

## ¿Serán precisas más condenas del TEDH para dejar de proteger lo (in)defendible en España? crónica de una interminable manipulación del *hate speech* para enmudecer al disidente molesto

*do we need more ECHR sentences to stop protecting the (in)defensible in Spain?  
Chronicle of an endless manipulation of hate speech to silence the annoying dissident*

DAVID MARTÍN HERRERA

*Universidad Nacional de Educación a Distancia*

RECEPCIÓN: 3/04/2018 • ACEPTACIÓN: 25/05/2018

*[La represión penal] 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 solo 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.*

Sáez Valcárcel R.

**RESUMEN:** El presente estudio hace un repaso cronológico a las sentencias con las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a España por su perseverante protección del honor de sus instituciones y autoridades mediante el empleo del Derecho penal.

A pesar de la taxatividad de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Castells y Otegi Mondragon, Gobierno y Justicia perduran sobreprotegiendo sus instituciones escudándose ahora en una retorcida

interpretación de la efímera doctrina del discurso del odio que no conduce sino a complicar la coexistencia en una sociedad tan diversa y plural como la española.

El último de los pronunciamientos del TEDH, *Stern Taulats y Roura Capella vs. España*, acaba de llegar en un momento realmente crucial para la arena política española. La convergencia del inverosímil desafío político-separatista catalán, con esta última condena a la protección penal de las instituciones y sus autoridades frente a la crítica política ultrajante, urge a una profunda adaptación del modelo de Estado en España.

**ABSTRACT:** The present study aims to give a chronological review of the European Court of Human Rights case law that condemned Spain for its persevering protection of the honor of its institutions and authorities using criminal law.

Despite the exhaustiveness of the European Court of Human Rights (ECHR) statements in *Castells* and *Otegi Mondragon*, Government and Justice continue to protect their institutions by applying a twisted interpretation of the ephemeral doctrine of hate speech that only leads to a complication of the coexistence in a society as diverse and plural as the Spanish.

The last of the pronouncements of the ECHR, *Stern Taulats and Roura Capella vs. Spain*, has arrived in a crucial moment for the Spanish political arena. The convergence of the disingenuous political-separatist challenge in Catalunya and this sentence on the criminal protection of institutions and their authorities facing the outrageous political criticism, calls for a profound review of the State model in Spain.

**PALABRAS CLAVE:** Libertad de expresión, instituciones, perro guardián, expresiones de odio, *chilling effect*.

**KEY WORDS:** Freedom of speech, institutions, public watchdog, hate speech, *chilling effect*.

## Introducción<sup>1</sup>

Conocido por sus ensayos críticos con el sistema institucional, Foucault identificaba 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. Aquel sistema, lo denominó edificio jurídico y consideraba que fue construido a medida y en beneficio del poder real, de forma tal, que hasta que ese edificio jurídico escapara del control real, y se volviera en su contra, no se pondría en entredicho los límites de su 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>2</sup>.

---

1. Es importante destacar aquí que, con motivo de la STC 177/2015, una versión anterior de este estudio se envió para su publicación en la *Revista de Derecho Político*, el cual, de acuerdo con su normativa, fue rechazado por el consejo de revisión. Si bien es preciso apuntar aquí, que muchas de las anotaciones entonces recibidas tenían fundamento y han servido para mejorar la redacción que ahora presentamos, otras, en cambio, nos hicieron asimilar que la parte nuclear del rechazo de aquella publicación estaba basada en meras cuestiones ideológicas en lugar de hechos subsanables del fondo que todo escrito presenta. Cito aquí algunos de los comentarios que, de forma legítima, pero ausentes de fundamento, el revisor desde su anonimato realizó:

“La militancia ‘antisistema’ del autor y en particular su obsesiva animadversión hacia la figura del monarca, le lleva a dibujar un escenario sombrío [...] Esa hostilidad, que no se molesta en ocultar, le lleva a distorsionar de forma maniquea la realidad y hacer valoraciones que no se sostienen por su falta de rigor. [...] Así, no se puede hablar de ‘la discriminada concesión de indultos, bien sean reales o gubernamentales’ [...] ni se puede dar a entender que España es un país al que el Tribunal de Estrasburgo condena constantemente ‘por delitos de torturas’ [...] entre otras razones, porque somos uno de los Estados menos condenados en términos globales [...] Y por cierto ‘Iribaren vs. España’ no fue un caso de tortura, sino de exceso en el uso de la fuerza por parte de la policía antidisturbios. [...] No es de recibo tampoco que se diga que ‘en España [...] jamás se confirió al pueblo que eligiera [...] el modelo de Estado ni que el soberano fuese un rey dinástico’. Nuestra forma monárquica está tan legitimada democráticamente como cualquier otra institución contemplada en la Constitución refrendada en su día por el pueblo español...”. Invitamos al lector para que obtenga sus propias conclusiones tras la lectura detenida de este estudio. El autor agradece cualquier tipo de sugerencia o crítica: dmherrera@der.uned.es

2. *Vid.* FOUCAULT (2000), pp. 24-25.

Pero, aunque las hipótesis de Foucault mostraran la esencia de una retorcida gobernanza, esta no parece haber quedado desterrada definitivamente de nuestro espectro político. De esta forma, en los últimos años no han sido pocas las voces que se han alzado denunciando la sobreprotección que mantienen las instituciones y sus representantes frente a la crítica política ante la alarma suscitada por los números procedimientos abiertos contra disidentes políticos. Porque tal y como apuntaba el Relator de la ONU para la Libertad de expresión, La Rue, el Derecho de gentes protege personas y grupos humanos, no entes abstractos o instituciones<sup>3</sup>.

## **1. El viejo tópico del *hate speech* para proteger instituciones. *Castells vs. España: una nueva doctrina y un 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.

Con el título, *Insultante impunidad*, denunciaba alrededor de 30 asesinatos perpetrados en Euskalherria entre 1977 y 1979, de los que, ni uno solo de ellos había tenido la más mínima aclaración oficial, y asociaba su perpetración con asociaciones fascistas no desvinculadas del aparato del Estado, afirmando que “[d]etrás de estas acciones sólo puede estar el gobierno, el Partido del gobierno y sus efectivos”<sup>4</sup>.

### **1.1. La *exceptio veritatis* del Senador Castells y el silenciamiento del Tribunal Supremo**

Pese a actuar Castells en sus declaraciones como senador de uno de los partidos de la oposición, el Ministerio Fiscal presentó una querrela a tenor del contenido del mensaje que emitió injuriando al gobierno, tal y como contemplaba al artículo

---

3. Vid. LA RUE, F. (2010), párrs. 83-84.

4. En un tono moderado y sin acusar a personas concretas, el senador Castells afirmó que los encargados del orden y de perseguir los delitos eran 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. Llamaba a recordar que en el período en el que Fraga era Ministro 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 represión”. Vid. STEDH, de 23 de abril de 1992, *Castells vs. España*, párr. 7.

161 del Cp 1983<sup>5</sup>. Por su condición de senador, el órgano encargado de instruir el proceso judicial recayó en el Tribunal Supremo (TS), el cual solicitó el levantamiento de la inmunidad parlamentaria del senador; iniciando así un proceso lleno de lagunas jurídicas en el que se apreciaba una palpable voluntad de disuadir tanto a Castells como a otros políticos afines ideológicamente. Las contradicciones del proceso llegaron al extremo de que, el propio TS, apuntara que el artículo de Castells “constituía simplemente una denuncia política y no perseguía injuriar, ni amenazar, al gobierno o a sus miembros”<sup>6</sup>.

Alegando el 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, detenciones, persecuciones, y otras actuaciones realizadas contra los miembros de los grupos de extrema derecha como presuntos responsables de los atentados que denunció en su artículo. Además de la citación a la comparecencia de diversos expertos internacionales al fin de que testificaran al respecto de la debida práctica parlamentaria sobre libertad de crítica política.

En una prueba más de ausencia de imparcialidad y de que, ni a los tribunales, ni al Estado, les importara realmente si el fondo de los contenidos denunciados por Castells, eran o no ciertos, todas y cada una de las peticiones fueron rechazadas<sup>7</sup>.

Agotada así la vía penal, *in ultima ratio*, Castells acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) el cual rechazó la admisibilidad del recurso, señalando que:

---

5. 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, p. 17913.

6. *Vid.* STEDH, de 23 de abril de 1992, *Castells vs. España*, párr. 9.

7. Pese a no quedar claro la aplicabilidad de la *exceptio veritatis* en supuestos en los que se pudiese en entredicho el honor de las instituciones, por un lado, el TS rechazó su aplicabilidad *in conoscenza* de la condición de senador del acusado y de 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.

*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 solo 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 del derecho sustantivo que en proceso se cuestione<sup>8</sup>.*

En definitiva, ninguno de los altos tribunales españoles se mostraba en disposición ni de revelar la certeza de las declaraciones de Castells ni de tratar de desmontar su falsedad. 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, que, a día de hoy, esa desmemoria, continúa lastrando aquellas abominables épocas a la joven democracia española.

Desatendida así la causa por los tribunales españoles, en defensa del Derecho a un tribunal imparcial y a la libertad de expresión, Castells acudió ante la Comisión Europea de Derecho Humanos (ComisiónEDH), la cual, en enero de 1991, determinó (9/3) que el Estado español había violado el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>9</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 emite este tipo de contenidos en prensa, estos deben de entenderse como una justificación del asesinato de agentes de policía, ya que los que pertenecen al terrorismo vasco cometen este tipo de ataques como actos de autodefensa<sup>10</sup>.

---

8. *Vid.* STC 51/1985, de 1985, p. 7.

9. *Vid.* Decisión ComisiónEDH, de 1991, *Castells vs. Espagne*.

10. 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.

## 1.2. La preciada libertad de expresión de un representante del pueblo frente a las actuaciones de un gobierno que impide la *exceptio veritatis*

Llegado el asunto al TEDH, Castells apoyó su defensa 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.

Aquellas alegaciones, remotamente alejadas de la realidad, fueron desmontadas *ipso facto* por el TEDH al entender que claramente existió una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión del senador<sup>11</sup>.

Atendiendo a los estándares del *test de Estrasburgo*, la Corte comprobó, por un lado, que el demandante no se opuso a que los artículos 161 y 162 del Cp 1983 persiguieran este tipo de actuaciones y, por otro, que los tribunales se opusieron a la aplicación de la *exceptio veritatis* prevista por la ley. Encajando así la injerencia con el artículo 10.2 del CEDH.

Con relación a si las medidas adoptadas perseguían un fin legítimo, atendiendo a la situación existente en la España de 1979, consideró la Corte 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>12</sup>. Pero, al analizar si aquella injerencia era necesario adoptarla 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>13</sup>.

---

11. 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.

12. *Ibidem*, párr. 39.

13. Recordando que las manifestaciones fueron vertidas en un periódico, en alusión a *Lingens*,

Al denunciar Castells la impunidad con la que pervivían los 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>14</sup>.*

Sin embargo, tanto el TS como el TC, rechazaron la posibilidad de que Castells argumentara la certeza de sus declaraciones. Hecho este 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>15</sup>.

Lo cierto es que, desde aquella decisión, buena parte de la doctrina, con la que coincidimos, advirtió que el TEDH prestó especial atención a la salvaguardia de que ninguna sanción penal conllevara un efecto general de silenciamiento (*chilling effect*) desproporcionado. De otra forma, al ser importante la función del sujeto en la sociedad, en su habilidad de contribuir al debate público, las sanciones impuestas por criticar al gobierno requerirán una justificación extremadamente fuerte. Y lo cierto es, que la doctrina del *chilling effect*, entra en operación donde el TEDH enfatiza que las medidas restrictivas no deben de tener ningún efecto disuasorio sobre el público en el ejercicio de sus derechos.

---

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 preocupaciones de la opinión pública [énfasis añadido]. *Ibíd*em, párrs. 42-3

14. *Ibíd*em, párr. 46.

15. *Ibíd*em, párr. 48.



Al confiar en esta doctrina, aplicada bajo el artículo 10 del CEDH, los periodistas, la prensa o el público en general no debieran de ser disuadidos por criticar a las autoridades bajo la amenaza de procedimientos civiles, administrativos o penales por difamación. En este caso, no solo el gobierno debe de ser tolerante, también los políticos deben de asumir que 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>16</sup>.

En vista de su posición dominante, afirma Dijk, un gobierno debe de evitar restringir con sanciones la libertad de expresión y mostrar prudencia eligiendo los tipos de medidas menos restrictivas<sup>17</sup>.

“Freedom of expression has particular importance for elected political representatives and so interferences with freedom of speech of politicians will be closely scrutinized”<sup>18</sup>.

### 1.2.1. *Del fiasco a la mimetización*

A pesar de la gravedad de los hechos denunciados, lo cierto es que la doctrina española se mostró reacia a la aceptación del fallo europeo. De esta forma, sin entrar en el fondo del asunto, Urías Martínez advertía 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<sup>19</sup>.

Pero precisamente, fue aquella ausencia de consolidación democrática uno de los principales pilares argumentales de la defensa del senador *Castells*. Recordemos así, que, entre las primeras medidas solicitadas, en su defensa del derecho a un proceso justo, se recurrió la composición de un TS compuesto por cuadros de un régimen caracterizado por cualquier apelativo, excepto el de democrático.

En cualquier caso, una vez satisfechos los requerimientos formales que marcaba la sentencia *Castells*, en tiempo y forma, todo parecía indicar que la preocupación del gobierno español era blanquear la imagen ante sus socios europeos, razón por la que presentó, 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.

---

16. Vid. WHITE y OVEY (2010), p. 433.

17. Vid. DIJK *et al.* (2006), p. 342.

18. Vid. LEACH (2011), p. 363.

19. Vid. URÍAS MARTÍNEZ (2013), pp. 571-72.

De aquella forma, se pretendió exhibir que la STEDH había producido automáticamente efectos en la doctrina interna con respecto a la *exceptio veritatis*. Y de cara a dar por cumplidas las obligaciones del artículo 53 del CEDH, se advirtió la inexistencia de riesgo de repetición de la violación constatada en el asunto *Castells*<sup>20</sup>.

Pero ¿qué ocurrió con el esclarecimiento de los hechos denunciados por el entonces senador Castells? ¿Qué ocurrió con el honor de aquel 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 los consecuentes gobiernos que se han mostrado incapaces, o se negado, a cursar una respuesta a tal escenario. Aquella complicidad estatal quedó reflejada en la aparente forma de rehusar referirse al asunto *Castells* en la actividad judicial del TC. De esta forma advertía nuevamente, Urías Martínez, que pese a que el Consejo de Europa emitiera la resolución DH 95 (93) por la que se daban por cumplidas las obligaciones del Estado español en este asunto, no fue hasta el año 2000 hasta cuando el TC comenzó a citar el asunto Castell. Lamentablemente, la forma de referirlo resultaba del todo “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>21</sup>.

---

20. “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”. *Ibidem*, p. 571-72.

21. 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 solo 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

Como dato importante, y hasta cierto punto alarmante, advierte este autor de la ausencia de utilización e incorporación de la principal aportación de la Sentencia de la jurisprudencia europea. El derecho de crítica política, especialmente importante para los representantes políticos y que es un referente esencial de la jurisprudencia europea y de terceros países<sup>22</sup>.

Un referente que por otra parte no termina de convencer a una parte de la doctrina, así, por ejemplo, Català I Bas, refiriéndose al asunto *Haider vs. Austria*, acertadamente advierte que la libertad de expresión de un representante político no llega a los extremos de crear a su favor un hipotético derecho a ser entrevistado en la forma deseada,<sup>23</sup> tal y como determino la ComisiónEDH en *Haider*<sup>24</sup>. Sin embargo, el asunto *Haider* no encajaba, en modo alguno, con *Castells*.

## **2. Cuando las hirientes declaraciones de un portavoz parlamentario en contra del Jefe de Estado se transforman en incitación al odio. *Otegi Mondragon vs. España***

Para poder situarnos en la escena del panorama político en el que se originó el asunto *Otegi*, es preciso anticipar un par de anotaciones que acompañaron al conocido funesto panorama de terror generalizado infundado por la interminable actividad de la deplorable y genocida banda terrorista *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA).

En julio de 1998, el juez titular del Juzgado central de instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional (AN), Baltasar Garzón Real, inició una cruzada contra los medios de comunicación en euskera, ordenando el cierre de la Editora Orain S.A.,

---

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. 573-74.

22. “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.

23. *Vid.* CATALÀ I BAS (2001), p. 234.

24. “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*.

del diario *Egin* y de la emisora de radio *Egin Irratia*. Todo ello sustentándolo en una aparente, pero no corroborada, colaboración financiera con el entramado de la organización terrorista ETA<sup>25</sup>.

Obviando la debida separación de poderes, aquellas actuaciones fueron aplaudidas por el entonces presidente de la VI legislatura, quien llegó a afirmar: “¿Creían ustedes que no nos íbamos a atrever?”<sup>26</sup>.

Pasados once años, el TS sentenció la ilegalidad de la censura y del secuestro de aquellos servicios de información vascos, por aplicarse indebidamente el artículo 129 del Cp 1995, pero omitió pronunciarse en lo referente a la reparación del daño causado<sup>27</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>28</sup>, junto con el arresto incomunicado, por cinco días, de los miembros del consejo de administración y redacción<sup>29</sup>.

---

25. 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.

26. 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 del gobierno de Aznar, quien había decidido cerrar *Egin*. “La perspectiva de los años muestra que aquello no fue sino el comienzo del fin del respeto por la forma en lo que respecta a la separación de poderes en el Estado español”. Vid. MAKAZAGA (2009), p. 149.

27. “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.

28. 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 querrela 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.

29. 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] cierre temporal de un medio de

A tan solo cinco días del secuestro del diario *Egunkaria* y 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.

Al margen del currículum del polémico líder político, circunscribiéndonos debidamente a aquel concreto caso, este se desarrolló en una rueda de prensa en la que el portavoz del grupo parlamentario respondió a una pregunta formulada por un periodista relacionada con la operación policial contra *Egunkaria*, a lo que Otegi afirmó: “... 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>30</sup>.

---

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 de 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 con 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

30. 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 de 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 fotografíen 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?”.

## 2.1. Procesamiento penal por injuriar al Jefe de Estado. El voto de la magistrada Bolado Zárrega

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>31</sup>, en relación con el artículo 208<sup>32</sup>, siendo competente para juzgar al parlamentario vasco el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV).

Mediante una sustanciosa y argumentada sentencia, la presidenta de la sala del TSJPV, Nekane Bolado Zárrega, expuso la posición mayoritaria del Tribunal que percibía que las observaciones vertidas por el portavoz parlamentario eran “claramente ofensivas, impropias, injustas, oprobiosas y ajenas a la realidad”<sup>33</sup>. Pero consideraban que aquellas fueron formuladas 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>34</sup>.

---

*Vid.* STEDH, de 2011, *Otegi Mondragon vs. España*, párr. 10.

31. “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 de 1995, Artículo 490.3, p. 34041.

32. “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, 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.

33. 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 (2012) p. 29.

34. *Vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Bilbao), 1206/2005, de 18 de marzo de 2005, Fj. 2.

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 refería 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, consideró que la censura que pudiera merecer no debiera alcanzar una consideración jurídica que prevaleciera sobre el respeto al derecho constitucional de la libertad de expresión. Y, pese a que las expresiones utilizadas constituyeran a todas luces una manifestación de violencia verbal –carente de elementales normas de comportamiento– y merecedora de reproche, debiera ser “en todo caso en un ámbito ajeno al enjuiciamiento criminal”<sup>35</sup>.

Atendiendo a las circunstancias de aquel concreto caso, refirió la magistrada la no militancia del sistema constitucional español, en la medida que la Constitución no prohíbe el cuestionamiento de la forma de Estado adoptada. Atendiendo a esto último, recordó puntualmente que considerando la condición pública del sujeto pasivo (el Jefe de Estado), “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 este adquiere, frente al derecho al honor el carácter de un derecho constitucional prevalente [sic!] en tales materias”<sup>36</sup>.

Por todo ello, con precisión puntualizó 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>37</sup>.

---

35. *Ibíd*em, Voto particular de la juez Bolado Zárrega, Fj. 7.

36. 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”. *Ibíd*em, Voto particular de la juez Bolado Zárrega, Fj. 7.

37. *Ibíd*em, Voto particular de la juez Bolado Zárrega, Fj. 7.

## 2.2. De la acusación por injurias graves al *hate speech*. Analíticas del TS y del TC que aparentan escuchar al TEDH

Recurrido el fallo del TSJPV en casación por la Fiscalía, la acusación pública reformuló ahora su querrela indicando que las declaraciones de Otegi eran las propias del *hate speech*.

Admitido el recurso de casación, de forma tangencial refirió el TS la jurisprudencia en *Castells*, distorsionando para ello el sentido de la sentencia inicial. De esta forma, mediante una suerte de corta y pega, omitió la interpretación evolutiva debida e hizo suya aquella idea de que la libertad de expresión “no tutela un pretendido derecho al insulto”<sup>38</sup>. Y atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más graves en un Estado de derecho, consideró que «el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas»<sup>39</sup>.

Se limitó así, el TS, a proteger la persona e institución del jefe de Estado por encima del derecho a la libertad de expresión de un parlamentario electo, eludiendo de forma vergonzante el contexto en el que las opiniones fueron vertidas, señalando sin escrúpulos que “las denuncias por presuntas torturas fueron archivadas y sobreseídas”<sup>40</sup>.

Pero no debemos olvidar que nuevamente, al igual que sucedió en *Castells*, se trataba de un asunto del máximo interés público en el que la –desacertada, grosera, impropia, excesiva, o como deseemos calificar– respuesta del parlamentario a la pregunta de un periodista, fue emitida en un contexto de fuego cruzado; objeto incluso de denuncias por parte del Relator Especial sobre la tortura de la ONU, Van Boven, quien precisó que el sistema penal español «permite la ocurrencia de tortura o malos tratos»<sup>41</sup>.

---

38. *Vid.* STS 1284/2005, de 31 de octubre de 2005, Fj. 2.

39. *Ibídem*, FJ. 3.

40. *Ibídem*, FJ. 3.

41. En un amplio informe sobre España, el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, el holandés Theo Van Boven, analizó entre otros, precisamente el caso de las detenciones llevadas a cabo como consecuencia del cierre del periódico *Egungaria*. En sus análisis, Van Boven considera en sintonía con los tribunales y órganos regionales de derechos humanos, *inter alia*, que “la detención incomunicada prolongada puede facilitar la práctica de la tortura y equivale en sí a una forma de trato cruel, inhumano o degradante” *Vid.* VAN BOVEN (2004) párrs. 30 y ss.



De esta forma, el TS, *a quo*, anuló la sentencia del TSJPV, y abstrayéndose de la doctrina que le encomendaba a “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”<sup>42</sup>, condenó al Sr. Otegi a un año de prisión por considerar que a través de sus opiniones expresaba un evidente menosprecio a la institución y la persona del Rey.

Un voto disidente –que compartimos– del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, apuntó que el uso de la libertad de expresión se “amplía sensiblemente cuando versa sobre instituciones, dado que éstas no gozan de ese atributo exclusivo de la persona, que es el honor, y, por tanto, su presencia en la esfera pública tiene lugar en un régimen de protección de intensidad menor, que la reconocida a los particulares”<sup>43</sup>.

Condenado en el ejercicio de su condición de parlamentario, en amparo constitucional, Otegi alegó vulnerado su derecho a la libertad de expresión y su libertad ideológica, según los artículos 20 y 16 de la CE.

A través de Auto de 3 de julio de 2006, de forma sumamente vaga, el TC se remitió a la STC 39/2005 donde refería amplia doctrina del TEDH relacionada “con ataques o críticas a asuntos o personas o autoridades con proyección pública”<sup>44</sup>. De esta forma el TC consideró difícil de negar el carácter ignominioso, vejatorio y difamante de las declaraciones, aunque fuesen dirigidas a una persona pública. Siendo más válida su conclusión por tratarse de la figura del Rey<sup>45</sup>. Y sin hacer mención alguna a *Castells*, ni la *exceptio veritatis*<sup>46</sup> por las presuntas torturas cometidas contra los directivos de *Egunkaria*, consideró que la figura del Rey símbolo de la unidad

---

42. Vid. STEDH, de 23 de abril de 1992, *Castells vs. España*, párr. 46.

43. Vid. STS 1284/2005, de 31 de octubre de 2005, Voto disidente del magistrado Andrés Ibáñez.

44. Interesados por la doctrina del TEDH que refiere el TC en este asunto, comprobamos que, en efecto en el Fundamento Jurídico quinto, refiere quedar amparadas por las libertades de expresión e información, no solo críticas inofensivas o indiferentes, sino otras que puedan inquietar, molestar o disgustar, en atención a los asuntos, *Handyside* y *Lingens*. Advirtiendo que ello no significa que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor, siendo preciso respetar la reputación ajena, en atención a *Lingens*, y, a la STEDH, de 20 de mayo de 1999, *Bladet Tromsø and Steensats*. Sin hacer un llamamiento expreso a *Castells*. Vid. STC 39/2005, de 28 de febrero de 2005, Fj. 5.

45. Vid. STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon vs. España*, párr. 21.

46. Advierte Urías Martínez, que, a día de hoy, el TC no ha dictado ninguna resolución en la que expresamente afirme la posibilidad de utilizar la *exceptio veritatis*, entendida como causa de exclusión de antijuricidad en asuntos en los que está en juego el derecho a la libertad de expresión y la crítica política. Vid. URÍAS MARTÍNEZ (2013) p. 577.

y permanencia del Estado, le confía el arbitrio y moderación del funcionamiento regular de las instituciones, en orden de asegurarle una posición de neutralidad respecto de la contienda política, razón por la que admitió el TC que,

*en un sistema democrático, con libertad ideológica y de expresión, tal caracterización no le hace inmune a la crítica “en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas [...], pero tal eventual crítica no puede implicar la imputación de actuaciones efectivas del poder público –algo que imposibilita la Constitución según antes se ha señalado– como pretexto para menoscabar gratuitamente su dignidad o su estima pública. [...] En suma, pues, las afirmaciones efectuadas [...] superan de manera patente, por su notorio carácter infamante, el nivel de lo lícito [...] manifestamente no pueden considerarse amparadas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión<sup>47</sup>.*

Declarando de esta forma, inadmisibile el amparo solicitado.

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.

### 2.3. *Otegui Mondragon vs. España*. La tesis del TEDH ante el *chilling effect* parlamentario

En defensa del derecho a la libertad de expresión del artículo 10 del CEDH, Otegui formuló una denuncia ante el TEDH alegando, entre otros, que el régimen de protección reforzada conferido a la Corona española no resultaba compatible con el artículo 10 de la Convención, citando jurisprudencia del TEDH relacionada: asuntos *Colombani* y *Pakdemirli*<sup>48</sup>.

---

47. Vid. AUTO (TC), 213/2006, de 3 de julio de 2006 (Sala Segunda), Fj. 6.

48. 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 other 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

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, que ya había condenado en numerosas ocasiones al Estado español<sup>49</sup>, y donde el archivo de las denuncias formuladas por delitos de tortura sin investigar, era ya casi una práctica habitual<sup>50</sup>, así como la concesión de inadmisibles indultos regioes<sup>51</sup>. En el inicio de sus deliberaciones, el TEDH comprobó que la

---

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.

49. 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 período de incomunicación, condenando al Estado español por violación del artículo 3 del CEDH.

50. 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 sometiéndoles a un régimen de incomunicación en el que fueron torturados. En contra de la inadmisión del recurso de amparo ante el 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*.

51. 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 subroga 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 Urrea 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 Urrea Guridi vs. España*, de 17 de mayo de 2005, Comunicación Nº 212/2002, CAT/C/34/D/212/2002, Deliberación 8.

injerencia en la libertad de expresión de Otegi estaba prevista por la Ley nacional. Pero, apoyándose en *Castells*, recordó, una vez más, que según 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. 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.

Es por ello por lo que el TEDH advirtió 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>52</sup>.

Aludiendo a la doctrina en *Mamère*<sup>53</sup>, no vaciló la Corte en considerar que aquellas declaraciones estuvieron insertas dentro de la disputa política e inscritas en un debate de interés público donde la necesidad de la injerencia está especialmente limitada<sup>54</sup>. Como nota importante, admitió que el lenguaje empleado podía considerarse provocador y pintaba un cuadro de lo más negativo del Rey como institución. Dando una connotación hostil que, sin embargo, no exhortó “al uso de la violencia, [y por tanto] no se trata de un discurso de odio”<sup>55</sup>.

Puntualmente, advirtió que al entrar el discurso dentro de la esfera de las comunicaciones orales, formuladas sin la debida reflexión, privó al parlamentario

---

52. “A politician inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his every word and deed 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 agosto de 2004, *Vides Aizsardzības Klubs vs. Latvia*, párr. 40 [énfasis añadido]. STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon vs. España*, párr. 50.

53. 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.

54. Vid. STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon vs. España*, párr. 51.

55. *Ibidem*, párr. 54.

de la posibilidad que estas pudieran ser reformuladas e incluso ser retiradas antes de su publicación<sup>56</sup>. En su análisis, 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 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>57</sup>. Finalmente, consideró el TEDH que las declaraciones de Otegi aludían a la responsabilidad del Rey como jefe y símbolo del aparato oficial y de las fuerzas intervinientes.

Decaída así, en el escrutinio de legitimidad, la condena de Otegi. Posiblemente con ánimo de introducir definitivamente el tratamiento de la libertad de expresión concerniente a la protección de las instituciones en el ADN jurisprudencial español, se aventuró el TEDH a analizar la proporcionalidad de las medidas ejecutadas. Para ello identificó la Corte 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>58</sup>.

Remitió finalmente el TEDH, al Estado español, a contemplar las orientaciones del Comité de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>59</sup>,

---

56. «[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.

57. Evoca aquí el TEDH la precisión del TSJPV, donde este último identificó que criticar una institución constitucional no está excluido del derecho a la libertad de expresión. Destaca aquí 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.

58. Énfasis añadido. 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.

59. En declaración conjunta sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación,

reafirmando que las circunstancias de aquel caso no podían justificar la imposición de una condena a una cuestión de interés público legítimo, lo cual revirtió inevitablemente en 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>60</sup>.*

---

el Comité de Ministros del Consejo de Europa, advertía 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 criticize 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 (2004); De forma análoga, en octubre de 2007, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, entre otros, invitaba a suprimir sin tardanza las penas de encarcelamiento por difamación, garantizar la no utilización abusiva de las diligencias penales –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 (2007) párr. 17.

60. Énfasis añadido. “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. Romania*, párr. 116; STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon vs. España*, párr. 60.

### 3. La perseverante sobreprotección institucional materializada en un allamiento de la jurisprudencia del TEDH

Tal y como hemos visto, la exorbitante protección conferida en el Estado español a su Corona y al fuero gubernamental no deja margen alguno para la conciliación con los principios que han de regir en un Estado democrático, así como con el debido acatamiento de la jurisprudencia del TEDH. Pero tal empeño, lejos de concordar con tiempos coetáneos, parece embragar con un anquilosante constitucionalismo y una completa ausencia de voluntad política mayoritaria de cambio.

Siendo este uno de los sistemas constitucionales más bisonños de los constitucionalismos europeos. Y especialmente, al haber dado el relevo a un régimen de terror y anteriores regímenes monárquicos totalitaristas, las exiguas etapas constitucionales españolas apenas han tenido la oportunidad de sentar un dinamismo firme en esta materia. En España, a pesar del reconocimiento que hace la apertura de la Carta Magna a la soberanía del pueblo, a diferencia de otros Estados de su entorno, jamás se confirió al pueblo la posibilidad de elegir, de manera previamente informada y desde todo tipo de perspectivas, el modelo del Estado. Permaneciendo así un modelo monárquico *de facto*.

Pero esa rigidez protectora obedece a una rigidez garantista y, sobre todo, a una completa ausencia de voluntad de cambio. Un problema común de los derechos fundamentales que Ferrajoli lo identifica en la garantía constitucional. De esta forma, la rigidez instaurada por los autodenominados constitucionalistas españoles no dejó mayores márgenes de maniobra para la reforma de algunos de los derechos y garantías establecidos<sup>61</sup>.

*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>62</sup>.*

---

61. 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. Por ser un sistema constitucional, en esencia, el núcleo de unión y representación del pueblo, el constitucionalismo no es otra cosa que la constitución de los pueblos 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 pueblo español a la figura paternal y omnipresente del Rey, en lugar de hacerlo con la fórmula fraternal de: el pueblo.

62. *Vid.* FERRAJOLI, 1999, p. 113.

Sin embargo, creemos que 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 con 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>63</sup>. Una buena prueba de ello la encontramos en la aberrante reforma exprés del artículo 135 de la Constitución española, impuesta manifiestamente a espaldas del pueblo<sup>64</sup>. Aquella apresurada reforma constitucional, confeccionada en Bruselas en contra del interés general del pueblo español desentona, contrastada con la aferrada protección del poder real, soberano y unitario del pueblo para el pueblo, parece haber conseguido generar el efecto contrario al perseguido 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>65</sup>. Y ciertamente, el asunto de la revista *El Jueves*, situado entre los pronunciamientos *Castells* y *Otegi*, censuró de forma injustificada 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 a la Corona española en cierta posición sexual<sup>66</sup>.

---

63. *Ibidem*, p. 115.

64. El pasado 27 de septiembre de 2011, sin celebrarse una previa iniciativa de reforma constitucional y, consecuentemente, sin debate parlamentario que propiciara la consecuente información al pueblo de las posibles opciones legislativas. En una muestra de desprecio al pueblo español, los, entonces, 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.

65. Vid. ANASAGASTI, 2009, pp. 9-10.

66. 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 3.000 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.



Pero lo más destacable de aquel asunto fue el momento en el que el pleno de la Sala de lo Penal de la AN (16/4) declaró que el contenido de aquella viñeta no superaba el test de relevancia por carecer su mensaje de interés para la formación de la opinión pública. Y, por otra parte, que no superaba tampoco el test de proporcionalidad por no estar amparadas constitucionalmente las expresiones innecesariamente ofensivas, vejatorias e insultantes<sup>67</sup>.

Pero la respuesta de la AN no fue compartida por el magistrado Ramón Sáez Valcárcel, quien acertadamente afirmó que, la caricatura, es la forma con la que los medios de prensa satíricos ejercen normalmente, en los sistemas democráticos, su Derecho a la libertad de prensa<sup>68</sup>.

Allende de quedar en una mera anécdota judicial, el controvertido y acalorado debate político y judicial surgido en torno a la protección de esta decrepita institución regia ha perseverado sin dar ningún tipo de muestras de evolución, al menos hasta el mes de marzo de 2018.

---

67. 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.

68. 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 estrafalario... 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. *Ibíd.*em, Votos disidentes de los magistrados: Sáez Valcárcel, Fernández Prado, Ricardo de Prada y Bayarri García.

#### **4. ¿Es posible incitar al odio y a la violencia quemando la foto del Jefe de Estado? La última vuelta de la tuerca: *Stern Taulats y Roura Capella vs. España***

El pasado 13 de septiembre de 2007, con motivo de una visita institucional del actual Rey emérito español a Girona, se celebró una manifestación encabezada por una pancarta que expresaba: *300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española*. Al término de la misma, algunos de los manifestantes, encapuchados, quemaron una foto invertida de los reyes eméritos lo suficientemente grande como para congregarse a un amplio público a su alrededor.

Consecuencia de aquellas actuaciones, varias personas fueron procesadas en la AN por delitos de injurias a la Corona (artículo 490.3 del Cp1995), siendo condenadas a penas de 15 meses de prisión<sup>69</sup>.

Apelada la sentencia ante el pleno de la Sala de lo Penal de la AN; en su mayoría, los magistrados admitieron que aquellos manifestantes ejercieron con total libertad el derecho a proclamar sus ideas. Sin hacer provisión alguna de los antecedentes por los que había sido condenada España en sede europea por sobreproteger a sus instituciones; la Sala de la AN rechazó el recurso de apelación al considerar que, colocando la imagen del Jefe de Estado en posición claudicante y prenderle fuego –como muestra de desprecio y destrucción institucional–, los actores mostraron una carga negativa de la que eran plenamente conscientes. Apostillando que, al conocer el exceso, que aquel gesto representaba, optaron por ocultar sus rostros para no ser reconocidos<sup>70</sup>.

##### **4.1. Un apasionado voto disidente apropiado para la Corte Suprema estadounidense. La tesis del magistrado Sáez Valcárcel**

Puntualmente, el magistrado Sáez Valcárcel recordó que la condena objeto de revisión era consecuencia de un acto de disidencia política, lo cual le conducía a

---

69. *Vid.* Sentencia del Juzgado Central de lo Penal de la AN, de 9 de julio de 2008, P.A. núm. 278/2007.

70. 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.

comprender que su criminalización comprometía derechos fundamentales como la libertad ideológica y de expresión. En sus deliberaciones, Sáez Valcárcel canalizó sus esfuerzos en tratar de convencer al resto de magistrados que la libre opinión pública es el principal sustento de la democracia y que, la crítica política, es imprescindible para controlar y cuestionar a las instituciones.

Mediante la crítica, apuntaba, se puede perseguir la legítima defensa del cambio de la forma política del Estado. Por ello, mediante su represión penal únicamente se conduce a la disuasión grave (*chilling effect*) y al cuestionamiento plural de la esfera pública.

*[La represión penal] 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 solo 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>71</sup>.*

#### 4.2. STC 177/2015: Incitar al odio y a la violencia mediante la “liturgia truculenta” de la quema de una foto regia

Aquella puntual descripción que hiciera Sáez Valcárcel a la misión de la protesta social contra la sobreprotección institucional, unida a la ya consolidada doctrina del TEDH, no debería de haber dejado margen de error alguno para acabar con tan aferrada trayectoria paternalista. Sin embargo, la esperada respuesta del pleno del TC, al asunto de la quema de las fotos de los reyes, no se hizo esperar, construyendo, en cambio, la STC 177/2015, de 22 de julio de 2015, un mayor desafío al ejercicio de la libertad de expresión.

Sabido el historial de condenas en materia de sobreprotección de las autoridades frente a la crítica, de forma extremadamente sutil, y opuesta al criterio del

---

71. 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 arcaico sistema judicial español. Énfasis añadido. *Ibidem*, Voto disidente del magistrado Sáez Valcárcel.

TEDH, refirió el TC las doctrinas *Castells* y *Otegi*, admitiendo que la libertad de expresión puede recurrir a ciertas dosis de exageración y provocación cuando es ejercida por un representante elegido por los electores<sup>72</sup>.

Tras aquel planteamiento, sin poder escapar al conocido caso de quema de la bandera, *Texas vs. Johnson*, se reafirmó el TC en las líneas perseguidas en *Otegi* tratando de apartar al Rey de la disputa política; al ser el Rey, según sus planteamientos, una figura teóricamente neutral.

Anticipándose el TC a una nueva condena en la sede de Estrasburgo, trató de confundir el acto simbólico de la quema de una imagen, con un acto exorcista de quema de la imagen de los jefes del Estado que, en su dislate, llegó a denominar “liturgia truculenta” que incita al odio y a la violencia<sup>73</sup>, azuzado por el miedo encarnado en el empleo de un disfraz; por utilizar sus capuchas para huir de lo que posteriormente se convertiría en la persecución del disidente político que reniega de un monarca jamás electo por su pueblo.

Pero, en lugar de considerar que el acto de desvalor de servirse de ese tímido disfraz no suponía otra cosa más que tratar de sortear el propio efecto general de silenciamiento que produce la excesiva sobreprotección de las personalidades e instituciones españolas. El TC fue aún más lejos, y reconoció que las manifestaciones más toscas del *hate speech* son aquellas que se proyectan sobre las condiciones particulares de las personas, razón por la que una de las vertientes del discurso fóbico es aquella que persigue «fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”<sup>74</sup>.

A pesar de mostrarse, en apariencia, seguro de aquellos razonamientos, nuevamente el TC tendió una alfombra roja al TEDH anticipándose 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*

---

72. Vid. STC 177/2015, de 22 de julio de 2015, BOE, núm. 200, de 21 de agosto de 2015, p. 76010.

73. Ibídem, Fj. 3, p. 76013.

74. Ibídem, Fj. 4, p. 76014.

*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>75</sup>.

Aquellas afirmaciones, tan solo nos dan motivo para dejar aquí un espacio en blanco. Sin embargo, claramente dan una buena imagen del alto grado de comprensión y empeño que el TC ha empleado en la justificación temporal de aquella sentencia. 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. Aun admitiéndose que no se produjeron incidentes en materia de orden público<sup>76</sup>.

Pero la opacidad de aquel pronunciamiento llegó aún más lejos. Por un lado, al admitir que el discurso fóbico rechaza el ideario intolerante. Y por otro, al reconocer expresamente la prohibición del efecto general de silenciamiento (*chilling effect*).

Y sin que fuera la intención, introducir en la jurisprudencia constitucional española esta concepción penalista, no dejó de ser un elemento positivo, dado que la división que realizó el TC entre la exteriorización ideológica del rechazo hacia una figura política y la incitación al odio por el mismo acto de exteriorización ideológica, parece que pretendía desafiar las leyes de la física.

Así las cosas, la concepción simbólica de aquella “liturgia truculenta”, nos sitúa en aquel sentimiento por el que Zola admitía ser consciente de poder llegar a ser procesado por la *Loi du 29 de juillet 1881 sur la liberté de la presse* por el contenido de sus escritos<sup>77</sup>. Tal sentir es inadmisibles en un moderno sistema democrático que hace de la voz del pueblo su verdadera existencia.

Sin embargo, el pleno del TC (7/4) consideró que la quema de la imagen de los reyes no estaba constitucionalmente amparada.

---

75. *Ibidem*, Fj. 5, p. 76016.

76. 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.

77. *Vid.* ZOLA, 2003, p. 64.

### 4.3. La esperada y deseada irrupción del test de Holmes en las disidencias del TC

A pesar de la aspereza de la decisión mayoritaria de los jueces del TC, al igual que sucediera en el referido pronunciamiento del Pleno de la AN, lo más emotivo de esta STC fueron sus votos disidentes.

De esta forma, evocando el test de Holmes en *Abrams vs. United States*, la magistrada Adela Asua Batarrita, a la que se le unió el magistrado Fernando Valdés Dal-Re, advirtió que la crítica malsonante, gestos, actos desabridos o impactantes no quedan expulsados del campo legítimo de la libertad de expresión.

Puntualmente apostilló que cuando la violencia vehicula un mensaje, sin duda, quedaría de inmediato descalificado como ejercicio del derecho fundamental, del mismo modo que es apartado el discurso que acompaña violencia o provocación de un riesgo inminente para la seguridad de personas o cosas<sup>78</sup>. Acciones que difícilmente pudieran hallarse en el acto de quema de un retrato, pero que, en cambio, mediante esta sentencia, se escenifica una banalización del verdadero *hate speech*.

*Equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico –aquí y ahora– con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública<sup>79</sup>.*

En términos más pragmáticos, la magistrada Encarnación Roca Trías, advirtió que el TC se había desviado completamente del fondo del asunto al eludir que la quema de la imagen correspondía con el final de una manifestación de alta relevancia pública en Cataluña. Donde la única pugna posible debería haber sido resuelta por el principio del *clear and present danger*<sup>80</sup>.

A los acertados apuntes de estos magistrados, el voto también disidente del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos terminó por despuntar lo que debería de ser un enfoque definitivo en la jurisprudencia constitucional de la libertad de expresión.

---

78. Vid. STC 177/2015, Votos disidentes de los magistrados Asua Batarrita y Valdés Dal-Re, p. 76017-8.

79. *Ibidem*, p. 76021.

80. *Ibidem*, voto disidente de la magistrada Roca Trías, p. 76023.

De forma semejante a los anteriores, recriminó Xiol Ríos el empleo negligente de la incitación al odio por banalizarse la esencia del *hate speech* como elemento de restricción legítima de la libertad de expresión.

Mostrando un pleno conocimiento y seguimiento de la actualidad jurisprudencial del TEDH, advirtió este magistrado que el acto enjuiciado no podía representar ningún tipo de incitación a la violencia, resultando exacerbada la interpretación mayoritaria, del mismo modo que no representó acto de violencia alguno la exhibición de la bandera en *Fáber vs. Hungary*, pintar las estatuas de personalidades en *Murat Vural vs. Turquía*,<sup>81</sup> ni en la, aún más drástica, quema de retratos de representantes políticos y banderas en *Christian Democratic people's Party vs. Moldavia*<sup>82</sup>.

Finalmente, en un acto de pleno aperturismo, vinculó esta selección de casos, con aquellos con un fondo semejante tratados en la USSC, como lo fueron, *O'Brien vs. United States*, *Texas vs. Johnson* y *United States vs. Eichman*<sup>83</sup>.

Pero la matemática crítica que hizo este magistrado, a la temeraria decisión mayoritaria, llegó aún más lejos. Así, al referido extemporáneo cambio de tipificación penal, denunció una absoluta ausencia de visualización de las imágenes por

---

81. El asunto *Murat Vural* es consecuencia de la reiteración del acto de pintar la estatua de Atatürk, quien fuera el primer presidente de la República de Turquía. En lo que fue una muestra de manifestación y protesta política, de forma unánime “[t]he Court considers that the same can be said for any individual who may wish to convey his or her opinion by using non-verbal and symbolic means of expression, and it thus rejects the Government’s argument that “[a]lthough the applicant had the right to express and disseminate his thoughts and opinions through speech, writing, pictures and other mediums without recourse to violence, he had chosen not to do so””. Vid. STEDH, de 21 de enero de 2015, *Murat Vural vs. Turkey*, párr. 53.

82. Más extremo aún, en el asunto *Christian Democratic people's Party*, el Ayuntamiento de Chişinău acusó al partido popular democrático cristiano de Moldavia de tratar de derrocar al gobierno y llamar a la guerra y a la agresión étnica consecuencia de los slogans emitidos en contra del presidente Voronin y del régimen de ocupación de Putin, en una manifestación celebrada en la plaza de la Gran Asamblea Nacional. De forma unánime, la sección cuarta del TEDH declaró que existió una violación contra el derecho de manifestación del artículo 11 del CEDH. “The Court notes that such slogans should be understood as an expression of dissatisfaction and protest and is not convinced that they could reasonably be considered as a call to violence even if accompanied by the burning of flags and pictures of Russian leaders”. Vid. STEDH, de 2 de mayo de 2010, *Christian Democratic people's Party vs. Moldova*, núm. 2, párr. 27.

83. Diverge así de la clasificación de la conducta enjuiciada, por no reunir las notas esenciales del *hate speech*, como lo son: “que (i) estuviera dirigida contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular; [...] (ii) supusiera una incitación directa a la violencia”. Vid. STC 177/2015, Voto disidente del magistrado Xiol Ríos, pp. 76025-6.

parte del TC, haciendo así pública, una forma de ajusticiamiento a oscuras. Además, advirtió que el hecho por el que los actores fueron encapuchados, no debería de ser un factor considerable, por correr el riesgo de crearse un valor concluyente a los antecedentes del hecho enjuiciado.

Referente a esto último, olvidó Xiol Ríos advertir el rol que juega el tipo penal donde obligó a aquellos actores a ocultar su filiación en la realización de un gesto, criticable, pero plenamente constitucional, por el miedo a las consecuencias de un tipo penal primitivo.

*Me resulta penoso que a la banalización del odio se le una ahora una banalización de la pena de muerte. Ninguna de ellas es necesaria ni contribuye a justificar una desestimación de este recurso de amparo. Extraer del hecho de la quema de unas fotografías la conclusión de que los recurrentes estaban pretendiendo la muerte de los Reyes es un paralogismo que desborda más allá de lo imaginable la comprensión que un espectador neutral puede formarse en el ámbito del discurso racional<sup>84</sup>.*

#### 4.4. *Stern Taulats y Roura Capella vs. España*. ¿Serán precisas más condenas para dejar de defender lo (in)defendible en España?

Agotada la vía judicial nacional, Enric Stern Taulats y Jaume Roura Capellera acudieron ante el TEDH en defensa de su Derecho a la libertad de expresión (artículo 10 CEDH). Para ello, esgrimieron nutrida jurisprudencia del TEDH en la que el uso de símbolos en el contexto de un acto político había sido considerada cubierta por la libertad de expresión: *Fáber vs. Hungary*, *Murat Vural vs. Turkey*, y especialmente, *Parti Populaire Démocrate-Chrétien vs. Moldova* en el que se juzgó la quema de retratos de representantes políticos institucionales y banderas.

La demanda fue también promovida por la ONG *Article 19*, la cual advirtió del riesgo que representa restringir mediante el empleo del Derecho penal insultar a jefes de Estado por revertir el principio fundamental, reclamando discernir entre insultos y discurso de odio.

Por su parte, el gobierno español recurrió la demanda alegando la inadmisibilidad del recurso apoyándose en un abuso del ejercicio del Derecho (artículo 17

---

84. El hecho de que la mayoría del TC considere claudicante que previo a la quema del retrato, los actores invirtieran la imagen, es para este magistrado un acto de exacerbación de los hechos en los que se perseguía un activismo político de rechazo antimonárquico frente a la ocupación del territorio catalán. *Ibidem*, voto disidente del magistrado Xiol Ríos, p. 76027.



CEDH), al constituir las acciones enjuiciadas, una incitación al odio y la violencia. Considerando que las acciones adoptadas por la justicia española fueron proporcionales y necesarias en una sociedad democrática.

Realizadas las alegaciones de las partes, de forma unánime, la Sección Tercera del TEDH, compuesta por siete jueces y presidida por la juez sueca Helena Jäderblom, inició sus conclusiones recordando, una vez más, la importancia del libre ejercicio de la libertad de expresión para las sociedades democráticas. Su libre ejercicio, recordaron, es aplicable no solo a las ideas que son recibidas favorablemente, sino también a aquellas chocantes, ofensivas o que perturban las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe la sociedad democrática<sup>85</sup>. Quedando relegada su restricción a las excepciones del artículo 10.2 CEDH que requieren de una interpretación estricta y convincente.

Siguiendo de puntillas su propia jurisprudencia, la Sección Tercera del TEDH recordó que el adjetivo “necesario”, en el sentido del Artículo 10.2 CEDH, implica que las circunstancias del caso establezcan una “necesidad social apremiante” dejando poco margen la Convención para las restricciones que pretendan entrar en el ámbito de la disputa política, por ser este de suma importancia y por ser los límites de la crítica admisible más anchos con respecto a un político, de lo que lo serían con respecto a un particular<sup>86</sup>.

Es importante remarcar aquí, que la jurisprudencia del TEDH ha venido reiterado, al contrario del enfoque de la Corte Suprema estadounidense, que la libertad de expresión no supone un derecho ilimitado en el campo de la crítica política.

---

85. “Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’. This means, amongst other things, that every ‘formality’, ‘condition’, ‘restriction’ or ‘penalty’ imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued”. *Vid.* STEDH, de 7 de diciembre de 1976, *Handyside vs. The United Kingdom*, párr. 49; STEDH, de 22 de octubre de 2017, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July vs. France*, párr. 45; STEDH, de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capella vs. España*, párr. 30.

86. *Vid.* STEDH, de 8 de julio de 1986, *Lingens vs. Austria*, párr. 42; STEDH, de 27 de agosto de 2004, *Vides Aizsardzības Klubs vs. Latvia*, párr. 40; STEDH, de 28 de diciembre de 2000, *Lopes Gomes da Silva vs. Portugal*, párr. 40; STEDH, de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capella vs. España*, párr. 32.

*La Corte reitera que la tolerancia y el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos es la base de una sociedad democrática y pluralista. De ello se desprende que, en principio, puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar o incluso prevenir todas las formas de expresión que propagan, fomentan, promueven o justifican el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), asegurando que las “formalidades”, “condiciones”, “restricciones” o “sanciones” impuestas sean proporcionales a la finalidad legítimamente perseguida<sup>87</sup>.*

Y, si bien la Corte considera legítimo que las instituciones estén protegidas por las autoridades como garantes del orden público institucional, por su posición dominante están obligadas a actuar con moderación. De esta forma, el empleo del Derecho penal no resulta compatible con el ejercicio de la libertad de expresión en la esfera de la disputa política cuando en el discurso no se insta al empleo de la violencia<sup>88</sup>.

No le resulta al TEDH coherente con el espíritu de la Convención el interés de un Estado en proteger mediante el Derecho penal la reputación de su propio Jefe de Estado<sup>89</sup> frente al derecho a informar y expresar opiniones al respecto<sup>90</sup>. Atendiendo a las características del caso de la quema pública del retrato de los reyes, el TEDH consideró que el motivo de la expresión enjuiciada se produjo en un contexto de crítica política, y no personal, de una institución como lo es la monarquía española. A mayor redundancia, el acto perseguido se produjo con motivo de una visita institucional del Rey de España a Girona, razón por la cual se celebró una manifestación en contra de la monarquía y en favor de la independencia de Cataluña.

---

87. “In such a context the content of the letters must be seen as capable of inciting to further violence in the region by instilling a deep-seated and irrational hatred against those depicted as responsible for the alleged atrocities. Indeed, the message which is communicated to the reader is that recourse to violence is a necessary and justified measure of self-defence in the face of the aggressor”. Vid. STEDH, de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turkey*, párr. 62; STEH, de 14 de junio de 2014, *Günduz vs. Turkey*, párr. 40; STEDH, de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capella vs. España*, párr. 33.

88. Vid. STEDH, de 8 de julio de 1999, *Gerger vs. Turkey*, párr. 40; STEDH, de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turkey*, párr. 62; STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon vs. España*, párr. 54; STEDH, de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capella vs. España*, párr. 34.

89. Vid. STEDH, de 25 de septiembre de 2002, *Colombani and Others vs. France*, párr. 66-69; STEDH, de 25 de mayo de 2005, *Pakdemirli vs. Turquie*, párr. 51-2; STEDH, de 14 de septiembre de 2016, *Güvener vs. Turquie*, párr. 31.

90. Vid. STEDH, de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon vs. España*, párr. 55; STEDH, de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capella vs. España*, párr. 35.

*Esta controvertida puesta en escena fue parte de un debate sobre cuestiones de interés público, a saber, la independencia de Cataluña, la forma monárquica del Estado y la crítica del Rey como símbolo de la Nación española. Todos estos elementos permiten concluir que no fue un ataque personal dirigido contra el Rey de España, con el objetivo de desprestigiar y vilipendiar a la persona de este último, sino una crítica de lo que el Rey representa, como líder y símbolo del aparato y las fuerzas del Estado –que según los demandantes había ocupado Cataluña– que cae dentro del ámbito de la crítica o disidencia política y es la expresión de un rechazo a la monarquía como institución<sup>91</sup>.*

Por su parte, en lo concerniente a los límites que establece el TC al respecto de lo que entiende por discurso de odio, el TEDH no considera que el empleo del fuego y el posicionamiento de una fotografía invertida represente un rechazo radical, al tratarse de una demostración de crítica política enfocada a atraer la atención de los medios de comunicación que no representa más que la transmisión de un mensaje crítico de la libertad de expresión<sup>92</sup>. No siendo posible considerarlo como un acto de incitación al odio contra la persona del Rey debiendo interpretarse como una expresión simbólica de insatisfacción y protesta.

*La Corte recuerda en este contexto que la libertad de expresión es aplicable no sólo a la “información” o “ideas” que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas, sino también a las que ofendan, resulten chocantes o perturben: estas son las demandas del pluralismo, de la tolerancia y del espíritu de apertura sin los cuales no existe una “sociedad democrática” [...] Considera que la incitación a la violencia no puede deducirse a partir del examen conjunto de los elementos utilizados para la puesta en escena y del contexto en que se produjo el hecho, y que no se puede establecer en base a las consecuencias de un suceso que, según los hechos declarados, probados por el juez, no fue acompañado de una conducta violenta o de una alteración del orden público. [...]*

*La protección del artículo 10 de la Convención es limitada –o incluso excluida– en el caso de los discursos de odio, un término que debe entenderse*

---

91. Vid. STEDH, de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capella vs. España*, párr. 36.

92. Vid. STEDH, de 7 de febrero de 2007, *Mamère vs. France*, párr. 25; STEDH, de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capella vs. España*, párr. 38.

*que abarca todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (Gündüz, antes citada, § 22), y que se debe examinar teniendo en cuenta sumamente el contexto (Perinçek v. Suiza [GC], no 27510/08, §§ 204-208, ECHR 2015 [extractos]). La inclusión en el discurso de odio de un acto que, como el alegado en este caso a los solicitantes, es la expresión simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución y la consiguiente exclusión del campo de la protección que brinda la libertad de expresión, implicaría una interpretación demasiado amplia de la excepción permitida por la jurisprudencia del Tribunal – lo que podría ser perjudicial para el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática”. [...]*

*En cuanto a la sanción penal [...], una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco del debate político, en la medida en que representa la reprobación más fuerte de un comportamiento, constituye una interferencia con la libertad de expresión que ni guardaba proporción con el objetivo legítimo perseguido ni era necesaria en una sociedad democrática<sup>93</sup>.*

## 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 luego de las reiteradas condenas en *Castells*, *Otegi* y ahora, en *Stern Taulats* y *Roura Capellera*.

Políticos de la oposición, tuiteros, blogueros, titiriteros, cantantes... configuran una bochornosa lista de perseguidos por divulgar la rabia que sienten sin que la misma represente el más mínimo peligro para la existencia de las instituciones a las que critican. Esta suerte de configuración irracional, entre elpreciado ejercicio del Derecho a la libertad de expresión y la nociva interpretación institucional de que toda crítica es *hate speech* o apología del terrorismo, ha conducido ya, a la

---

93. Énfasis añadido. Vid. STEDH, de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capella vs. España*, párrs. 39-42.

sociedad de la comunicación cibernética, a un sentimiento general de silenciamiento, *chilling effect*, que está degenerando los pilares de nuestro Estado de Derecho a un ritmo vertiginoso. Para evitar esta fractura irreversible del Estado de Derecho, el único antídoto certero es la consolidación de la convivencia social implementando la educación en valores sociales restringiendo únicamente aquellos mensajes que representen un peligro claro e inminente para la sociedad. Esto es, por incitar, y tener capacidad para lograr claramente sus propósitos, a la violencia o la guerra. El resto de mensajes deberán ser contrarrestados simplemente con el empleo de más discurso y raciocinio.

## Referencias bibliográficas

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2012): “*Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes*”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 14-02.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, BELADIEZ ROJO, Margarita y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (Edits.) (2013): *Conflicto y Diálogo con Europa. Las Condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humano* (Cizur Menor: Editorial Aranzadi, SA).
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2012): *Una agenda de derechos humanos para la X legislatura en España* (Madrid, Sección española de Amnistía Internacional).
- ANASAGASTI, Iñaki (2009): *Una Monarquía protegida por la censura* (Tres Cantos, Ediciones Akal, S.A.).
- CATALÀ I BAS, Alexandre H. (2001): “*Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*”. En *Revista General del Derecho*.
- COMMITTEE OF MINISTERS, COUNCIL OF EUROPE (2004): *Declaration on freedom of political debate in the media*, 872nd meeting, de 12 de febrero de 2004.
- DIJK, Pieter, HOOF, Fried, VAN RIJN, Arjen, ZWAAK, Leo, FLINTERMAN, Cees y HERINGA, Aalt Willem (2006): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition (Oxford, Intersentia).
- FERRAJOLI, Luigi (1999): *Il diritto come sistema di garanzie* (Traducción de ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y GREPPI, A.), (Madrid, Editorial Trotta, S.A.).
- FOUCAULT, Michel (2000) : *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A.).

LA RUE, Frank (2010): *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.*

LEACH, Philip (2011): *Taking a Case to European Court of Human Rights*, Third Edition (New York, Oxford University Press., Inc).

MAKAZAGA, Xabier (2009): *Manual del torturador español* (Urduliz, Editorial Txalaparta).

PARLAMENTARY ASSEMBLY, COUNCIL OF EUROPE (2007): *Towards decriminalisation of defamation*, Resolución N° 1577.

URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín (2013): “*Castells C. España (STEDH, de 26 de abril de 1992): La Libertad de Crítica Política Veraz*”. En ALCÁCER GUIRAO, Rafael, BELADÍEZ ROJO, Margarita y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

VAN BOVEN, Theodor C. (2004): *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, 60° período de sesiones, E/CN.4/2004/56/Add.*

WHITE, Robin C. A y OVEY, Clare (2010): *Jacobs, White & Ovey. The European Convention on Human Rights*, Fifth Edition (New York, Oxford University Press Inc).

ZOLA, Emilio (2003): “Yo acuso. Carta a Monsieur Félix Faure, presidente de la República”. En *Yo Acuso. La verdad en marcha* (Elaleph.com S.R.L.).

### Jurisprudencia citada

AUTO (AN), de 26 de julio de 2004, Juzgado central de instrucción núm. 6. Diligencias previas 216/01.

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

Decisión ComisiónEDH, de 18 de octubre de 1995, *Haider vs. Austria*. Diligencia núm. 25060/94.

SAN 43/2007, de 13 de noviembre de 2007, Juzgado Central de lo Penal, Sección primera, Fj. 4.

SAN, de 19 de diciembre de 2007, núm. 73, Sala de lo Penal, Sección tercera.

SAN 2/08, de 24 de abril de 2008, Sala de lo Penal, Pleno, Fj. 3.8.

SAN 4837/2008, de 5 de diciembre de 2008, Sala de lo Penal, Fj. 3.

SAN, 1347/2010, de 12 de abril de 2010.

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.

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

STEDH, de 7 de diciembre de 1976, *Handyside vs. The United Kingdom*.

STEDH, de 8 de julio de 1986, *Lingens vs. Austria*.

STEDH, de 23 de abril de 1992, *Castells vs. España*.

STEDH, de 20 de mayo de 1999, *Bladet Tromsø and Steensats*.

STEDH, de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turkey*.

STEDH, de 8 de julio de 1999, *Gerger vs. Turkey*.

STEDH, de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo vs. España*.

STEDH, de 28 de septiembre de 2000, *Lopes Gomes da Silva vs. Portugal*.

STEDH, de 28 de diciembre de 2000, *Lopes Gomes da Silva vs. Portugal*.

STEDH, de 25 de Julio de 2002, *Colombani and others vs. France*.

STEDH, de 25 de septiembre de 2002, *Colombani and Others vs. France*.

STEDH, de 27 de agosto de 2004, *Vides Aizsardz bas Klubs vs. Latvia*.

STEDH, de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala and others vs. Spain*.

STEDH, de 17 de diciembre de 2004, *Cumpănă and Mazăre vs. Romania*.

STEDH, de 22 de febrero de 2005, *Pakdemirli vs. Turquie*.

STEDH, de 25 de mayo de 2005, *Pakdemirli vs. Turquie*.

STEDH, de 7 de noviembre de 2006, *Mamère vs. France*.

STEDH, de 7 de febrero de 2007, *Mamère vs. France*.

STEDH, de 8 de enero de 2009, *Iribaren Pinillos vs. España*.

STEDH, de 3 de febrero de 2009, *Women on Waves et autres vs. Portugal*.

STEDH, de 19 de febrero de 2009, *Martchenko vs. Ucrania*.

STEDH, de 2 de mayo de 2010, *Christian Democratic people's Party vs. Moldova*.

STEDH, de 22 de junio de 2010, *Bingöl vs. Turquie*.

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 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon vs. España*.

STEDH, de 24 de julio de 2012, *B.S. vs. España*.

STEDH, de 16 de octubre de 2012, *Otamendi Egiguren vs. España*.

STEH, de 14 de junio de 2014, *Günduz vs. Turkey*.

STEDH, de 21 de enero de 2015, *Murat Vural vs. Turkey*.

STEDH, de 14 de septiembre de 2016, *Güvener vs. Turquie*.

STEDH, de 22 de octubre de 2017, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July vs. France*.

STEDH, de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capella vs. España*.

STC 51/1985, de 10 de abril de 1985, BOE, núm. 119, de 18 de mayo de 1985, Fj. 9.

STC 177/2015, de 22 de julio de 2015, BOE, núm. 200, de 21 de agosto de 2015.

STS 3057/2009, de 22 de mayo de 2009, Fj. 186.