta contra la esencia misma de la Constitución, sino, que directamente subrogan la autoridad del poder judicial, ridiculizando en lugar de reforzar la ejecutoriedad del ordenamiento jurídico, obteniendo finalmente un efecto contrario –como en este caso– al deseado, con respecto a las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Así en lugar de mostrar una nítida aplicación y cumplimiento de la ley, invitan a digerir las más infames impunidades ante los hechos más atroces cometidos por el aparato del Estado y, como no, por el ser humano que en definitiva está *ex tunc*. En su defensa Otegui, acertadamente anotó el asunto *Kepa Urra Guridi vs. España*, por el que el Comité contra la tortura instaba al Estado español a velar porque en la práctica se impongan penas adecuadas a los autores de actos de torturas. Vid. *Kepa Urra Guridi vs. España*, de 17 de mayo de 2005, Comunicación No. 212/2002, CAT/C/34/D/212/2002, Deliberación 8.

dó una vez más, que tal y como establece el artículo 10.2 del CEDH, la legitimidad de la injerencia apenas deja lugar para restricciones en el ámbito del discurso y del debate político, dado que si la libertad de expresión es preciada para cada uno de nosotros, lo es muy especialmente para un cargo electo por el pueblo que representa a sus electores y defiende sus intereses, advirtiendo a los tribunales españoles, que cuando el mensaje es dirigido en contra de una institución o una figura pública, «los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un hombre político, contemplado en esta calidad, que de un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por la masa de los ciudadanos; debe, por lo tanto, mostrar una mayor tolerancia».<sup>40</sup>

De esta forma, no duda la Corte europea en detectar, aludiendo a la doctrina en *Mamère*,<sup>41</sup> que las declaraciones estuvieron insertas dentro del debate político e inscritas en un debate de interés público donde la necesidad de la injerencia está especialmente limitada.<sup>42</sup> Como nota importante admitió que el lenguaje empleado puede considerarse provocador y pinta un cuadro de lo más negativo del rey como institución, dando una connotación hostil, que sin embargo, no exhorta «al uso de la violencia, [y por tanto] no se trata de un discurso de odio».<sup>43</sup>

Así, en detrimento de la inobservancia de los tribunales nacionales, advirtió de forma precisa que, al entrar el discurso dentro de la esfera de las comunicaciones orales formuladas sin la debida reflexión, privó al parlamentario de la posibilidad de que estas pudieran ser reformuladas e incluso ser retiradas antes de su publicación.<sup>44</sup>

Advirtió el TEDH que el hecho de que el rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, no puede ponerle al abrigo de cualquier crítica en el ejercicio de sus

---

<sup>40</sup> «A politician inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his every word and deep by both journalists and the public at large, and he must display a greater degree of tolerance, especially when he himself makes public statements that are susceptible of criticism». Vid. STEDH, de 28 de septiembre de 2000, *Lopes Gomes da Silva vs. Portugal*, párr. 30; STEDH, de 8 de julio de 1986, *Lingens vs. Austria*, párr. 42; STEDH, de 27 de mayo de 2004, *Vides Aizsardzības Klubs vs. Letonia*, párr. 40; STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon vs. España*, párr. 50.

<sup>41</sup> Donde un representante electo del comité de asuntos ecológicos, fue censurado al informar acerca de un asunto de importancia pública internacional, como lo es, la exposición pública ante los riesgos nucleares consecuencia del desastre de Chernobil. «The Court accordingly considers that the margin of appreciation available to the authorities in establishing the “need” for the impugned measure was particularly narrow». Vid. STEDH, de 7 de noviembre de 2006, *Mamère vs. France*, párr. 20.

<sup>42</sup> Vid. STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon vs. España*, párr. 51.

<sup>43</sup> *Ibidem*, párr. 54.

<sup>44</sup> «[L]a Cour tiendra compte en particulier des termes utilisés dans les déclarations, du contexte dans lequel celles-ci ont été rendues publiques et de l’affaire dans son ensemble, y compris le fait qu’il s’agissait d’assertions orales prononcées lors d’émissions de radio en direct, ce qui a ôté la possibilité au requérant de les reformuler, de les parfaire ou de les retirer avant qu’elles ne soient rendues publiques». Vid. STEDH, de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo vs. España*, párr. 46.

funciones oficiales «como representante del Estado, que él simboliza, en particular, por parte de los que impugnan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluso su régimen monárquico»,<sup>45</sup> identificando finalmente, que las declaraciones de Otegi aludían la responsabilidad del rey como jefe y símbolo del aparato oficial y de las fuerzas intervinientes.

Decaída así la condena a Otegi en el escrutinio de legitimidad, y posiblemente con ánimo de introducir definitivamente el tratamiento de la libertad de expresión concierne a la protección de las instituciones en el ADN jurisprudencial español, se aventuró el TEDH, en el análisis de la proporcionalidad de las medidas ejecutadas, identificando en su base jurisprudencial que,

*una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político solo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, en particular, cuando otros derechos fundamentales son gravemente atacados, como en la hipótesis, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o de incitación a la violencia.*<sup>46</sup>

Remitió finalmente al Estado español a contemplar las orientaciones del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa,<sup>47</sup> reafirmando que las

---

<sup>45</sup> Evoca aquí el TEDH el atino del TSJPV, donde identificó que, criticar una institución constitucional no está excluido del derecho a la libertad de expresión, destacando el TEDH, que es precisamente cuando se presentan ideas que sorprenden, que chocan y que contestan el orden establecido cuando la libertad de expresión es máspreciada. En atención a la jurisprudencia del *asunto Women on Waves and other vs. Portugal*. Vid. STEDH, de 3 de febrero de 2009, *Women on Waves et autres vs. Portugal*, párr. 42; STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon vs. España*, párr. 56.

<sup>46</sup> Vid. STEDH, de 22 de junio de 2010, *Bingöl vs. Turquie*, párr. 41; (*mutatis mutandis*) STEDH, de 17 de diciembre de 2004, *Cumpănă and Mazăre vs. Romania*, párr. 115; STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon vs. España*, párr. 59.

<sup>47</sup> En declaración conjunta sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, advertía de que algunos sistemas jurídicos internos «still grant legal privileges to political figures or public officials against the dissemination of information and opinions about them in the media, which is not compatible with the right to freedom of expression and information as guaranteed by Article 10 of the Convention [...] The state, the government or any other institution of the executive, legislative or judicial branch may be subject to criticism in the media. Because of their dominant position, these institutions as such should not be protected by criminal law against defamatory or insulting statements. [...] Individuals representing these institutions remain furthermore protected as individuals.[...] Political figures should not enjoy greater protection of their reputation and other rights than other individuals, and thus more severe sanctions should not be pronounced under domestic law against the media where the latter criticise political figures. [...] Defamation or insult by the media should not lead to imprisonment, unless the seriousness of the violation of the rights or reputation of others makes it a strictly necessary and proportionate penalty, especially where other fundamental rights have been seriously violated through defamatory or insulting statements in the media, such as hate speech». Vid. Committee of Ministers, Council of Europe, «Declaration on freedom of political debate in the media», 872nd meeting, de 12 de febrero de 2004; De forma análoga, en octubre de 2007, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, entre otros, invitaba a suprimir sin tardanza las penas –en torno a la difamación–, rechazar de la legislación relativa a la difamación, cualquier protección reforzada de las personalidades públicas de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal. Vid. Parliamentary Assembly, Council of Europe, «Towards decriminalisation of defamation», Resolución nº



circunstancias del caso no podían justificar la imposición de una condena a una cuestión de interés público legítimo, produciendo inevitablemente un efecto general de silenciamiento en el parlamentario.

«Nada en las circunstancias del presente caso, en donde las afirmaciones en litigio fueron realizadas en el contexto de un debate sobre una cuestión que presentaba un interés público legítimo, podía justificar la imposición de una pena de prisión. Por su propia naturaleza, tal sanción produce inevitablemente un efecto disuasorio [...] Si tal medida pudo aliviar la situación del demandante, no borra sin embargo su condena ni las repercusiones duraderas de toda inscripción en el registro de antecedentes penales».<sup>48</sup>

#### 4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Efecto multiplicador

En una ponencia sobre la libertad de expresión en internet, impartida en el Palacio de la Aljafería, aducía el magistrado Díez-Picazo a considerar el *efecto multiplicador* del mensaje en atención al pronunciamiento de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto *Google Spain vs. AEPD and Mario Costeja González*. De esta forma, es importante considerar a la hora de someter a examen cualquier asunto en el que esté implicado el Derecho fundamental a la libertad de expresión, la relevancia del altavoz desde donde es proferido cualquier mensaje, una cuestión inadvertida mayoritariamente por los tribunales, pero que tendría bastante conexión con el test del *clear and imminent danger* de los jueces estadounidenses Holmes y Brandeis.

De esta forma, el TJUE advierte –refiriéndose a Internet– que la injerencia en los derechos fundamentales se multiplica habida cuenta de la facilidad con la que la información publicada puede ser copiada y se aleja del control de los tribunales.<sup>49</sup>

En el caso del *hate speech* en política el efecto multiplicador sería aún más exponencial, dado que a su público natural militante, se anudaría aquel al que llegara el mensaje mediante los medios de comunicación que estén pendientes del debate político en su función de *public watchdog*. Pero, a su vez, a este último se sumaría el indomable ámbito de la Internet donde los mensajes se filtran hasta los lugares más recónditos.

---

1577 (2007), de 27 de octubre de 2007, párr. 17.

<sup>48</sup> «Such a sanction, by its very nature, will inevitably have a chilling effect on public discussion, and the notion that the applicant's sentence was in fact suspended does not alter that conclusion particularly as the conviction itself was not expunged». Vid. STEDH, de 19 de febrero de 2009, *Martchenko vs. Ucrania*, párr. 52; (*mutatis mutandis*) STEDH, de 17 de diciembre de 2004, *Cumpănă and Mazăre vs. Rumania*, párr. 116; STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon vs. España*, párr. 60.

<sup>49</sup> Vid. STJUE C-131/12, de 13 de mayo de 2014, *Google Spain, S.L., Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, párrs. 80-84, pp. 25-7.

En cualquier caso, y siguiendo a Alcacer Guirao, únicamente sería posible restringir el *hate speech* cuando suponga una provocación directa a la violencia inminente y en aquellas sociedades en situación estructural en crisis donde las desigualdades existen *de facto* entre grupos sociales y sean de tal grado que impidan a algunos a acceder en condiciones de igualdad al ejercicio de la libertad de expresión.<sup>50</sup>

## 5. Inadmisión de la jurisprudencia del TEDH en el Estado español: la perseverante sobreprotección institucional y gubernamental

Análogo a la obstinada sobreprotección y criminalización de la disputa con la versión oficial de ciertas etapas históricas, la exorbitante protección conferida en el Estado español a su Corona y al fuero gubernamental, tal y como hemos advertido, no concilia con los principios democráticos ni, en este caso, con la jurisprudencia del TEDH.

Pero tal empeño, lejos de concordar con tiempos coetáneos parece embragar con un anquilosante constitucionalismo y con una completa ausencia de voluntad política mayoritaria de cambio. Siendo uno de los sistemas constitucionales más bisonños de los constitucionalismos americanos y europeos y, especialmente, por ser el relevo de un régimen de terror y de anteriores regímenes monárquicos totalitaristas; las exiguas etapas constitucionales españolas, apenas tuvieron la oportunidad de sentar un dinamismo. En España, a diferencia de otros estados de su entorno, pese a reconocer la apertura de su Carta Magna que la soberanía reside en el pueblo, jamás se confirió al pueblo que eligiera de forma previamente informada y desde todo tipo de perspectivas, la posibilidad de elegir el modelo de Estado ni que el soberano fuese un rey dinástico.

Pero la rigidez protectora obedece también a una rigidez garantista y a una completa ausencia de voluntad de cambio, Ferrajoli identifica como problema común de los derechos fundamentales, su garantía constitucional. De esta forma, al igual que sucediera en Italia, la rigidez instaurada por los autodenominados constitucionalistas españoles,<sup>51</sup> no dejó mucho margen de maniobra para la reforma de algunos de los derechos y

---

<sup>50</sup> Vid. ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes»..., op. cit., p. 02:30.

<sup>51</sup> Por ser el constitucionalismo un sistema de comportamientos y pautas que configuran la forma de hacer comunidad, es a todos efectos, la definición aportada por la RAE (entre otras: jurista especializado en derecho constitucional) pobre y carente de contenidos. El paternalismo con el que se autodenominaron padres de la constitución aquellos elegidos signatarios del actual decadente sistema constitucional español, da una buena muestra del sistema feudalista español. Por ser un sistema constitucional, en esencia, el núcleo de unión y representación del pueblo, resulta soez atreverse a autodenominarse constitucionalista por ser el constitucionalismo la constitución de todo pueblo en su concepción humana, no intelectual. A diferencia de otros sistemas constitucionales con una dilatada experiencia, como lo son el estadounidense y principalmente el helvético, la Constitución española de 1978 arranca supeditando al pue-

garantías establecidos. «Gracias a esta garantía el conjunto de los derechos, en cuanto sistema de límites y de vínculos impuestos para la protección de cada uno y de todos a los poderes mayoritarios, se configura como la esfera de lo indecible».<sup>52</sup>

Sin embargo, existen otro tipo de instrumentos que con una mínima muestra de voluntad política, pueden dejar sin efecto las prerrogativas que gozan las instituciones y sus representantes respecto de la ciudadanía. Esto es, el cumplimiento de los tratados internacionales –incluida la jurisprudencia– por encima de su fuero constitucional. Pero estas nuevas fuentes normativas que aspiran a prevalecer sobre las leyes y constituciones de los Estados, parecen abrirse espacio a un nuevo poder absoluto,<sup>53</sup> como lo demuestra la reforma exprés del artículo 135 de la Constitución española impuesta manifiestamente a espaldas del pueblo,<sup>54</sup> y en cambio se aferran al reconocimiento y esencia constitucional del poder real, soberano y unitario del pueblo para el pueblo.

Tal aferramiento, puede producir los efectos opuestos al deseado por la ley. De esta forma advertía Anasagasti, refiriéndose al secuestro de la revista *El Jueves*, que su censura abrió la espita especialmente a la gente joven.<sup>55</sup> Y ciertamente, el asunto *El Jueves*, situado entre los pronunciamientos *Castells* y *Otegi*, resultó un nuevo acto de censura injustificada contra la publicación, satírica y no violenta, de una viñeta en la que se mostraban a los que con una buena dosis de imaginación, parecían ser los entonces sucesores de la Corona en cierta posición sexual.<sup>56</sup> Pero lo más destacable de este asunto,

---

blo español a la figura paternal y omnipresente del rey, en lugar de hacerlo con la fórmula fraternal empleada por aquellos dos: el pueblo.

<sup>52</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Il diritto come sistema di garanzie*, Andrés Ibáñez, P. y Greppi, A. (Trad.), Madrid, Editorial Trotta, S.A., 1999, p. 113.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>54</sup> El pasado 27 de septiembre de 2011, sin celebrarse una previa iniciativa de reforma constitucional que permitiera un debate parlamentario al respecto e informara consecuentemente al pueblo de las posibles opciones legislativas. En una muestra de desprecio al pueblo español, los dos partidos mayoritarios junto con el Jefe de estado, aprobaron la reforma del artículo 135 de la Constitución sin consultar a la ciudadanía soberana. Vid. Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011, BOE, núm. 233, de 27 de septiembre de 2011, pp. 101931-41.

<sup>55</sup> Vid. ANASAGASTI, I., *Una Monarquía protegida por la censura*, Tres Cantos, Ediciones Akal, S.A., 2009, pp. 9-10.

<sup>56</sup> Publicado en el núm. 1573 del Año XXX de la revista *El Jueves*, de 18 de julio de 2007, el titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, juez del Olmo, ordenó a través de P.A. núm. 220/07, el secuestro del semanario satírico de los puntos de venta, así como la destrucción de los moldes, por cierto, inexistentes. Seguido por el delito de injurias a la Corona contra los autores de las viñetas, quienes resultaron condenados a multa de 3000 euros, por el juez José María Vázquez Honrubia, quien llegara a sostener: «Pues bien visto el contenido de esos dibujos e historietas parece evidente que en el presente caso los acusados colaboradores de la revista satírica han traspasado la delgada línea que separa la sátira muchas veces feroz y, visto el contenido del libro, hasta despiadada para situarse en el puro insulto y el vilipendio innecesario y por ende, no para criticar alguna actuación o manifestación de la Corona sino un acto gubernamental en la que esta no había intervenido en absoluto». Vid. SAN 43/2007, de 13 de noviembre de 2007, Juzgado Central de lo Penal, Sección primera, Fj. 4.

es el momento en el que el pleno de la Sala de lo Penal de la AN (16/4) declaró: 1) Que el contenido de aquella viñeta no superaba el test de relevancia al ser carecer la opinión que transmitía de interés para el fin de formación de la opinión pública. 2) Que no superaba tampoco el test de proporcionalidad por no estar amparadas constitucionalmente, las expresiones innecesariamente ofensivas, vejatorias e insultantes.<sup>57</sup> Razonamientos que no fueron compartidos por el magistrado Sáez Valcárcel, quien acertadamente afirmó, que una caricatura es la forma con la que ejercen normalmente la libertad de expresión los medios de prensa satíricos en los sistemas democráticos.<sup>58</sup>

La destrucción pública de fotografías de los reyes como forma de protesta política, ha sido objeto también de un reciente pronunciamiento del TC, originario de una manifestación de carácter político contra la monarquía en Cataluña. Esta fue encabezada por una pancarta que expresaba: *300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española*, y que finalizó, con la que se quema de las fotos invertidas de los reyes. Consecuencia de la misma, varias personas fueron procesadas en la AN por delitos de injurias a la Corona del referido artículo 490.3 del Cp1995 y condenadas a penas de 15 meses de prisión.<sup>59</sup> Apelada la sentencia ante el pleno de la Sala de lo Penal de la AN, en sus razonamientos y sin hacer mención expresa a *Castells* u *Otegi*, admitió que aquellos manifestantes ejercieron el derecho a proclamar sus ideas con total libertad, pero rechazó la apelación por considerar, entre otras cosas, que al colocar la imagen del Jefe

---

<sup>57</sup> Con estas dosis paternalistas, la AN, de un plumazo certifica que el único medio de comunicación indecente en el espectro mediático español, era la revista *El Jueves*, incapaz de contribuir al buen hacer y formar de los ciudadanos. Respetando aquel pronunciamiento, el mismo, parecía argüir aún mayores dosis satíricas que la propia viñeta. Vid. SAN 2/08, de 24 de abril de 2008, Sala de lo Penal, Pleno, Fj. 3.8, p. 18.

<sup>58</sup> En aquel concreto caso, advierte el magistrado Ramón Sáez Valcárcel, al que se adhieren los magistrados Manuela Fernández Prado, José Ricardo de Prada y Clara Bayarri García, que: 1) Que la caricatura es una forma de expresión que no se toma en serio, que se presenta en sociedad desde la lógica y con los signos de lo estafalario...2) La viñeta era de interés público por ser su tema principal una iniciativa del gobierno de contenido social, orientada a la campaña electoral inmediata, para promover la natalidad. 3) Improcedencia del objeto de la crítica, por ir referida a una medida del gobierno y no contra la Corona. 4) Por estar referida la viñeta a dos personajes públicos. «Ninguna autoridad ni institución pública se sustrae a la crítica política. En puridad, cuanto más poder más sometimiento a la crítica, desde luego menor esfera de protección del honor de las personas encarnan u ostentan la representación de dichas instituciones. Porque las instituciones públicas carecen de honor, la esencia de ese bien jurídico es la dignidad humana, como indica el art. 208 del Código penal al definir la injuria como la acción o expresión que lesiona la dignidad de “otra” persona». 5) No queda demostrado por qué resulta estrictamente denigrante representar en una viñeta a una pareja en el goce sexual. 6) «La estrategia narrativa, frente a lo que opina la mayoría, era adecuada al objetivo de la expresión crítica de la idea en la medida que los Príncipes, sometidos a la crítica como sujetos de poder –al menos a nivel de quienes ocupan cargos electivos–, podrían resultar destinatarios de la subvención». 7) *Animus iocandi*: porque la crítica o bufa sigue siendo y ha de demostrarse con esfuerzo argumental lo contrario, es decir la presencia del elemento subjetivo del injusto. *Ibidem*, Votos disidentes de los magistrados: Sáez Valcárcel, Fernández Prado, Ricardo de Prada y Bayarri García.

<sup>59</sup> Vid. Sentencia del Juzgado Central de lo Penal de la AN, de 9 de julio de 2008, P.A. núm. 278/2007.

del Estado en posición claudicante y prenderle fuego –como muestra de desprecio y destrucción institucional–, mostraron una carga negativa de la que los actores eran plenamente conscientes del exceso que la expresión representaba por ocultar sus rostros para no ser reconocidos.<sup>60</sup>

Nuevamente, el magistrado Sáez Valcárcel recordó que la condena objeto de revisión era consecuencia de un acto de disidencia política comprometiendo su criminalización derechos humanos fundamentales como el de la libertad ideológica y la libertad de expresar opiniones, y, trató de mostrar al resto de magistrados, que la opinión pública libre es el sustento de la democracia y que la crítica política realiza el necesario control y cuestionamiento de las instituciones. Una crítica que puede perseguir la legítima defensa del cambio de la forma política del Estado de la que su represión únicamente conduce a la disuasión grave (*chilling effect*) y al cuestionamiento plural de la esfera pública. «Desalienta la disidencia que se produce desde abajo, en la sociedad, la que viene del espacio público común, precisamente la más precaria y preciosa como sustancia del pluralismo y de la democracia, frente a la sobreprotección de la que goza su representación deformada que se escenifica en los medios de comunicación de masas, prototipo de espacio privado y clausurado, cuya función es la exhibición de los discursos del consenso y la exclusión de las manifestaciones de discrepancia. La protesta social sólo accede a los medios mediante actos rituales –como, por ejemplo, la quema de los iconos del poder–, si son reprimidos penalmente se impide el desarrollo del espíritu crítico, alimento de la libertad».<sup>61</sup>

La puntual descripción que hace este magistrado de la misión de la protesta social contra sobreprotección institucional, unida a la ya consolidada doctrina del TEDH, no debería dejar margen de error alguno para la finalización de la aferrada trayectoria paternalista, sin embargo, la esperada respuesta del pleno del TC al asunto de la quema de las fotos de los reyes, llegó el pasado mes de julio de 2015 representando nuevos retos al ejercicio de la libertad de expresión dado que en su pronunciamiento, nuevamente el

---

<sup>60</sup> De forma tácita e involuntaria, reconoce el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la obstaculización y disuasión del ejercicio de la libertad de expresión mediante la instrumentalización del Derecho penal, por ser conscientes los actores que al ser reconocidos posiblemente serían procesados, lo cual no es muestra de una actuación típica, sino, por el contrario, de un ejercicio de la libertad de expresión coartado y típico de un régimen que desconoce el libre ejercicio de la libertad de expresión. Vid. SAN 4837/2008, de 5 de diciembre de 2008, Sala de lo Penal, Fj. 3.

<sup>61</sup> Más propio de los apasionados pronunciamientos de la USSC, la precisión y elocuencia con la que el magistrado Sáez Valcárcel define la esencia de la libertad de expresión y manifestación, hace iluminar un hilo de esperanza en el atrasado sistema judicial español. *Ibidem*, Voto disidente del magistrado Sáez Valcárcel.

TC tiende una alfombra roja al TEDH y se anticipa a los escrutinios de proporcionalidad y necesidad, considerando –en una muestra de absoluto desprecio por los derechos fundamentales del ciudadano– que el empleo del Derecho penal no vulnera el derecho fundamental a la libertad ideológica por no fundamentarse el reproche penal de las sentencias impugnadas «en el posicionamiento ideológico de los recurrentes, sino en el contenido de un acto episódico de naturaleza simbólica. [...] En suma, pues, la condena penal carece del proscrito efecto disuasorio respecto de la exteriorización de un determinado credo político en torno a la institución monárquica o, más concretamente, respecto de la figura del Rey, ya que tal condena se anuda, exclusivamente, al tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales de los Reyes».<sup>62</sup>

Pero, suponer que un acto episódico no continuo en el tiempo ni perseverante en la obtención del fin último perseguido, incita al odio y a la exclusión, y que ese acto episódico tiene, en suma, una naturaleza simbólica, es demasiado suponer. Y todo ello, aun admitiéndose que no se produjeron incidentes en materia de orden público.<sup>63</sup>

### III. CONCLUSIONES

Pese a las reiteradas buenas intenciones de adaptar la legislación interna nacional a las exigencias que establecen las modernas sociedades democráticas en lo referente a la protección de la libre difusión de las ideas, el Estado español no ha hecho más que perseverar de forma continuada en la sobreprotección de sus instituciones y personalidades pese a las reiteradas condenas en Castells y Otegi. La más reciente, la establecida por la Audiencia Nacional a una Concejala del Ayuntamiento de Alacant por injuriar al rey emérito, por los conocidos desmanes en colaboración con el sangriento régimen saudí en sus lamentables cacerías. Sin lugar a dudas, insultos frente a los que la edil debiera de mostrar una actitud ejemplarizante en sus discursos, como representante del pueblo que es, pero que por otro lado, en el mejor de los casos debieran de formar para de la intervención del derecho civil, y nunca, de la intervención punitiva. La injuria como tal, difícilmente pudiera conllevar a una situación de incitación a la violencia, y en un su-

---

<sup>62</sup> Vid. STC 177/2015, de 22 de julio de 2015, BOE, núm. 200, de 21 de agosto de 2015, Fj. 5, p. 76016.

<sup>63</sup> De esta forma, con el fin de justificarse ante el envite del TEDH, temeroso el TC del test de necesidad, admite la inexistencia de brotes violentos pero los supedita a la innegable connotación destructiva que comporta la quema de la fotografía de los reyes, resultando tal hecho –según sus especulaciones– capaz de suscitar entre los presentes, reacciones violentas e «incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas». *Ibidem*, Fj. 5, p. 76016.

puesto como este último en el que tan solo cuatro personas diarias leyeron la crítica, el efecto multiplicador e incitador al odio, resultaba del todo imposible. Todo ello sin contar con el fondo de un asunto de trascendental importancia política y ser emitido por un representante político.

Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo rebajaba la pena a un año de prisión a un joven valenciano de 21 años por humillar a diversas víctimas de ETA en Facebook, mientras al mismo tiempo, el gobierno “en funciones” hacía lo propio humillando una vez más a las víctimas del terrorismo de estado, paralizando la ley de víctimas navarra por la vía del artículo 161.2 de la Constitución.

Estos o los anteriores pronunciamientos, sin lugar a dudas pueden dar lugar a nuevas y justificadas condenas al régimen español si el gobierno que surja de esta suerte de controversias no pone cartas en el asunto.