

La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC*

Cristina Pauner Chulvi
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I de Castellón
pauner@dpu.uji.es

SUMARIO: I. Introducción II. El marco normativo europeo y constitucional en materia de libertad de expresión y de libertad de información III. Integración de la doctrina europea sobre las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional IV. Los valores democráticos como límites específicos a la libertad de expresión e información: el discurso violento o discurso del odio A. La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos B. La jurisprudencia constitucional española y los límites penales a la libertad de expresión V. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Otegi Mondragón contra España*

I. Introducción

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) se ha pronunciado recientemente sobre el ejercicio de la libertad de expresión y sus límites en un Estado democrático. En su sentencia de 15 de marzo de 2011, *caso Otegi Mondragón contra España*, el TEDH se ha referido al denominado discurso del odio y ha declarado que España infringió el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante) y vulneró el derecho a la libertad de expresión del dirigente de Batasuna, Arnaldo Otegi, condenado por el Tribunal Supremo en 2005 a un año de prisión por haber llamado al Rey "jefe de los torturadores".

Este pronunciamiento resulta especialmente interesante, en primer lugar, porque retorna sobre la cuestión de las restricciones a las que puede someterse la libertad de expresión en un Estado democrático en un momento en el que arrecian los discursos de corte xenófobo y discriminatorio¹ y, en segundo lugar, porque se manifiesta sobre

* El presente trabajo es una revisión de la conferencia pronunciada el 25 de marzo de 2011 en las IV Jornadas sobre "La protección de los derechos fundamentales. Problemas actuales" organizadas por el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid. Quiero dejar constancia de mi agradecimiento a los coordinadores de las Jornadas, profesores Alberto A. Herrera, Alfredo Allué y Margarita Corral, por su amable invitación así como a los asistentes a las mismas cuyas observaciones he tratado de incorporar y que habrán contribuido a mejorar el texto inicial.

¹ Europa está presenciando el avance de partidos de ultraderecha con claros mensajes xenófobos en contra de la inmigración. Italia, Bulgaria, Austria, Eslovaquia, Letonia, Suecia, Dinamarca y Holanda son

una materia en la que se advierte un cierto apartamiento de la jurisprudencia española respecto de la europea.

Es un lugar común referirse a la relación que existe entre la libertad de expresión y la democracia. Al margen de su consideración como derecho subjetivo y su conexión con la dignidad de las personas y la igualdad, la libertad de expresión está dotada de una vertiente institucional puesto que “significa el reconocimiento y la garantía de una institución pública fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político”². El TEDH ha reconocido, desde sus primeras sentencias, la trascendencia de la libertad de expresión como “uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual”³ y, por ello, verdadera “piedra angular de los principios de la democracia y de los derechos humanos protegidos por el Convenio”⁴. Asimismo, el Tribunal Constitucional (TC, en adelante) ha insistido en la consideración de que la formación de una opinión libre es uno de los requisitos esenciales de la democracia: sin la garantía del mantenimiento de una comunicación pública libre, dice el Alto Tribunal, “no hay sociedad libre, ni por tanto soberanía popular”⁵ y “quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática”⁶.

países en los que la extrema derecha cuenta con representación en sus parlamentos. Tras las elecciones parlamentarias del 17 de abril de 2011, Finlandia se ha sumado a este grupo: allí el partido de los Verdaderos Finlandeses (PS), xenófobo y categóricamente opuesto a los rescates financieros de la Unión Europea, se ha convertido en la segunda fuerza política gracias al 19.2 por ciento del apoyo popular.

² STC 12/1982, de 31 de marzo, fj 3. La bibliografía en torno a las libertades de expresión e información es inabarcable por lo que nos limitamos a sugerir, entre otros, AAVV, *Las libertades de información y expresión*, Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, 2002; CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991; CARRILLO, M., *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1987; LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas-Universidad Carlos III, Madrid, 1999; MAGDALENO ALEGRÍA, A., *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006 y RALLO LOMBARTE, A., *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

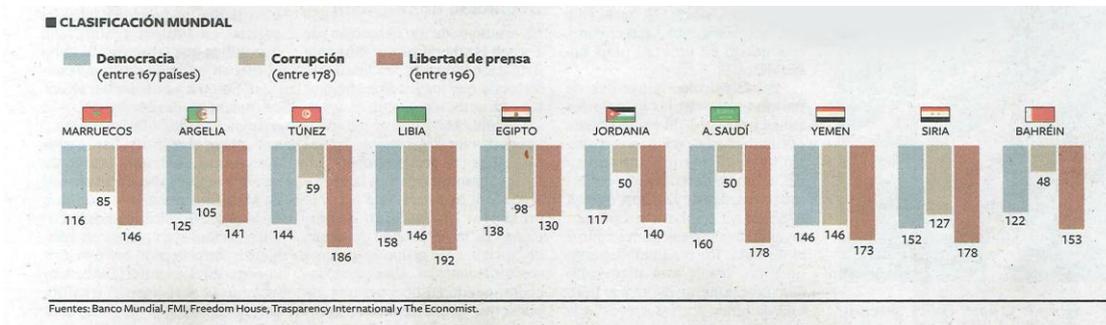
³ STEDH, caso *Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, apartado 49.

⁴ STEDH, caso *The Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, apartado 66.

⁵ STC 6/1981, de 16 de marzo, fj 3.

⁶ STC 104/1986, de 17 de julio, fj 5.

Resultan interesantes, en este sentido, los análisis que se han realizado con motivo de las revoluciones islámicas y que han puesto de relieve que aquellos países sin libertad de prensa también carecen de democracia y padecen altísimos índices de corrupción tal y como puede apreciarse en el siguiente gráfico:



Partiendo, pues, de la configuración de las libertades de expresión e información como elementos esenciales en un Estado democrático, el objetivo de estas líneas es el de analizar y confrontar la jurisprudencia que el TEDH y el TC han elaborado sobre los límites a los que se encuentra sometida la información y la discusión de asuntos públicos. Si bien la casuística es muy heterogénea, el discurso que mayor influencia despliega a estos efectos es, sin lugar a dudas, el denominado discurso violento o discurso del odio.

Avanzando conclusiones, este ejercicio comparativo nos permitirá apreciar que la incorporación de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo en materia de libertad de expresión y de información es una constante en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español si bien se produce una divergencia importante en la valoración que la jurisprudencia constitucional española mantiene sobre las expresiones violentas como límite a las libertades de comunicación. Divergencia que, por otra parte, constituye una singularidad en el entorno europeo.

II. El marco normativo europeo y constitucional en materia de libertad de expresión y de libertad de información

El CEDH, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, reconoce en su artículo 10 el derecho a la libertad de expresión con el siguiente tenor:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin

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

De una primera aproximación al artículo 10 CEDH destaca su carácter integrador frente a la regulación diferenciada que establece la Constitución española de 1978 que distingue, por un lado, la libertad de expresión y, por otro, la libertad de información. El artículo 20.1.a de la Constitución española (CE, en adelante) contempla el derecho *“a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”*, presentando así un carácter más subjetivo y el artículo 20.1.d CE reconoce *“el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”* por lo que se refiere a la libertad de transmitir hechos⁷. El artículo 10 CEDH incluye, por el contrario, dentro de la libertad de expresión tanto la libertad de opinión como la libertad de recibir o comunicar informaciones sobre hechos objetivos.

Esta disparidad normativa es, no obstante, de carácter aparente. De una parte, el propio artículo 10 CEDH diferencia entre la libertad de opinión y la libertad de comunicar y recibir información incidiendo cuidadosamente en que se debe distinguir entre hechos y juicios de valor, aunque integrando ambas libertades dentro del derecho a la libertad de expresión; distinción en la que paulatinamente irá ahondando el TEDH través de su jurisprudencia. Por otra parte, la formulación diferenciada de la libertad de información y de las demás libertades garantizadas en el artículo 20.1 CE no impide que puedan considerarse integrantes de la libertad de expresión en general así como que la libertad de expresión en sentido estricto, reconocida en el apartado 1.a), pueda abarcar por su amplia formulación prácticamente cualquier contenido de ese conjunto de derechos⁸. Esta realidad es la que ha llevado al TC a manifestar que los

⁷ Sobre la diferenciación entre ambas libertades puede verse, entre otros, BUSTOS GISBERT, R., “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 85, 1994, pp. 261-289 y GARCÍA GUERRERO, J. L., “Una visión de la libertad de comunicación desde la perspectiva de las diferencias entre la libertad de expresión, en sentido estricto, y la libertad de información”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 359-399.

⁸ LÓPEZ GUERRA, L., *Derecho Constitucional*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 8ª ed., p. 247.

dos textos normativos “coinciden sustancialmente, sin que pueda apreciarse la menor contradicción entre ellos”⁹.

A los efectos de nuestro análisis, ambas normativas han previsto limitaciones o modulaciones al ejercicio de las libertades de expresión e información aunque estas restricciones son referidas de forma muy diferente. Así, el artículo 10.2 CEDH establece que:

“El ejercicio de estas libertades, que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Además, el artículo 17 CEDH, íntimamente ligado al artículo 10, contempla la prohibición del abuso del derecho:

“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

En la Constitución española, el apartado 4 del artículo 20 ha previsto que las libertades de expresión e información:

“Tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

En este marco normativo tanto la jurisdicción europea como la española han entendido, en primer lugar, que la interpretación de los límites a los derechos fundamentales debe hacerse de modo restrictivo, regla que se torna especialmente importante cuando nos referimos a la libertad de expresión en cuanto fundamento de cualquier sociedad democrática y, en segundo término, que la interdicción del

⁹ STC 223/1992, de 14 de octubre, fj 1.

denominado discurso violento constituye, en todo caso, un límite legítimo de las libertades de la comunicación¹⁰.

III. Integración de la doctrina europea sobre las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La alusión a la jurisprudencia del TEDH es constante en los pronunciamientos del TC en materia de libertad de información y expresión y muchos de los criterios jurisprudenciales del TEDH sobre el contenido, alcance y límites de estas libertades son asumidos por el TC en la resolución de los asuntos referidos a ellas¹¹. Podemos afirmar, por tanto, que se ha producido una clara “internacionalización constitucional” en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE que dispone que *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución proclama se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España”*¹².

Así, el TEDH reconoció el carácter sustentador de la democracia que tienen las libertades de expresión e información en su sentencia al *caso Handyside contra Reino Unido* y manifestó que *“la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad (democrática), una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”*¹³. El TC incorporó explícitamente el

¹⁰ Debe recordarse que no existe una clasificación axiológica de los derechos y libertades fundamentales por lo que no hay derechos absolutos sino que todos tienen límites. Las restricciones entre derechos fundamentales para permitir su disfrute por una pluralidad de individuos se resuelven acudiendo a la regla de la ponderación, esto es, atendiendo a las circunstancias y al caso concreto para determinar cuál de los dos derechos prevalece. Sobre la regla de la ponderación pueden consultarse, entre otras, las SSTC 168/1986, de 22 de diciembre, fj 3; 199/1987, de 16 de diciembre, fj 12; 121/1989, de 3 de julio, fj 2; 120/1990, de 27 de junio, fj 8; 143/1991, de 1 de julio, fj 2; 15/1993, de 18 de enero, fj 1; 78/1995, de 22 de mayo, fj 2 y 204/1997, de 25 de noviembre, fj 2.

¹¹ Sobre este tema véase CATALÁ I BAS, A., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2001.

¹² Al respecto puede consultarse CASTILLO CÓRDOVA, L., “Un caso de internacionalización y constitucionalización. Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 119, 2007, pp. 385-437.

¹³ *Caso Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, apartado 49. En el caso Handyside, la Corte se pronunció acerca de una sentencia adoptada por la jurisdicción inglesa mediante la cual se secuestraba el Pequeño Libro Rojo para escolares al amparo de la legislación británica sobre publicaciones obscenas de 1959 y 1964, a la par que se condenaba al editor, señor Handyside. El libro, destinado a los escolares de 12 años o más, contenía capítulos sobre sexo, incluyendo subsecciones sobre cuestiones tales como los anticonceptivos, la pornografía, la homosexualidad y el aborto, así como

criterio jurisprudencial del TEDH en la construcción de la libertad de expresión afirmando que “hay que tener en cuenta – como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside – que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática” y que el libre ejercicio de las libertades de expresión e información “garantiza la formación y existencia de una opinión pública libre, ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre”¹⁴.

Partiendo de la especial significación que la libertad de expresión y de información alcanzan, ambas jurisdicciones han otorgado una posición preferente a estas libertades frente a otros derechos aunque esta posición no implique prevalencia absoluta. En este sentido, la propia normativa europea sirve de inspiración al TC para afirmar que el valor preferente de la libertad de información no legitima siempre el sacrificio de otros derechos – esencialmente, el honor o la intimidad – sino “sólo en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática, como establece el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”¹⁵.

Asimismo, tanto el TEDH como el TC coinciden en señalar la diferencia entre hechos y opiniones aunque, con frecuencia, advierten de la dificultad de separar ambas libertades. En el *caso Lingens*, el TEDH distinguió entre el objeto de la libertad de opinión – la idea o juicio de valor – y el objeto de la libertad de información – el dato o hecho – y concluyó que la diferente naturaleza de ambos obliga al cumplimiento de exigencias distintas ya que “mientras que la realidad de los primeros puede probarse,

direcciones para obtener ayuda y asesoramiento sobre asuntos sexuales. El TEDH decidió que no había habido violación del artículo 10 CEDH, teniendo en cuenta que la condena de los demandantes constituía una interferencia en el derecho a la libertad de expresión que estaba “prevista por ley” y perseguía el objetivo legítimo de proteger la moral. Lo que estaba en cuestión era si la interferencia había sido “necesaria en una sociedad democrática”. A este respecto, la Corte determinó que en la esfera de la “protección de la moral” era imposible hallar en la legislación nacional de diversos Estados un concepto europeo uniforme. Por esta razón e interpretando que el adjetivo “necesario” no es sinónimo de los términos “indispensable” o “absolutamente necesario” incluidos en otras disposiciones de la Convención, la Corte concluyó que corresponde dejar a los Estados un margen de apreciación para evaluar la “acuciante” necesidad social que implica la noción de “necesidad”.

¹⁴ STC 159/1986, de 12 de diciembre, fj 6.

¹⁵ STC 171/1990, de 12 de noviembre, fj 5.

los segundos no son susceptibles de prueba”¹⁶. Nuestro TC reprodujo este concreto pronunciamiento para poner de manifiesto que, ante la habitual mezcolanza de hechos y opiniones, resulte en ocasiones difícil la determinación de la libertad que se está ejerciendo y proclama “la distinción no siempre fácil entre emisión de opiniones o juicios de valor y exposición o relato de hechos, distinción efectuada por el TEDH en el caso Lingens (Sentencia de 8 de julio de 1986) y recogida por nuestra jurisprudencia constitucional desde la STC 6/1988”¹⁷.

La recepción de la jurisprudencia europea también ha sido completa en relación con los límites a los que legítimamente cabe someter a las libertades de la comunicación.

Así, en primer lugar, el TC se ha hecho eco del asentado criterio jurisprudencial del TEDH según el cual cualquier afectación al ejercicio de las libertades de expresión e información debe estar prevista legalmente de manera precisa y accesible para el ciudadano: “Haciendo nuestras las exigencias de precisión y previsibilidad exigidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de medidas como las aquí cuestionadas por los recurrentes (casos Handyside, sentencia de 7 de diciembre de 1976; *The Sunday Times I*, de 26 de abril de 1979; *The Sunday Times II* y *Observer/Guardian*, ambos de 26 de septiembre de 1994, *Vereniging Weekblad Bluf*, de 9 de febrero de 1995 y *Prager y Oberschlick*, de 26 de abril de 1995), la norma establecida en el mencionado precepto [artículo 3.2 de la Ley 62/1978] no sólo es previsible en las circunstancias de su aplicación y en las consecuencias que puede acarrear la misma ... sino que el riesgo de discrecionalidad en la adopción de semejantes medidas se aleja aún más al remitir el propio precepto en su apartado primero a lo dispuesto en el Título V del Libro IV de la LECrim”¹⁸.

En segundo término, el TC menciona expresamente la jurisprudencia del TEDH cuando reconoce que aquellas restricciones quedan sujetas a un control posterior, control que “Debe ser severo en razón de la importancia de estas libertades. En otras palabras, la

¹⁶ *Caso Lingens contra Austria*, de 8 de julio de 1986, apartado 45. Este asunto tiene su origen en unos artículos periodísticos en los que el señor Lingens criticaba duramente las declaraciones del canciller Kreisky, en las que éste apoyaba a determinados políticos con pasado nazi y calificaba a una organización projudía de “mafia política” y “métodos mafiosos”.

¹⁷ STC 143/1991, de 1 de julio, fj 3.

¹⁸ STC 187/1999, de 25 de octubre, fj 8.

necesidad de la limitación de esos derechos debe justificarse por el legislador de manera razonable y convincente (asunto Autronic AG, sentencia del TEDH de 22 de mayo de 1990) y las injerencias controvertidas han de ser proporcionadas al fin constitucional perseguido”¹⁹.

En tercer lugar, el recorte de estos derechos fundamentales se permite únicamente en la medida necesaria para asegurar la formación de una opinión pública libre en un Estado democrático como bien recuerda el TC cuando afirma que: “el artículo 10.2 CEDH ha previsto la posibilidad de establecer límites legales a los derechos de información (...), cuando lo exija una necesidad social imperiosa – límite que ha sido interpretado muy restrictivamente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – (casos Handyside, sentencia de 7 de diciembre de 1976; The Sunday Times, de 26 de abril de 1979; Lingens, 8 de julio de 1986)”²⁰.

Finalmente y, en atención al contenido del mensaje comunicativo, el Alto tribunal español se hace eco del criterio jurisprudencial europeo que considera ilegítimo limitar el ejercicio de la libertad de expresión e información por el carácter hiriente o molesto de la misma: "el derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, fj 5; 49/2001, de 26 de febrero, fj 4; y 204/2001, de 15 de octubre, fj 4), pues "así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España)"²¹. Aunque también ha manifestado, con referencia a la jurisprudencia del TEDH, que la permisividad ante críticas que molestan o desagradan no implica la aceptación de cualquier juicio de valor y descarta absolutamente aquel que pueda resultar injurioso: “Al tratarse de la formulación de ‘pensamientos, ideas y opiniones’, hemos aseverado que dispone de un campo de

¹⁹ STC 127/1994, de 5 de mayo, fj 6.B.

²⁰ STC 171/1990, de 12 de noviembre, fj 9.

²¹ STC 174/2006, de 5 de junio, fj 4.

acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (por todas SSTC 200/1998, de 14 de octubre y 112/2000, de 5 de mayo; SSTEDH, caso Castells, de 23 de abril de 1992, Bergens Tiedende y otros, de 2 de mayo de 2000, Lopes Gomes Da Silva, de 28 de septiembre de 2000, y Tammen, de 6 de febrero de 2001)²².

IV. Los valores democráticos como límites específicos a la libertad de expresión e información: el discurso violento o discurso del odio

A la pregunta de si puede un Estado legítimamente prohibir las expresiones del lenguaje del odio cabe simplificar la respuesta planteándola como un dilema entre libertad y dignidad. Se dice entonces que prohibir la expresión de los racistas y xenófobos supone poner límites a la libertad de expresión que requieren una justificación adecuada en una sociedad democrática. O bien que permitir la expresión que vilipendia y denigra a los miembros de las minorías es un ataque a su igual dignidad y su respeto por el resto de la sociedad²³.

Ante esta disyuntiva, los Estados europeos han aceptado que el hecho de que se reconozca a la libertad de expresión un papel fundamental en las sociedades democráticas no impide que su ejercicio pueda estar sometido a limitaciones impuestas por los poderes públicos²⁴ aunque las leyes contra el negacionismo son controvertidas por lo que, mientras algunos países europeos persiguen penalmente la difusión de doctrinas xenófobas o racistas – incitadoras del odio – y, en otros, se

²² STC 99/2002, de 6 de mayo, fj 5.

²³ Como expone Luther, “Desde el punto de vista del Derecho constitucional, negacionismo y antinegacionismo plantean no pocos problemas. Es necesario valorar su impacto sobre las garantías constitucionales de la dignidad humana, de la libertad de conciencia y de expresión, pero también sobre otras libertades culturales, en particular sobre la autonomía cultural de la investigación científica y sobre los derechos culturales de las personas y de las generaciones pasadas y futuras. Pero quedan afectados también los principios fundamentales del constitucionalismo moderno, desde el Estado de derecho hasta la democracia, especialmente para quien busca instrumentos jurídicos idóneos para preservar el pluralismo democrático y la paz social” (LUTHER, J., “El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 2008, p. 248).

²⁴ El 19 de abril de 2007 la Unión Europea elaboró un mandato de represión penal del negacionismo mediante la Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia que determinaba que, en todo Estado miembro de la UE y en el plazo de dos años, deberían ser punibles las conductas de incitación pública a la violencia o el odio y la justificación, alabanza o negación pública de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

penaliza especialmente el delito de negación del Holocausto, también encontramos países en los que no existen leyes comparables en este ámbito²⁵.

Con todo, es evidente que la difusión del nacionalsocialismo ha sido la circunstancia que ha permitido elaborar una doctrina europea de la que se deriva que el respeto a los valores democráticos es el límite infranqueable frente a las manifestaciones de los intolerantes. La defensa de la democracia, en cuya base se encuentra la tolerancia y el pluralismo, es uno de los objetivos perseguidos por los Estados parte del CEDH. De ahí se sigue en la doctrina del TEDH que solo deban ser amparados los proyectos y las ideologías respetuosos con los valores sobre los que se asienta un Estado democrático.

A. La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH, por un influjo evidente del constitucionalismo americano, ha señalado que la libertad de expresión extiende su cobertura al llamado discurso ofensivo o impopular en el ya comentado *caso Handyside*, doctrina que quedó rápidamente consolidada por numerosos pronunciamientos posteriores. Esto lleva al segundo problema fundamental de distinguir entre el llamado discurso del odio o *hate speech* (no protegido por la libertad de expresión) y el discurso ofensivo o impopular (protegido por ella) que es lo que marcará la profunda diferencia entre la doctrina norteamericana y la occidental²⁶.

²⁵ Si bien es cierto que en la legislación penal de casi todos los Estados europeos aparece tipificado el delito de incitación al odio nacional, racial o religioso, la descripción de esos delitos es muy variable, tanto por lo que se refiere a su redacción concreta como en relación con otros delitos con las que asocian en un sistema. El delito de negacionismo o de revisionismo del Holocausto u otros genocidios son objeto de represión penal en Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Luxemburgo y Suiza. Puede consultarse un actualizado resumen de la normativa europea sobre la cuestión en CHRISTIANS, L. L., *Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso. Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena)*, http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf, especialmente, pp. 6 a 9.

²⁶ A diferencia del derecho continental, la jurisprudencia norteamericana ha reconocido en la protección constitucional de la libertad de expresión contenida en la primera enmienda de la Constitución americana tanto el discurso del odio como el discurso ofensivo. Así en el *caso Roth contra Estados Unidos*, de 22 de abril de 1957, el Tribunal Supremo federal estadounidense afirmaba que todas las ideas, “incluso aquéllas con una mínima importancia social redentora (ideas no ortodoxas, ideas controvertidas o aquellas ideas odiosas para el clima de la opinión predominante) tienen la completa protección” de la primera enmienda (GUTIÉRREZ DAVID, M. E. y ALCOLEA DÍAZ, G., “El <<discurso del odio>> y la libertad de expresión en el Estado democrático”, *Derecom*, núm. 2, 2010, p. 10). El reciente

Desde sus primeros pronunciamientos, la actitud de los órganos del CEDH se puede calificar de firme ante este tipo de mensajes xenófobos y racistas otorgando únicamente el amparo a todas aquellas ideas respetuosas con los derechos humanos que asuman, por tanto, valores como la tolerancia o el pluralismo sin los cuales no hay democracia. Así se pronuncia el Tribunal, por ejemplo, en el *caso Oberschlick*, de 20 de abril de 1983²⁷, o en el *caso Kosiek*, de 28 de septiembre de 1984²⁸.

Uno de lo más relevantes pronunciamientos de la jurisprudencia de la Corte europea sobre el discurso nacionalsocialista es la STEDH de 23 de septiembre de 1994, *caso Jersild contra Dinamarca*, en la que el Tribunal consideró que la condena penal de un periodista por entrevistar a miembros de un grupo juvenil racista y emitir por

caso Synder contra Phelps, de 2 de marzo de 2011, confirma esta tendencia e ilustra la diferencia con la doctrina europea: los miembros de una pequeña congregación religiosa, homófoba y anticatólica, se manifestaron durante el funeral de un marine muerto en la guerra de Irak portando carteles en los cuales se podía leer: "Dios odia a los maricas", "los curas violan a los chicos" o "gracias a Dios por los soldados muertos". Albert Snyder, padre de un marine muerto en Irak en 2006, demandó al reverendo Fred W. Phelps, fundador de Westboro, y a miembros de esa iglesia. Un jurado de Baltimore otorgó a Snyder una indemnización de más de diez millones de dólares, revocada luego por el Tribunal de Apelaciones en Richmond. El Tribunal Supremo confirmó esta última sentencia ya que los jueces consideran que las protestas estaban desenfocadas y llenas de odio, pero se referían a cuestiones de interés público, incluidas las operaciones militares en Irak y Afganistán y las políticas relacionadas con los derechos de los gays, muy concretamente dentro del ejército. Sobre esta cuestión, puede verse FAYOS GARDÓ, A., "Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión: de Holmes a la sentencia del caso internet", *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996, pp. 395-426 y GUTIÉRREZ DAVID, M. E., *Discurso ofensivo y libertad de expresión en la jurisprudencia española y norteamericana*, Madrid, 2009.

²⁷ Ante las declaraciones televisivas del señor Grabber-Meyerue, secretario general del Partido Liberal austríaco, durante las elecciones de 1983, en las que sería disminuir las ayudas a las madres inmigrantes y aumentarlas en la misma proporción a las madres austríacas, el señor Oberschlick, redactor de la revista Forum, junto con otras personas presentaron una demanda por incitación al odio y actividades contrarias a la Ley de prohibición del nacionalsocialismo, que posteriormente fue publicada en dicha revista lo que le valió ser sancionado por las autoridades austríacas. El TEDH amparó al demandante basándose en los mismos argumentos esgrimidos en el caso Lingens. Advirtió que un político que realiza este tipo de declaraciones se expone a una reacción virulenta de los periodistas y del público en general.

²⁸ El señor Kosiek era militante destacado del Partido Nacional-Democrático Alemán lo que le valió no conseguir una plaza de profesor en la función pública. Según las autoridades alemanas, su militancia e identificación con el proyecto político de dicho partido, hecho puesto de relieve con ocasión de numerosas actividades, publicación de libros inclusive, del señor Kosiek encerraba dudas acerca de si estaba dispuesto a defender el sistema democrático pues dicho partido rechazaba, entre otras cosas, la armonía de las naciones, los derechos humanos y el orden democrático existente, propugnando especialmente, un nacionalsocialismo extremo y una ideología racista que tenía como objetivo suprimir el régimen parlamentario y la pluralidad de los partidos. El TEDH, con una argumentación discutible no amparó al demandante basándose en que el derecho que entraba en juego no era tanto la libertad de expresión como el derecho al acceso a cargos y funciones públicas, no recogido en el CEDH ni en ninguno de sus protocolos (argumentación abandonada en la STEDH, *caso Vogt*, de 26 de septiembre de 1995, en la que el TEDH admitió violación del CEDH por expulsión de una maestra a causa de sus actividades políticas en el Partido Comunista Alemán).

televisión sus declaraciones ofensivas para los inmigrantes vulneraba la libertad de expresión del artículo 10 CEDH²⁹. En este caso, el demandante no era el autor de las declaraciones pero había sido condenado por complicidad por considerar los tribunales daneses que conocía el riesgo de que se produjeran las declaraciones racistas e incluso habría animado la expresión del discurso xenófobo sin ninguna réplica durante la emisión del programa. Aunque la sentencia se centró en gran parte en el papel de la prensa en una sociedad democrática, se pronunció también sobre los discursos de corte racista y xenófobo para declararlos excluidos de la protección del art. 10 de la Convención, aunque sin aplicar el art. 17 CEDH y ello sobre la base de considerar que, en su conjunto, el reportaje no podía considerarse favorable a la propagación de ideas y opiniones racistas que califica de «antimorales, peligrosas e ilegales»: «sancionar a un periodista por haber coadyuvado a la difusión de declaraciones emanadas de un tercero en una entrevista, obstaculizaría gravemente la contribución de la prensa a las discusiones sobre problemas de interés general, que sólo podrían concebirse por razones particularmente serias. [...] Nadie pone en entredicho que las observaciones que han originado la condena de los camisas verdes eran más que insultantes para los miembros de los grupos afectados y en modo alguno podían acogerse a la protección del artículo 10 CEDH» (apartado 35).

Esta línea jurisprudencial se consolida por numerosos pronunciamientos posteriores: en la STEDH, *caso Lehideux e Isorne contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998, la Corte reconoce que “No existe ninguna duda de que, al igual que cualquier otra propuesta dirigida contra los valores que defiende en Convenio, la justificación de una política pronazi no puede beneficiarse de la protección del artículo 10” (apartado 53) y

²⁹ El señor Jens Olaf Jersild es periodista en la Radio Danmarks asignado a “Sunday News Magazine” que es reconocido como un programa televisivo dirigido a una audiencia bien informada y que trata un amplio espectro de temas sociales y políticos, incluidos xenofobia, inmigración y refugiados. A raíz de un artículo sobre las actitudes racistas de un grupo de jóvenes conocidos como “the Greenjackets” en Copenhage, los editores del programa “Sunday News Magazine” decidieron producir un documental sobre los Greenjackets. Se contactó con representantes del grupo, invitando a tres de ellos a participar en una entrevista televisiva. Durante la entrevista, que fue realizada por el señor Olaf, los tres Greenjackets realizaron comentarios xenófobos y racistas sobre los inmigrantes y grupos étnicos en Dinamarca. Tras la difusión del programa no se presentó ninguna queja ante la Comisión de la Radio, que es competente en esta materia, pero el Obispo de Alborg presentó una queja ante el Ministerio de Justicia que abrió una investigación. Finalmente, el Ministerio Fiscal denunció ante los Tribunales tanto a los tres jóvenes entrevistados como al periodista que realizó la entrevista por el delito de incitación al odio y a la violencia. Los tres fueron sancionados y el señor Jersild acudió ante el TEDH alegando la vulneración del artículo 10 CEDH.

que “La negación o revisión del Holocausto está sustraída en virtud del artículo 17 a la protección del artículo 10” (apartado 58)³⁰; en el *caso News Verlags, GmbH & CoKG contra Austria*, de 11 de enero de 2000, afirma que “los delitos contenidos en la Ley de Prohibición del Nacionalsocialismo (...) son delitos con una base política dirigida contra los fundamentos de una sociedad democrática” (apartado 47); en la STEDH, *caso Ibrahim Aksoy contra Turquía*, de 10 de octubre de 2000, leemos que “No hay duda de que las declaraciones tendentes a propagar la idea de una raza superior no pueden beneficiarse del artículo 10 CEDH” (apartado 63) o, finalmente, en la STEDH, *caso Garaudy contra Francia*, de 24 de junio de 2003, donde se analizan diversos artículos publicados que negaban la realidad del Holocausto con la declarada finalidad de atacar al Estado de Israel y al pueblo judío en su conjunto de modo que el Tribunal tuvo en cuenta decisivamente la intención de acusar a las propias víctimas de la historia atentando contra los derechos de los demás.

B. La jurisprudencia constitucional española y los límites penales a la libertad de expresión

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de abordar directamente la cuestión del discurso del odio en la importante STC 214/1991, de 11 de noviembre, *caso Violeta Friedman*, en la que amparará las opiniones que negaban la realidad del Holocausto judío en la medida en que las ideas, por muy equivocadas que sean no dejan de ser opiniones subjetivas sobre un hecho histórico y quedan protegidas por la libertad de expresión³¹. El fallo, no obstante, reconoce la vulneración del derecho al honor de la

³⁰ Esta decisión del TEDH ha sido objeto de dura crítica y calificada de extremadamente indulgente. Los tribunales franceses habían condenado a los demandantes por apología del crimen de colaboración con el enemigo y de la política de Pétain como jefe de gobierno de Vichy. El TEDH les amparó y concluyó que de sus declaraciones, en las que defendían al mariscal Pétain, no se desprendía la intención de negar o revisar “las atrocidades y las persecuciones nazis” sino que buscaban rehabilitar la figura del mariscal poniendo de relieve su “suprema habilidad para hacer el doble juego a los nazis”. Sobre la cuestión, véase ROBITAILLE-FROIDURE, A., *La liberté d'expression face au racisme*, L'Harmattan, Paris, 2011.

³¹ El origen del litigio fue la publicación en la revista “Tiempo”, en julio de 1985, de unas manifestaciones de León Degrelle, ex-jefe de las Waffen SS, quien declaraba: “... si hay tantos (judíos) ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios”, “El problema con los judíos es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan”, “Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquél que podría salvar a Europa... pero ya no surgen hombres como el Führer...”, “... El doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez...”. Violeta Friedman, judía residente en España - que estuvo internada en el campo de exterminio de Aushwitz, en donde la misma noche de su llegada fue enviada toda su familia, salvo ella y su hermana, a la cámara de gas, precisamente por orden del

demandante por considerar que las declaraciones del demandado podían calificarse de juicios ofensivos en los que se advertía el ánimo de humillar y discriminar al pueblo judío³².

Esta doctrina ha sido consolidada por numerosos pronunciamientos posteriores³³ aunque la resolución que sintetiza la postura actual de la jurisprudencia constitucional española se halla en la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, *caso Librería Europa*³⁴, en la que se advierte un importante cambio jurisprudencial que implica una desviación respecto de la línea doctrinal seguida por Estrasburgo.

La sentencia resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 607.2 del Código penal (CP, en adelante), cuyo texto era el siguiente: “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos [de genocidio y afines] tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”. En la cuestión planteada ante el TC, el órgano judicial de apelación precisó que la duda de

citado doctor Mengele - formuló demanda de protección civil del derecho al honor. Alegaba, en síntesis, que las citadas declaraciones habían lesionado su honor, por cuanto que el demandado no sólo tergiversaba la Historia, sino que, además llamaba mentirosos a quienes, como ella, padecieron los horrores de los campos de concentración nazis. El Juzgado absolvió de la demanda al demandado, y los sucesivos recursos de apelación ante la Audiencia Territorial de Madrid y de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, fueron también desestimados. Finalmente, solicitó el amparo del Tribunal Constitucional quien reconoció el derecho al honor de Violeta Friedman frente a las manifestaciones antijudías de León Degrelle y declaró nulas las anteriores sentencias que negaron su legitimación activa.

³² Concluye la sentencia afirmando que “Se trata, con toda evidencia, de unas afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos. Esta incitación racista constituye un atentado al honor de la actora y al de todas aquellas personas que, como ella y su familia, estuvieron internadas en los campos nazis de concentración” (fj 8).

³³ SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, fj 5; 76/1995, de 11 de diciembre, fj 2; 173/1995, de 21 de noviembre, fj 2; 192/1999, de 25 de noviembre, fj 4; 297/2000, de 11 de diciembre, fj 10 y 43/2004, de 23 de marzo, fj 5, entre otras.

³⁴ Pedro Varela Geiss, propietario de la Librería Europa, comercializaba todo tipo de materiales en los que se negaba la persecución y el genocidio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial y se incitaba a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles seres inferiores a los que se debe exterminar como ‘a las ratas’. El Juzgado condena al señor Varela como autor responsable de un delito continuado de genocidio del art. 607.2 CP, a la pena de dos años de prisión y como autor del delito consistente en provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas (art. 510.1 CP), a la pena de tres años de prisión y multa. Presentado recurso de apelación contra la anterior resolución, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona planteó cuestión de inconstitucionalidad ante el TC en relación con el artículo 607.2 CP.

constitucionalidad se refería a la posible incompatibilidad del referido precepto con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1 CE. El fallo del TC declara constitucional las palabras «nieguen o» del art. 607.2 CP mientras que la parte restante, esto es, la apología del genocidio, debe ser interpretada contraria a la Constitución en el sentido de que la justificación no sea solamente “la adhesión ideológica a una cierta posición política”, sino también la incitación indirecta al genocidio o cuando menos al odio hacia grupos étnicos, con el peligro cierto de suscitar un clima de violencia y de hostilidad capaz de poder generar discriminaciones.

La doctrina se ha manifestado muy crítica en contra del giro doctrinal que supone este pronunciamiento del TC porque afirma que nos aparta de la postura del TEDH sobre el discurso antisemita. De entrada, parece que la jurisprudencia del TEDH es más rigurosa con la restricción de ese tipo de manifestaciones: tras la Segunda Guerra Mundial se acuñó el término *democracia militante*, es decir, democracia comprometida en la defensa de los valores sobre los que se asienta. La jurisprudencia del TC, sin embargo, no percibe como peligro la propagación de dichas ideologías negadoras de los derechos humanos, salvo que conlleven expresamente un mensaje racista y violento y provoquen la quiebra de la paz social. Para ello diferencia entre la *doctrina negacionista* que supone una revisión histórica de regímenes genocidas y totalitarios y la *doctrina justificadora* de los delitos de genocidio o rehabilitadora de regímenes o instituciones que amparen prácticas genocidas³⁵.

El propio TC intenta clarificar la compatibilidad de su razonamiento con la línea jurisprudencial europea y en la propia STC 235/2007 afirma que “En ocasiones anteriores hemos concluido que <<las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por

³⁵ En el fundamento jurídico 4 de la STC 235/2007 se razona que “En nuestro sistema —a diferencia de otros de nuestro entorno— no tiene cabida un modelo de <<democracia militante>>, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 10) pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas”.

reprobables o tergiversadas que sean —y en realidad lo son al negar la evidencia de la historia— quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (artículo 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (artículo 16 CE) pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos>> (STC 214/1991, de 11 de noviembre, fj 8)” lo que le lleva a concluir que, en nuestro sistema constitucional, “la libertad de expresión protege cualquier <<idea por equivocada o peligrosa, incluso las que ataquen al propio sistema democrático>> pues la Constitución ampara también a quienes la niegan. Esta misma perspectiva ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en diversas ocasiones en las que se ponía en duda la colaboración con las atrocidades nazis durante la Segunda Guerra Mundial, a señalar que <<la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión>> y a estimar que no le corresponde arbitrar la cuestión histórica de fondo que pertenece al ámbito de un debate siempre en curso entre historiadores y en el seno mismo de la opinión sobre el desarrollo y la interpretación de los acontecimientos de los que se trata (Sentencias Chauvy y otros contra Francia, de 29 de junio de 2004; Monnat contra Suiza, de 21 de septiembre de 2006)” (fj 4).

Efectivamente, en los pronunciamientos mencionados, el TEDH recuerda que ciertos debates abiertos entre historiadores sobre aspectos relacionados con los actos genocidas del régimen nazi se encuentran protegidos por la libertad de expresión garantizada en el artículo 10 CEDH puesto que forman parte de la búsqueda de la verdad histórica³⁶ pero, a diferencia de la posición jurisprudencial española, la Corte deja claramente fuera de cualquier discusión histórica el Holocausto al que incluye

³⁶ En el *caso Chauvy contra Francia* se dilucida la demanda del matrimonio Aubrac, muy conocidos por sus actividades de resistencia en Francia, ante la publicación de un libro en el que Chauvy acusaba a Raymon Aubriac de haber traicionado y facilitado la caputur de Jean Moulin, delegado del general de Gaulle y jefe de la Resistencia interior en Lyon. En el *caso Monnat contra Suiza* se resuelve la demanda de Daniel Monnat a quien se le había condenado en Suiza por la difusión de un reportaje titulado “El honor perdido de Suiza” que desmontaba la versión oficial de la actitud de Suiza durante la contienda. El reportaje analizaba el antisemitismo y las relaciones económicas entre Suiza y la Alemania nazi y explicaba el papel de los bancos y aseguradoras helvéticos en la no devolución de fondos depositados por judíos víctimas del Holocausto en esas entidades.

dentro de la categoría de “hechos históricos claramente establecidos” y cuya negación o revisión queda excluido de la protección de aquel precepto.

V. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Otegi Mondragón contra España*

La condena a España por vulneración de la libertad de expresión de Arnaldo Otegi por STEDH de 15 de marzo de 2011 plantea algunas cuestiones de interés en relación con los límites a los que cabe someter el discurso político en un Estado democrático, especialmente, en el ámbito penal.

Los hechos sometidos a enjuiciamiento tienen su origen en la decisión de la Audiencia Nacional en febrero de 2003 de cerrar los locales del rotativo *Euskaldunon Egunkaria*, por su presunta vinculación con ETA. Diez personas fueron detenidas, entre ellas los principales responsables del periódico y, tras cinco días de detención incomunicada, los interesados denunciaron haber sufrido malos tratos durante el cautiverio. Pocos días después, el Rey de España fue recibido por el presidente de la Comunidad Autónoma del País Vasco para participar en la inauguración de una central eléctrica en Vizcaya. Durante una conferencia de prensa celebrada ese mismo día en San Sebastián, el demandante, como portavoz del grupo parlamentario *Sozialista Abertzaleak*, expuso la valoración política que hacía su grupo de la situación del periódico *Egunkaria* y, en relación a lo sucedido en la operación policial, añadió que el Rey era el jefe de aquellos que habían torturado a los detenidos en el marco de dicha operación. Se expresó con estas palabras: << ¿Cómo es posible que se fotografien hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del ejército español, es decir, el responsable de torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia? >>.

El Ministerio fiscal formuló querrela contra Otegi por el delito de “injuria grave al Rey” ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que declaró la libre absolución del portavoz parlamentario. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia *a quo* y condenó a Otegi a la pena de un año de prisión, a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas como autor criminalmente responsable de un delito de

injurias graves al Rey en el sentido del artículo 490.3 CP. El demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando, entre otros, la vulneración de sus derechos a la libertad de expresión [artículo 20.1.a) CE] y a la libertad ideológica (artículo 16 CE). Mediante Auto, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo presentado por el demandante por carecer de contenido constitucional. Señaló, además, que el derecho a la libertad de expresión no reconoce un derecho al insulto y estimó que la sentencia del Tribunal Supremo realizaba adecuadamente la ponderación de los distintos derechos en conflicto.

Ante el TEDH el demandante afirma que la disposición del Código Penal sobre la que se funda su condena no está formulada con suficiente claridad ni precisión y que la condena reforzada prevista por este precepto se configura en beneficio de una defensa absoluta del sistema monárquico constitucional, yendo más allá de la defensa del honor y de la dignidad de los individuos. Esta interpretación extensiva, a juicio del demandante, no puede ser considerada como “prevista por la ley” en el sentido del artículo 10.2 del Convenio³⁷. Además, la injerencia no persigue un “fin legítimo” sino que se dirige a sancionar de modo simbólico cualquier crítica contra la monarquía como institución. Alega también que su condena ni es proporcional al fin legítimo perseguido ni “necesaria en una sociedad democrática” y se refiere a su estatuto de portavoz del grupo parlamentario independentista, a las circunstancias relacionadas con el cierre del periódico *Egunkaria* y al temor surgido en el seno de la sociedad vasca a raíz de las denuncias de tortura de las personas detenidas en el marco de la operación. En este sentido, afirma que se trata de una cuestión de interés público conocer la práctica de la tortura por parte de las fuerzas de seguridad españolas en el marco de la lucha antiterrorista.

Frente a esta interpretación, el Gobierno alega que las declaraciones del demandante implican un grave atentado al honor de cualquier persona a la que aludan, incluido evidentemente el Rey, por lo que implican una extralimitación en el ejercicio de la

³⁷ Principalmente, estima que el régimen de sobreprotección de la Corona en la legislación penal española es incompatible con el artículo 10 del Convenio: mientras que en el caso de los simples particulares la injuria debe calificarse de grave para que su autor sea perseguido judicialmente, para la Corona una simple injuria es suficiente y sancionable. Además, aduce que la injuria grave a la Corona es la única susceptible de pena de prisión firme (de seis a dos años), mientras que para el derecho común y demás instituciones, la injuria grave se castiga con una pena en forma de multa.

libertad de expresión. El hecho de calificar a una persona de torturadora equivale a decir que vulnera los valores esenciales de la sociedad de la que forma parte y a suscitar una opinión negativa en cuanto a su dignidad y su honorabilidad, máxime si se tiene en cuenta que, en el presente caso, la persona contra la que las declaraciones se dirigen tiene especiales obligaciones para respetar y hacer respetar los valores esenciales en cuestión. Recuerda que la importancia de la libertad de expresión como garantía esencial de opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, no implica el reconocimiento de un pretendido derecho al insulto y, en consecuencia, excluye las expresiones vejatorias que resulten impertinentes y superfluas para expresar las opiniones o informaciones de que se trate y considera que si bien la crítica de un parlamentario autonómico hacia el Rey de España puede ser más amplia, no se puede admitir que la Constitución española o el Convenio reconozcan el derecho de injuria en detrimento de la dignidad de la persona.

A juicio del TEDH no cabe duda de que, en primer lugar, en este caso se produjo una “injerencia de las autoridades públicas” en la libertad de expresión del demandante por lo que, en segundo término, analiza si esta intromisión cumple las exigencias del párrafo 2 del artículo 10 CEDH y se encuentra “prevista por la ley”, se halla inspirada en uno o varios de los fines legítimos enumerados en dicho párrafo y es “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzarlos.

La Corte recuerda que la restricción de la libertad de expresión en una sociedad democrática debe ser siempre una medida excepcional y que esta protección se predica no sólo para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para las que chocan o inquietan y analiza intensamente la función y cargos de los sujetos implicados en los hechos.

Respecto al demandante, afirma que se expresó en calidad de portavoz de un grupo parlamentario y destaca que la libertad de expresión resulta particularmente preciosa para un elegido del pueblo ya que representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por otro lado, las frases pronunciadas por el demandante aludían a un asunto de importancia en el País Vasco inscribiéndose en el ámbito de un debate sobre cuestiones de interés general. En consecuencia, “las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario obligan a un control más

estricto puesto que forman parte de la expresión política” (apartado 50) en línea con lo argumentado en su sentencia sobre el *caso Mamère contra Francia*, de 7 de noviembre de 2006.

En relación con el Rey, invoca su jurisprudencia en los *casos Lingens*, *Videz Aizsardzības Klubs contra Letonia* y *Lopes Gomes da Silva contra Portugal* y afirma que los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un político, al que se alude en condición de tal, que para un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitablemente a un control minucioso de sus hechos y actitudes, por consiguiente, deberá mostrar mayor tolerancia. Admite que tiene derecho a que se proteja su reputación, incluso fuera del ámbito de su vida privada, pero matiza que los imperativos de tal protección deben ponderarse con los intereses del libre debate de las cuestiones políticas, dado que las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación estricta.

Al examinar las declaraciones en sí mismas, el Tribunal Europeo reconoce que el lenguaje utilizado por el demandante se haya podido considerar provocador y adquirir una connotación hostil; sin embargo, declara que sus palabras no exhortan al uso de la violencia ni se trata de un discurso de odio, lo que a juicio del Tribunal es el elemento esencial a considerar.

El TEDH incluye unas interesantes argumentaciones sobre la tipificación como delito de una actividad relacionada con el debate político y recuerda que una pena de prisión inflingida por una infracción cometida en el marco del debate político es compatible con la libertad de expresión sólo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto, por ejemplo, de que se difunda un discurso de odio o de incitación a la violencia tal y como sostuvo en sus sentencias *Bingöl contra Turquía*, de 22 de junio de 2010 y *Cumpănă y Mazăre contra Rumanía*, de 17 de diciembre de 2004, entre otras.

A este respecto, el Tribunal ya había declarado con anterioridad que una protección ampliada en materia de ofensas mediante una ley especial no es conforme, en principio, con el espíritu del Convenio. En el *caso Colombani contra Francia*, de 25 de junio de 2002, el TEDH examinó el artículo 36 de la Ley francesa de 29 de julio de 1881, abolido desde entonces, relativo a los delitos contra los jefes de Estado y diplomáticos

extranjeros. Señaló que la aplicación del artículo 36 de la Ley de 1881 confería a los jefes de Estado extranjeros un privilegio exorbitante, sustrayéndolos a la crítica únicamente en razón de su función o condición, lo que era inconciliable con la práctica y las concepciones políticas actuales. En su sentencia de 26 de junio de 2007, *caso Artun y Gvener*, el Tribunal estimó que lo que había denunciado en la sentencia Colombani en relación a los jefes de Estado extranjeros, era aún más válido en lo que respecta al interés de un Estado de proteger la reputación de su propio jefe de Estado: tal interés no justificaba conferir a este último un privilegio o una protección especial frente al derecho a informar y expresar opiniones sobre él. Asimismo, el TEDH mantuvo este criterio, en relación con la sobreprotección de la condición del Presidente de la República en materia civil, en el *caso Pakdemirli contra Turquía*, de 22 de febrero de 2005.

El Tribunal estima que, pese a las diferencias existentes con un régimen republicano como el de Turquía, los principios que se desprenden de su propia jurisprudencia en la materia son en teoría también válidos en lo que respecta a un régimen monárquico como el de España, en el que el Rey ocupa una posición institucional singular, como recuerda el Gobierno³⁸.

Esta interpretación de la Corte de Estrasburgo puede forzar de nuevo a la revisión de nuestro Código Penal en materia de injurias contra el Jefe del Estado. Ciertamente, la jurisprudencia del TEDH ya ha provocado la modificación de las previsiones contenidas en el Código Penal español en relación con las injurias y ofensas. Así, la STEDH de 23 de

³⁸ En el referido *asunto Pakdemirli*, la sobreprotección del Presidente de la República se refería también al hecho de que la persona que ocupa esta función no recibe el título de político sino de estadista. El Tribunal estima que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado español, no lo pone al abrigo de todas las críticas en el ejercicio de sus funciones oficiales o, como en el presente caso, en su condición de representante del Estado, al cual simboliza, de las procedentes de aquellos que se oponen legítimamente a las estructuras constitucionales de dicho Estado, incluido su régimen monárquico. A este respecto, señala que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual absolvió al demandante en primera instancia, record que la crítica de una institución constitucional no está excluida del derecho a la libertad de expresión. Asimismo, estima que el hecho de que la persona del Rey no está sometida a responsabilidad en virtud de la Constitución española, concretamente en el ámbito penal, no impide de por sí el libre debate sobre su eventual responsabilidad institucional, incluso simbólica, en la jefatura del Estado, dentro de los límites del respeto de su reputación como persona.

abril de 1992, *caso Castells contra España*, obligó a incluir la *exceptio veritatis* a las calumnias dirigidas contra instituciones del Estado³⁹.

En conclusión, el TEDH considera que las declaraciones en litigio no cuestionaban la vida privada del monarca o su honorabilidad personal, y que no contenían un ataque personal gratuito contra su persona; que se realizaron en el ámbito de un debate sobre una cuestión que presentaba un interés público legítimo; y considera que nada en el caso justificaba la imposición de una pena de prisión, la cual, a su juicio, no guarda proporción con el fin perseguido. Por todo ello, el Tribunal estima que se ha producido la violación del artículo 10 CEDH⁴⁰.

TÍTULO:

La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC.

RESUMEN:

Partiendo de la configuración de la libertad de expresión e información como elementos esenciales en un Estado democrático, el objetivo de estas líneas es el de analizar y confrontar la jurisprudencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional han elaborado sobre los límites a los que se encuentra sometida la información y discusión de asuntos públicos. En este sentido, el reciente pronunciamiento de la Corte europea en el caso Otegi Mondragón contra España nos

³⁹ La excepción de verdad implica que, en los delitos consistentes en la imputación de hechos, desaparece la infracción si se demuestra que son ciertos y, hasta la modificación del Código penal en 1995, esta previsión no se aplicaba a las calumnias proferidas contra instituciones del Estado. El señor Castells, senador de la coalición Herri Batasuna, publicó en 1981 en la revista Punto y Hora del País Vasco un artículo en el que hacía responsable al gobierno español de la situación de violencia y de algunos asesinatos cometidos en el País Vasco. A raíz del mismo, el Ministerio fiscal inició un proceso contra el señor Castells por el delito de calumnias contra el Gobierno. El antiguo Código penal no permitía la excepción de verdad en ese delito de manera que, pese a que él lo solicita, en el juicio no se le permite siquiera presentar pruebas para demostrar su afirmación de que el Gobierno era responsable de esos crímenes y se le condena a dos años de prisión. El TEDH consideró que, al no darle la posibilidad de demostrar la veracidad, se había lesionado la libertad de información en su aspecto participativo y de crítica política.

⁴⁰ La sentencia condena también a España a indemnizar a Otegi con 20.000 euros por daños morales y con 3.000 euros en concepto de costas.

servirá para reflexionar acerca del denominado discurso del odio sobre el que ambas jurisdicciones mantienen disparidad de criterios.

PALABRAS CLAVE:

Libertad de expresión, libertad de información, libertades de la comunicación, discurso violento, discurso del odio, injurias y calumnias.

TITLE:

The defence of democratic values as a limitation to freedom of speech: a comparative analysis of the jurisprudence of the ECHR and the Spanish Constitutional Court

ABSTRACT:

Starting from the premise that freedom of speech and information are essential elements in a democratic state, the aim of this paper is to analyse and compare the jurisprudence of the European Court of Human Rights and that of the Spanish Constitutional Court on the limitations to which information on and discussion of public affairs is subject to. In this line, the recent judgement of the European Court on the Otegi Mondragón v. Spain case will help us reflect on so-called hate speech, which has given rise to a disparity in criteria between the two jurisdictions.

KEY WORDS:

Freedom of speech, freedom of information, freedom of communication, violent speech, hate speech, defamation and slander.