

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CRÍTICA POLÍTICA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

María Luisa Cuerda Arnau

Catedrática de Derecho Penal
Universidad Jaume I de Castellón

Sumario: 1. Punto de partida: diagnóstico de un problema con fácil solución. 2 Libertad de expresión v. honor en el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. A) Doctrina general. B) Dos casos célebres sobre el alcance de la crítica política: Lingens contra Austria (1986) y Castells contra España (1992). 3. La libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional española v. la jurisprudencia del TEDH. La equivalencia de posiciones. A) Evolución jurisprudencial: a) primera etapa: la prevalencia de los límites; b) segunda etapa: la ponderación como técnica de resolución de conflictos; c) tercera etapa: delimitación del ámbito constitucionalmente protegido. B) La proporcionalidad de la limitación como criterio de cierre. C) Recapitulación. 4. Discrepancias en el caso concreto: el asunto Otegi contra España. A) Antecedentes. B) La STEDH caso Otegi Mondragón contra España de 15 de marzo de 2011. C) ¿Por qué no llegó el TC a la misma consecuencia? 5. Conclusión. Nota bibliográfica.

1. PUNTO DE PARTIDA: DIAGNÓSTICO DE UN PROBLEMA CON FÁCIL SOLUCIÓN

En el marco de un curso de verano sobre la proyección de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el proceso penal, el director del curso, Ignacio Sánchez Yllera, consideró oportuno volver so-

bre el alcance que a la crítica política se le concede en esa jurisdicción al interpretar el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y me honró proponiéndome que abordase el tema desde la perspectiva de los límites penales que pueden afectar a la expresión que se desarrolla en ese ámbito. La propuesta era atractiva porque los ponentes de las Jornadas eran insignes juristas con muchos de los cuales me unen, además, inquietudes pro-

fesionales y antiguos lazos de amistad. Lo era también porque los cursos que organiza la Escuela del Ministerio Fiscal o la Escuela Judicial posibilitan un fecundo intercambio de opiniones con los participantes, un auditorio selecto y normalmente preocupado por los temas que se analizan, lo que en tiempos yermos de serena reflexión es un regalo. Lo era, en fin, por el magnífico escenario que nos acogía: el Pazo de Mariñán, cuyas primeras castañas dicen los del lugar que alejan las envidias, lo que, dado el país en que vivimos, nos pareció a Martín Casallo y a mi razón más que suficiente para llevarnos algunas. En cuanto al tema que se me asignó, podría pensarse que era un asunto definitivamente resuelto y de actualidad discutible. Sin embargo, no sólo estaba reciente la condena a España en el caso Otegi Mondragón c. España (2011), sino que el clima en que nos encontramos es propicio a los excesos en ese ámbito y era oportuno reflexionar sobre si el modo en que nuestra jurisdicción afronta su posible relevancia penal es el adecuado. Y ya avanzo que, a mi juicio, no lo es. Y no porque la doctrina del Tribunal Supremo (TS) o del Tribunal Constitucional (TC) se aparte formalmente de la jurisprudencia del TEDH, cuyos hitos y pronunciamientos fundamentales conocen sobradamente sino porque sus resoluciones en los casos difíciles llegan a conclusiones contrarias a esa misma doctrina y, lo que casi es peor, a su propia jurisprudencia en materia de libertad de expresión.

Para poner de manifiesto que eso es así, en lo que sigue me propongo exponer muy sucintamente la posición del TEDH y, seguidamente, contrastar ésta con la que mantiene el TC con el fin de descartar que existan divergencias de criterio. A continuación, y al hilo del caso Otegi Mondragón contra España, trataré de mostrar que, como digo, los problemas surgen cuando nuestra jurisdicción se aparta de su correcto planteamiento sobre el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión. Terminaré recapitulando los pasos que nuestros jueces —y nuestros fiscales en tanto que primeros evaluadores de la sostenibilidad de la acusación— deben dar

a la hora de enjuiciar si una determinada manifestación crítica entra o no en la órbita de las conductas punibles. Con esto último, me limito a recordar y a exponer ordenadamente lo que nuestro TC —siguiendo al TEDH— ya ha dicho. Ahora se trata sólo de aplicarlo a todos los casos. Es, pues, una tarea tan sencilla como consustancial a la idea de justicia. Aún así, tenía razón el director del curso cuando decidió volver sobre el tema, pues que a estas alturas el TEDH nos condene en esta materia —máxime cuando la condena se produce en un asunto en el que la libertad de expresión se ejercía en relación con la crítica política—, pone en cuestión la calidad misma de nuestra democracia, lo que justifica sobradamente que todos reflexionemos sobre el particular y dejemos claramente fijadas las reglas que eviten futuras vulneraciones de un derecho que parecía definitivamente consolidado.

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN V. HONOR EN EL CEDH Y LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

A) DOCTRINA GENERAL

La libertad de expresión aparece reconocida en el art. 10 CEDH, que dice así:

Libertad de expresión.

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.*

2. *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.*

Como se observa, el ap. 1 recoge la libertad de expresión como definición general del derecho y concreta sus diferentes manifestaciones: libertad de opinión y derecho a recibir y a comunicar información veraz. Por su parte, el ap. 2 contiene un elenco de bienes jurídicos que, prima facie, podrían justificar una limitación, entre los que figura «la reputación», concepto que unánimemente se entiende referido al honor, no sólo en su faceta externa (fama o juicio que la comunidad proyecta sobre el individuo), sino —y tal vez prioritariamente— en su faceta interna, que, como es sabido, se identifica con la dignidad de la persona. El derecho al honor recibe así en CEDH un reconocimiento que, —aunque indirecto, cuestión que ahora no interesa tratar— le habilita, en principio, para actuar como límite a la libertad de expresión. Por consiguiente, la tutela del honor, en tanto que fin legítimo, resiste claramente uno de los tres cribados a que se somete toda limitación de derechos, a saber: a) que esté prevista por la ley; b) que el concreto fin perseguido sea legítimo y c) que la limitación sea necesaria en una sociedad democrática.

Ahora bien, hay que subrayar que la simple salvaguarda del honor —como la del resto de bienes mencionados— no es suficiente para justificar la limitación. La legitimidad de la restricción no depende exclusivamente del fin perseguido; la tutela del honor es un *prius* lógico en el proceso de justificación de la misma, pero, como sabemos, aquella resulta condicionada además a la previsión legal y a la necesidad de la limitación. Recordemos muy sucintamente el contenido de estos otros filtros a que se someten las restricciones de los derechos.

Por lo que se refiere a la exigencia de que esté prevista por la ley, ésta es una fórmula que no se colma con la mera previsión formal, sino que apela a un concepto material de ley, que comporta que la norma sea accesible y previsible. No basta la ley, sino que el principio de legalidad (art. 8 CEDH) exige una ley con calidad suficiente, esto es, que garantice materialmente el derecho en cuestión. En palabras del propio TEDH

[...] requieren en primer lugar que las medidas incriminadas tengan una base en Derecho interno, pero se refieren también a la calidad de la Ley en cuestión: exigen la accesibilidad de ésta a las personas implicadas y una formulación lo bastante precisa para permitirles —rodeándose si fuera necesario por asesores experimentados— prever, con un grado razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias que podían resultar de un acto determinado. Una Ley que confiere un poder de apreciación no choca en si misma con esta exigencia, a condición de que la extensión y las modalidades de ejercicio de tal poder se encuentren definidas con una nitidez suficiente, con respecto al fin legítimo en juego, para proporcionar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad.» [Tolstoy Miloslavsky contra Reino Unido, de 13 junio de 1995, ap. 37 (*Tol* 223895)]

Por otra parte, no se olvide que el TEDH no se cansa de insistir en que el término «Ley» engloba a la vez la *statute law* y la *common law*; es decir, por ley hay que entender la norma tal y como viene siendo aplicada de una manera constante, pues esa es la ley a la que accede el ciudadano y, por tanto, la única cuyas consecuencias puede prever.

Así lo dijo ya el TEDH en el asunto *Kruslin* contra Francia (24 abril 1990), donde dejó sentado que:

28. Por «ley», en el sentido del artículo 8.2 del Convenio, se entiende el «derecho en vigor en un determinado régimen jurídico», en este caso «el conjunto formado por el derecho escrito» —y «por la jurisprudencia que lo interpreta».(....)

29. (...) «corresponde ante todo a las autoridades nacionales» y singularmente «a los jueces y tribunales, la interpretación y la aplicación» del derecho interno (...)

No se puede prescindir de esta jurisprudencia. El Tribunal, en relación con el apartado 2 del artículo 8 del Convenio y con otros preceptos análogos, ha entendido siempre el término «ley» en su sentido «material» y no «formal», y ha incluido en él, al mismo tiempo, las disposiciones de rango inferior (véase, especialmente, la sentencia *De Wilde, Ooms y Versyp* de 18 junio 1971, serie A, número 12, pg. 45, ap. 93) y el «derecho no escrito». Ciertamente, las sentencias en los casos *Sunday Times*, *Dudgeon* y *Chappel* se referían al Reino Unido; pero, sería un error exagerar la diferencia entre países de *Common Law* y continentales», como con razón lo subraya el Gobierno. La ley escrita («*statute law*») tiene también su importancia en los primeros. Y a la inversa, la jurisprudencia

desempeña tradicionalmente un papel destacado en los segundos, hasta el punto de que todas las ramas del Derecho positivo son resultado, en buena parte, de las resoluciones de los Jueces y Tribunales. Por lo demás, así lo ha tenido en cuenta el Tribunal en más de una ocasión para estos países (véanse, entre otras, las Sentencias Müller y otros de 24 mayo 1988, serie A, núm. 133, pg. 20, ap. 29; Salabiaku de 7 octubre 1988, serie A, núm. 141 pgs. 16 y 17, ap. 29; y Markt Intern Verlag, GmbH y Klaus Beermann, de 20 noviembre 1989, serie A, núm. 165, pgs. 18 y 19, ap. 30). Si el Tribunal hubiera prescindido de la jurisprudencia habría socavado el régimen jurídico de los Estados «continentales» casi tanto como lo habría hecho su fallo en el caso Sunday Times de 26 abril 1979 con el del Reino Unido si hubiera excluido el Common Law del concepto de «ley» (serie A, núm. 30, pg. 30, ap. 47). En un ámbito amparado por el derecho escrito, la «ley» es el texto en vigor tal como los tribunales competentes lo han interpretado teniendo en cuenta, en su caso, la constante evolución jurídica» [idem Kokkinakis contra Grecia (25 mayo 1993), pág. 40 (*Tol 145170*) Cantoni contra Francia 15 noviembre 1996, págs. 29, 30, 31 y 32 (*Tol 182625*)].

A la previsión legal de la limitación debe sumarse la imperiosa necesidad de acordarla, de manera que no pasará el juicio de legitimidad una medida que no pueda ser tenida por necesaria en una sociedad democrática. Tal valoración comporta un doble juicio, referido, de un lado, a la necesidad misma de la limitación para tutelar y, de otro, a la necesidad de la concreta medida empleada para otorgar dicha tutela. Es decir, no basta con clarificar que la limitación atiende a una necesidad social imperiosa, sino que se someterá también a juicio la proporcionalidad estricta, la cual dependerá a) de la severidad y naturaleza de las medidas y b) del consiguiente efecto de desaliento que la misma pudiera producir en el ejercicio del derecho fundamental afectado, lo que en nuestro caso se concretaría en la autocensura que los ciudadanos en general y el propio afectado en particular se impondrían para no entregarse en el futuro a exponer sus críticas políticas por temor a resultar sancionados, lo que tratándose de una sanción penal alcanza particular significación. [Castells c. España, 23 abril 1992 (*Tol 120069*) ap. 46; Lingens c. Austria, 8 julio 1986 (*Tol 216239*), ap. 44;

Barford c. Dinamarca 22 de febrero de 1989 (*Tol 228805*), ap. 29; Malisiewicz-Gasior contra Polonia, de 6 abril 2006 (*Tol 867751*), ap. 68. Igor Kabanov contra Rusia. Sentencia de 3 febrero 2011 (*Tol 2643868*), ap. 57, Lewandowska-Malec contra Polonia. Sentencia de 18 septiembre 2012 (*Tol 2647115*), ap. 70; en el caso Giniewski contra Francia. Sentencia de 31 enero 2006 (*Tol 802620*) llegó incluso a entender que, pese a la absolución, violaba el art. 10 obligar al condenado civilmente a mencionar en el comunicado de rectificación la existencia del delito de difamación porque su sola mención «tiene un carácter disuasorio cierto y la sanción así impuesta parece desproporcionada, teniendo en cuenta el debate (sc. relativo a las relaciones entre la comunidad católica y el origen del Holocausto) en el que el demandante ha querido legítimamente participar..., ap. 55].

Como no podía ser de otro modo, el TEDH reconoce a los Estados un margen de apreciación para valorar esa necesidad pero ello no obsta a su fiscalización, una operación que el TEDH proyecta tanto sobre la ley como sobre las resoluciones que la aplican, procediendo a un examen directo e inmediato de los hechos enjuiciados por dichas resoluciones. Y justamente es en el filtro acerca de la necesidad concreta donde suelen encallar las resoluciones nacionales sometidas al escrutinio del CEDH porque, como es fácilmente comprensible, el TEDH extrema el rigor al enjuiciar la necesidad del límite cuando éste es de naturaleza penal y, más aún, cuando va referido a la libertad de expresión en materias que afectan al autogobierno de la comunidad.

B) DOS CASOS CÉLEBRES SOBRE EL ALCANCE DE LA CRÍTICA POLÍTICA: LINGENS CONTRA AUSTRIA (1986) Y CASTELLS CONTRA ESPAÑA (1992)

Estos dos casos han de bastar como muestra de la restrictiva posición que al respecto mantiene el TEDH en relación con la limitación de la libertad de expresión política: los Estados

deben ofrecer muy buenas razones para aplicarlo a conductas expresivas que se desenvuelven en el marco de la discusión sobre temas de interés público. En estos casos, es si cabe más clara la insuficiencia de la legitimidad del fin perseguido, pues la razonabilidad del límite dependerá en última instancia de la proporcionalidad del mismo. Con ello, el TEDH lleva a sus últimas consecuencias la idea comúnmente compartida de que la libertad de expresión en tanto que contribuye a la formación de una opinión pública libre es garantía del pluralismo político y, por tanto, pertenece al núcleo duro del sistema democrático, lo que obliga a tomar en singular consideración la condición pública de los implicados, ya sea porque concurre en quien la hace, ya sea porque la reúne aquel en quien recae.

Esto último es lo que ocurría en el caso *Lingens contra Austria* [8 julio 1986 (*Tol* 216239)]. Se trataba de la demanda interpuesta por Lingens, un periodista austríaco condenado penalmente por difamación tras la publicación de un artículo en prensa sobre Bruno Kreisky, canciller saliente y presidente del Partido Socialista Austríaco, a quien criticaba por las declaraciones hechas al ser preguntado en la televisión sobre las acusaciones del Sr. Wiesenthal, presidente del Centro de Documentación Judío y conocido perseguidor de nazis. Concretamente, Wiesenthal acusó en una entrevista televisada al señor Friedrich Peter, presidente del Partido Liberal de Austria, de haber servido durante la segunda guerra mundial en la 1.ª Brigada de Infantería de las SS. El señor Peter no negó su pertenencia a dicha unidad, pero afirmó que no participó en las atrocidades cometidas por ellas. Al día siguiente, el canciller saliente apoyó con energía al señor Peter, calificando a la organización y a las actividades del señor Wiesenthal de «mafia política» y de «métodos mafiosos». Por lo que a Lingens se refiere mandante publicó dos artículos, en los que sostenía que si bien Peter tenía derecho al beneficio de la presunción de inocencia, sin embargo, su pasado le convertía en inadmisibles como político austríaco. Y censuraba la actitud del señor Kreisky, al que cri-

ticaba por proteger, por motivos políticos, al señor Peter y a otros antiguos miembros de las SS. Por lo que respecta a las críticas del señor Kreisky contra el señor Wiesenthal, escribía que «si procedieran de cualquier otra persona, se hablaría indudablemente del peor o más odioso oportunismo». El segundo artículo, subrayaba la influencia de las declaraciones del señor Kreisky en la opinión pública. No sólo le criticaba por su apoyo al señor Peter, sino también por su benevolencia hacia antiguos nazis que habían recientemente participado en la vida política austríaca. El autor añadía: «A decir verdad, no se puede criticar el comportamiento del señor Kreisky de forma racional, sino solamente de forma irracional: es inmoral e indigno (...) Y además, superfluo, puesto que los austríacos podían reconciliarse con su pasado sin necesidad de intentar conseguir los favores de los antiguos nazis, reduciendo el problema de los campos de concentración o atacando Wiesenthal cultivando el antisemitismo. Por último, el señor Lingens criticaba a Kreisky por su falta de tacto hacia las víctimas de los nazis y en general criticaba que el pasado de Peter en la SS no fuese objeto de crítica. Lo «monstruoso» no era que Wiesenthal hubiera puesto el asunto sobre la mesa, sino que Kreisky quisiera retirarlo.

La STEDH consideró violado el art. 10 CEDH por entender que la condena fue desproporcionada (ap. 47) ya que:

42

(...) Por consiguiente, los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. Ciertamente, el artículo 10.2 permite proteger la reputación ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas.

43

El demandante fue condenado por haber empleado algunas expresiones («oportunismo odioso», «in-

moral», «indigno») en relación al señor Kreisky, (...) Se trataba en los artículos de cuestiones políticas de interés público para Austria, que habían suscitado numerosas y apasionadas discusiones sobre la actitud de los austríacos en general, y del Canciller en particular, frente al nacional-socialismo y la participación de los antiguos nazis en el gobierno del país. Su contenido y su tono eran, en conjunto, bastante equilibrados, pero el empleo especialmente de los términos antes citados parecía capaz de perjudicar al buen nombre del señor Kreisky.

No obstante, al tratarse del señor Kreisky en su condición de político, hay que tener en cuenta las circunstancias en que se escribieron estos artículos. Pues bien, se publicaron poco después de las elecciones generales de octubre de 1975. Con anterioridad, muchos austríacos creían que el partido del señor Kreisky perdería la mayoría absoluta y se vería obligado, para gobernar, a coaligarse con el partido del señor Peter. Cuando después de las elecciones el señor Wisenthal se refirió al pasado nazi del señor Peter, el Canciller defendió a éste y atacó a su detractor, calificando sus actividades como «métodos mafiosos», y de ahí vino la enérgica reacción del señor Lingens.

Las expresiones impugnadas tenían, por tanto, como fondo una discusión política posterior a las elecciones, y como lo comprobó el Tribunal regional de Viena en su fallo de 26 de marzo de 1979), en esta lucha se utilizaban las armas de que se disponía, las cuales no eran raras en los duros combates de la vida política.

No hay que perder de vista estas circunstancias al considerar en el ámbito del Convenio la pena que se impuso al demandante y los fundamentos de lo fallado por los tribunales internos.

44

En última instancia, el Tribunal de Apelación de Viena condenó al señor Lingens a una multa y ordenó, además, el secuestro de los números en cuestión de la revista Profil y la publicación de la sentencia.

Como el Gobierno pone de manifiesto, los artículos impugnados ya se habían difundido mucho. Por tanto, aunque la sanción que afectó a su autor no le impidió, hablando con propiedad, expresar su opinión, constituyó una especie de censura para estimularle a no entregarse en el futuro a críticas de esta naturaleza, y así lo ha puntualizado debidamente el Delegado de la comisión. En el ámbito del debate político, una condena así amenaza disuadir a los periodistas de participar en la discusión pública de cuestiones que interesan a la vida de la sociedad. Por sí misma puede dificultar el cumplimiento de la misión informativa y fiscalizadora de la prensa.

En el asunto Castells contra España [23 abril 1992 (*Tol* 120069)] lo enjuiciado era la condena a Miguel Castells, senador de HB que publicó en «Revista Punto y Hora de Euzkalerria» un artículo titulado «Insultante impunidad». En dicho artículo venía a atribuir la autoría moral de crímenes fascistas al gobierno de Unión de Centro Democrático («detrás de estas acciones sólo puede estar el Gobierno, el partido del gobierno y sus efectivos»). La STS de 31 octubre de 1983 le condenó por un delito de injurias graves sin permitirle hacer uso de la *exceptio veritatis*, que no era admitida por la ley cuando de injurias al Gobierno se trataba. La STC 51/85 confirmó el fallo sin tomar en consideración la posible veracidad subjetiva y, además, estimando que la inadmisión de la *exceptio* era cuestión de legalidad ordinaria. El TEDH, por su parte, resolvió estimando vulnerado el art. 10 por la inadmisión de la *exceptio*, lo que, a mi juicio, es un mal modo de resolverlo. Pero lo importante es su insistencia en señalar que el debate político es el escenario por antonomasia de la libertad de expresión y que ello tiene particular significación cuando es un político quien la ejerce.

42 (...)

Preciosa para todos, la libertad de expresión lo es muy particularmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, como el demandante, impone al Tribunal llevar a cabo un control más estricto.

43

Sin duda, el señor Castells no se pronunció, en el caso de autos, en la tribuna del Senado, como podía haberlo hecho sin riesgo de sanción, sino en un periódico. Por ello no perdía el derecho a criticar al gobierno.

(...)

La libertad de prensa proporciona a los ciudadanos uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de sus dirigentes. Da a los políticos, en particular, la ocasión de reflejar y comentar las preocupaciones de la opinión pública. Permite a todos participar en el libre juego del debate político, que se encuentra en el corazón mismo de la noción de sociedad democrática (Sentencia Lingens contra Austria, de 8 de julio de 1986, apartado 42).

Los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto al gobierno que a un simple particular, o incluso a un político. En un sistema democrático, sus acciones u omisiones deben estar puestas bajo el control atento, no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también del de la prensa y de la opinión pública. Además, la posición dominante que ocupa le impone mostrar moderación en la utilización de la vía penal, sobre todo si tiene otros medios para responder a los ataques y críticas injustificados de sus adversarios o de los medios de comunicación. Lo cual no quiere decir que no sea lícito que las autoridades competentes del Estado adopten, en su condición de garantes del orden público, medidas, incluso penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva ante imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe.

En similar sentido se ha pronunciado en otros fallos posteriores de los que me limito a dejar constancia [vg. SSTEDH Oberschlick contra Austria, 1 julio 1997 (*Tol* 315367); Partido Socialista contra Turquía, 25 de mayo 1998 (*Tol* 217854); Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía, 30 enero 1998 (*Tol* 220353), Incal contra Turquía, 25 mayo 1998 (*Tol* 217854); Jerusalem contra Austria, 27 febrero 2001 (*Tol* 296699), Malisiewicz-Gasior contra Polonia, 6 abril 2006 (*Tol* 867751); Conceicao Letria contra Portugal, 12 abril 2011 (*Tol* 2646979)].

3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA V. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. LA EQUIVALENCIA DE POSICIONES

A) EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

A los efectos que aquí interesan es suficiente con repasar someramente la doctrina del TC acerca de los límites constitucionales a la libertad de expresión para advertir que su evolución es en gran medida tributaria de la jurisprudencia del TEDH y que hoy ya podemos hablar

de un sólido cuerpo jurisprudencial que, en líneas generales, resulta técnicamente intachable como consecuencia de haber triunfado un planteamiento metodológico que no incurre en ninguno de los defectos achacables a los utilizados en etapas precedentes como forma de solventar lo que se consideraba un «conflicto» de derechos. Ello no obsta a reconocer que esa evolución no está definitivamente asentada, lo que explica los vaivenes jurisprudenciales que se producen en los casos difíciles.

Dicha evolución podría concretarse en tres grandes etapas: 1) Una primera etapa marcada por la prevalencia de los límites; 2) Una segunda etapa nucleada en torno al carácter preferente de la libertad de expresión y al recurso a la ponderación como técnica de resolución de conflictos, y 3) Una última en la que lo que se persigue es resolver tales conflictos a través de la delimitación constitucional de los derechos fundamentales afectados. Naturalmente, tal división, como cualquier pretensión de fraccionar un fenómeno progresivo, es perfectamente discutible, pero, en todo caso, lo que ahora interesa resaltar es el salto cualitativo que la tercera de aquellas etapas representa

a) Primera fase

Como decía, la primera fase se caracterizó por una lectura formalista y puramente gramatical del art. 20.4 por cuya virtud siempre prevalecía el derecho honor, y hoy puede estimarse definitivamente enterrada, por lo que no merece mayor atención.

b) Segunda fase

La segunda fase, que podemos llamar «de la ponderación», partía de extrapolar de modo discutible la doctrina constitucional norteamericana de la «*preferred position*», en virtud de la cual se otorga a la libertad de expresión, por su valor institucional, un carácter preferente que, de algún modo, la sitúa por encima del resto de los derechos fundamentales. Sin embargo, el TC se cuidaba de precisar que tal valor preferente no podía configurarse como

absoluto por lo que allí donde surja un conflicto entre la libertad de expresión y otros derechos o intereses constitucionales, deberá procederse por el Juez a la ponderación como instrumento de solución del mismo. Ese modo de proceder suponía elevar la ponderación a la categoría de criterio metodológico para la determinación del *contenido* de los derechos, lo que, como con singular precisión se decía en el informe del CGPJ al Anteproyecto de CP de 1992, planteaba, entre otros, los siguientes problemas:

- a) Establecía por vía judicial un rango entre derechos fundamentales pese a que eso es algo que sólo el constituyente pudo hacer pero que, sin embargo, no hizo.
- b) El recurso a la ponderación judicial degrada la potestad legislativa del Parlamento, que es a quien, de acuerdo con la Constitución, le corresponde en exclusiva dictar las reglas para solventar tales conflictos, respetando en todo caso el límite que representa el contenido esencial. Por tanto, si el juez estima que la limitación legislativa de un derecho no respeta su contenido esencial o conduce a un sacrificio manifiestamente desproporcionado del mismo, debe abstenerse de ponderación alguna y dirigirse planteando la cuestión al TC, único juez de la constitucionalidad.
- c) El recurso a la ponderación como criterio del que depende, ni más ni menos, que la determinación del *contenido* mismo de los derechos conduce, en suma, a la absoluta inseguridad ya que, a la postre, la decisión acerca de si se ha ejercido o no un derecho fundamental dependerá de las ideas valorativas de cada juez en cada caso concreto.

De entre tales defectos, y por lo que luego veremos, me interesa ahora resaltar el tercero de ellos: el método en cuestión desconoce que los derechos tienen un contenido previo e intangible que tanto el juez como el legislador deben respetar. Si eso se ignora, resulta que

la ponderación precede a la delimitación del contenido esencial del derecho y, por tanto, permite recortar el mismo aplicando criterios de proporcionalidad al derecho limitado, en nuestro caso, a la libertad de expresión. Es este, como expondré con más detalle al hilo del caso Otegi, un procedimiento diametralmente opuesto al que sigue el TEDH al enjuiciar la limitación del derecho, pues, como sabemos, lo que hace el TEDH es someter a juicio la proporcionalidad del límite y no la del derecho limitado.

c) Tercera fase

La tercera fase en la evolución de la jurisprudencia constitucional se caracteriza por el hecho de sustituir la idea de conflicto de derechos por la de respectiva delimitación de contenidos. Paulatinamente el TC toma conciencia de que no estamos ante una cuestión de jerarquía o de ponderación sino de interpretación unitaria y sistemática de la Constitución (CE). El respectivo contenido de los derechos está fijado en la CE y es al TC a quien corresponde la tarea de hacer explícito cuál sea ese contenido partiendo de sus límites lógicos o, si se quiere, conceptuales y atendiendo, seguidamente, a los que resultan de su inserción en un sistema que, para seguir siendo tal, recaba la necesidad de articular tales derechos de manera que todos puedan coexistir. En esa dirección, el art. 20. 1 CE nos ofrece algunas pautas explícitas y otras implícitas. Entre los criterios que nos ofrece de manera explícita encontramos, en términos positivos, la definición de las conductas: expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones, en el caso de la libertad de expresión, y la comunicación o recepción de información, en el caso del derecho a la información. De igual modo, de la Constitución se extrae que la información inveraz (que no verdadera) no está constitucionalmente protegida. Junto a estos criterios explícitos es posible encontrar otros tácitos que se infieren de su propio fundamento y que, por ejemplo, permite sostener, sin más, que, como muy bien dice el ATC 40/2006, queda fuera del

ámbito constitucionalmente protegido la conducta del letrado que pretende mostrar su discrepancia con la decisión judicial arrojando su carnet profesional con malos modos sobre la mesa del tribunal y manifestando a gritos que «esto no es justicia». Junto a esa delimitación, se impone la que resulta de la inserción del derecho en la CE y, en consecuencia, obliga a articular el respectivo contenido de cada uno, imponiendo limitaciones a conductas que prima facie entran dentro de lo que constituye el ámbito general de las libertades de expresión o información. Abordar esa tarea no es fácil, por cuanto, de un lado, no es posible realizarla con carácter general sino caso por caso y por referencia específica a esos otros derechos o intereses y, de otro, no es un proceso de fijación del sentido estático, sino dinámico, pues no es factible sustraerla enteramente al momento histórico en que se inserta. Con todo, bien puede decirse que esa es una labor que, a diferencia de lo que sucede en otros casos, está singularmente desarrollada en lo que afecta a la delimitación entre la libertad de expresión y el derecho al honor. En tal sentido, es de común conocimiento que nuestro TC, partiendo (STC 104/1986) de la distinción entre libertad de expresión/derecho a la información (una distinción de la que el TEDH también se sirve aunque no la reproduzca de manera tan tajante) estima que:

- a) El contenido propio de la libertad de expresión son los juicios de valor, esto es, la expresión de pensamientos ideas y opiniones, sin que, por su propia naturaleza, puedan someterse al requisito de la veracidad. Su límites son la injuria absoluta, la humillación innecesaria, en fin, la ofensa impertinente para expresar la opinión (STC 105/1990, 177/95 como simple muestra de una jurisprudencia absolutamente consolidada, acorde con lo dicho por TEDH en innumerables sentencias, entre las últimas Palomo Sánchez y otros contra España Gran Sala (12 septiembre 2011).
- b) Por lo que al derecho de información respecta es claro que su contenido son

los hechos y sus límites vienen representados por la inveracidad subjetiva (conocimiento de la falsedad o manifiesto desprecio hacia la verdad) y/o la falta de relevancia pública de los mismos. Por tanto, pertenece al núcleo intangible del derecho a transmitir (y recibir) información la divulgación de hechos con relevancia pública que el sujeto haya tenido razonablemente por veraces, sean o no objetivamente verdaderos. (SSTC 6/1988, 107/1988, 28/1996, STC 123/1993, 21/2000 29/2009, 50/2010, entre otras muchas)

- c) Ya se trate de juicios de valor, ya de hechos el TC es extremadamente cuidadoso al delimitar el contenido constitucional de la libertad de expresión en el ámbito del debate político. Por ello, amplía el límite de la crítica tratándose de juicios de valor y refuerza la relevancia pública de la información, tratándose de hechos relativos al autogobierno de la sociedad, pues el derecho a la información alcanza en relación con ellos su máxima expresión legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general en mayor medida.

Es a la vista de esa delimitación del contenido del derecho que debe enjuiciarse si la conducta puede o no ser objeto de sanción, consecuencia que debe excluirse en todo caso cuando ésta se sitúe inequívocamente en el ámbito del contenido intangible del derecho. Como dice la STC 185/2003, de 27 de octubre

«el instrumento penal sólo será constitucionalmente lícito cuando (...) pueda afirmarse que estamos sólo frente a un aparente ejercicio de un derecho fundamental y que la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturaliza el ejercicio del derecho y se sitúa objetivamente, al margen del contenido propio del mismo y, por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible» (FJ 5º).

De no ser así, esto es, si la conducta está dentro de la delimitación constitucional del contenido del derecho, lo que procederá es

aplicar al caso la exigente de ejercicio legítimo de un derecho. El juez ordinario debe respetar la delimitación que del derecho afectado ha realizado el máximo intérprete del texto constitucional, sin que pueda ampararse en ponderación alguna para desatender los cánones de constitucionalidad conforme a los cuales debe determinarse si la conducta es o no legítimo ejercicio de la libertad en cuestión. Ello entraña, como tantas veces ha dicho el TC, que el Juez penal debe examinar, como cuestión previa a la aplicación de cualquier tipo penal que afecte a la libertad de expresión, si los hechos han de encuadrarse dentro del ejercicio del derecho fundamental, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que dichas libertades operarían como «causas excluyentes de la antijuridicidad de la conducta» (SSTC 232/1998, FJ 5; 2/2001, F. 5, 108/2008, FJ 3, de singular interés STC 235/2007, que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con el art. 607.2 CP)

B) LA PROPORCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN COMO CRITERIO DE CIERRE

Ahora bien, lo anterior no basta, pues, como especialmente en la última década se ha encargado de precisar el TC, la ilegitimidad de una limitación se produce no sólo cuando se invade el contenido esencial del derecho sino también cuando se reacciona desproporcionadamente ante un acto de expresión, aunque éste no resulte *prima facie* protegido. Como dice muy claramente la STC 110/2000, de 5 de mayo el derecho puede infringirse al desconocer el contenido del mismo —cuestión que, como vimos, hay que analizar con carácter previo a cualquier otra eventual lesión—, pero también puede resultar de la vulneración de las exigencias de la prohibición de exceso, esto es, la que deriva de una reacción desproporcionada frente al acto de expresión ilícito, por cuanto ello puede provocar un efecto de desaliento en el ejercicio legítimo de aquél incompatible con su reconocimiento constitucional

(FJ 5º). En esa y en otras muchas resoluciones (vg. SSTC 190/1996, FJ 3; 37/1998, FJ 8, in fine; 136/1999, FJ 29, c.; FJ 4, 127/2004, FJ 4; 278/2005, FJ 3; 299/2006, FJ 4; 108/2008, FJ 6 in fine, entre otras; asimismo, votos particulares SSTC 78/1995; 79/1995 y 46/1998) el TC ha integrado el efecto de desaliento en la estructura argumental del principio de prohibición de exceso y, en su virtud, lo ha incorporado al enjuiciamiento de las restricciones penales impuestas a las libertades de expresión e información como criterio decisivo para enjuiciar la proporcionalidad de la reacción. Aunque en otro lugar me he ocupado extensamente del tema, aquí debo contentarme con señalar que esa exigencia constitucional obliga al legislador y al juez a tomar conciencia de la diferencia que existe entre el exceso en el ejercicio de un derecho y la relevancia penal —en el sí o en el cuánto— del exceso. Por lo que al legislador afecta, ello debiera llevarle a renunciar a la sanción penal ante conductas levemente ofensivas y/o muy cercanas al legítimo ejercicio del derecho fundamental. Por lo que al juez respecta, ante un acto comunicativo cercano al legítimo ejercicio de la libertad de expresión no debe olvidar que las exigencias derivadas del principio de legalidad devienen aún más reforzadas por su conexión con el derecho fundamental, lo que proscribire la interpretación extensiva —no ya analógica— de la norma penal y, por lo mismo, se robustece la proyección de la proporcionalidad en la interpretación y aplicación de los tipos. En suma, la proscripción del desaliento, en tanto que componente de la proporcionalidad de la reacción es un límite constitucional esencial que el art. 20 CE impone, no sólo a la actividad judicial, sino también a la actividad legislativa, límite que se inserta en el proceso de justificación del castigo y que en un Estado democrático obliga a excluir al derecho penal como factor de desánimo del ejercicio de derechos fundamentales.

Con todo ello, el TC se sitúa en la misma línea que el TEDH, cuyo análisis de la proporcionalidad de la reacción se proyecta, como vimos, sobre el medio empleado para limitar

el derecho, lo que, tratándose de una sanción penal obliga a tomar en consideración el inherente factor de desánimo que acompaña a la posible imposición de una pena.

C) RECAPITULACIÓN

Lo hasta aquí expuesto es una sumarisima visión de cuanto ha dicho el TC y, de hecho, detrás de esa simplificación laten cuestiones de gran enjundia que aquí ni siquiera han sido objeto de mención. Aún así, lo expuesto es suficiente para constatar que la doctrina «oficial» de nuestro TC no difiere en absoluto de la que el TEDH mantiene. Al margen de las diferentes estructuras argumentativas, ambos tribunales comparten la conclusión de que el derecho a la libertad de expresión se vulnera no sólo cuando se invade el contenido constitucional del derecho, sino también cuando se reacciona desproporcionadamente frente al acto comunicativo ilícito, por cuanto ello puede provocar un efecto de desaliento en el ejercicio legítimo de aquél incompatible con la efectividad del derecho.

En definitiva, tanto el TC como el TEDH reconocen que el ámbito de lo potencialmente punible —es decir, el que no pertenece al contenido esencial de la libertad de expresión— no es, en modo alguno, un ámbito exento. El juicio sobre la «necesidad social imperiosa», en la terminología del TEDH o sobre la proporcionalidad de la reacción, en la terminología del TC, se proyecta sobre el medio empleado para limitarla, lo que, cuando se trata de una sanción penal, conduce, en recta aplicación de sus respectivas —y análogas— doctrinas a excluir de la órbita de los tipos cualquier acto comunicativo levemente ofensivo y/o muy cercano al legítimo ejercicio del derecho fundamental.

4. DISCREPANCIAS EN EL CASO CONCRETO: EL ASUNTO OTEGI CONTRA ESPAÑA

En el asunto Otegi contra España [STE-DH 15 marzo 2011 (*Tol* 2649554, 2053610 y

2643942)] nuestro país resultó condenado por haber vulnerado la libertad de expresión del demandante. La condena a España en ese caso no es algo que pudiera sorprender a la vista de la jurisprudencia del TEDH. Si algo sorprende es el hecho de que Otegi fuera condenado pese a que desde nuestra propia doctrina constitucional no era eso lo previsible. Este parecía claramente uno de esos supuestos en que la sanción penal constituía una reacción desproporcionada frente a un acto de expresión. El análisis del caso habrá de servirnos para constatar que, como avancé, la condena trae causa del hecho de que tanto el TS como el TC dejaran de aplicar al caso su propio cuerpo doctrinal acerca de los límites constitucionales de la libertad de expresión.

A) ANTECEDENTES

Otegi, miembro del Parlamento Vasco, en su condición de portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak, el día 26 de febrero de 2003, con ocasión del cierre del diario Egunkaria y la detención por orden judicial de determinadas personas vinculadas al mismo, alguna de las cuales habían denunciado públicamente haber sido objeto de torturas por parte de miembros de la Guardia Civil, ofreció una rueda de prensa en San Sebastián. Dicho acto coincidió con la visita que ese mismo día habían realizado SS.MM. los Reyes de España a esta Comunidad Autónoma con la finalidad de inaugurar un proyecto energético acompañados por el Lehendakari. En la rueda de prensa, difundida al día siguiente por diversos medios de comunicación tanto nacionales como autonómicos, Otegi hizo, entre otras, las siguientes manifestaciones:

«¿Cómo es posible que se fotografíen (sc el Lehendakari) 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 los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?».

A raíz de tales declaraciones se incoó procedimiento penal por un presunto delito de

injurias a la Corona previsto en el art. 490.3 CP, que castiga al que «calumniare o injuriare al Rey (...) en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o la injuria fueran graves, y con la multa de seis a doce meses si no lo son».

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJ) mediante sentencia de 18 marzo de 2005 (*Tol* 787761) absolvió al acusado por estimar que:

«las declaraciones (...) se realizaron en un ámbito que puede sin dificultad considerarse de carácter público —político e institucional—, no sólo en razón de la condición del sujeto agente —Parlamentario del Parlamento Vasco—, sino también de la autoridad a la que se dirige, coincidente con la más Alta Magistratura del Estado, y en el marco en el que se desenvuelve, que es el de la crítica política al Lehendakari por su formal hospitalidad en el recibimiento ofrecido a S.M. el Rey, D. Juan Carlos I., en las circunstancias que refiere de cierre de la revista Egunkaria y detención de sus responsables, además de la denuncia de malos tratos hecha pública por aquéllos, y por tanto, ajeno al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda injerencia de parte de terceros» (FJ 2º)

Interpuesto recurso de casación, la STS 1284/2005, de 31 de octubre (*Tol* 738508) condenó a Otegi a un año de prisión.

TERCERO.- Aplicando la doctrina jurisprudencial que se ha dejado mencionada al caso que examinamos, aparece como cuestión esencial determinar si el ejercicio de la libertad reconocido en el art. 20 CE cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad y si se manifiesta o no constitucionalmente legítimo.

Las frases proferidas por el acusado, y que se recogen en los hechos que se declaran probados, constituyen juicios de valor y, por esto mismo, se inscriben en la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, por lo que dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, sin que opere el límite interno de veracidad, a diferencia de lo que ocurre con los hechos (Cfr. SSTC 107/1998 y 101/1990).

El acusado opina que SM el Rey es «el responsable de los torturadores y que ampara la tortura

y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia» y estas frases, que el propio Tribunal de instancia califica de ofensivas, impropias, injustas y oprobiosas, expresan un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más grave en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorios para la honorabilidad, por lo que, en este caso, 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.

Tan graves, injustificadas y desproporcionadas frases, en modo alguno pueden verse atemperadas por el contexto en el que se dicen pronunciadas, —no hay que olvidar, como consta en el folio 225 de las actuaciones, que las denuncias por presuntas torturas fueron archivadas y sobreseídas, al no deducirse de las pruebas practicadas, incluido informe médico, la existencia de indicios de la comisión por parte de la Guardia Civil de torturas, ni que fueran sometidos a prácticas vejatorias ni degradantes—, ni por la afirmación de que estaban dirigidas al Lehendakari y no al Rey, ya que de la lectura de lo que se declara probado se infiere todo lo contrario, ni como reacción a un debate o contienda política que indudablemente no existió con SM el Rey.

Por todo lo que se deja expresado, las frases pronunciadas por el acusado en modo alguno están justificadas por el legítimo ejercicio del derecho de libertad de expresión.

CUARTO.- Ante la ausencia del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, procede examinar si, en el presente caso, se dan los elementos de tipicidad y de ilicitud penal del delito previsto en el art. 490.3CP. El artículo 208 del mismo texto legal define la injuria como la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Es de reiterar lo que se ha dejado mencionado con anterioridad para rechazar el invocado ejercicio de la libertad de expresión. Como antes se dijo, las manifestaciones del acusado expresan un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más grave en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorios para la honorabilidad. No plantea, pues, cuestión que dichas manifestaciones reúnen los elementos objetivos para considerarlas gravemente injuriosas y proferidas contra

SM el Rey con ocasión de encontrarse en el ejercicio de sus funciones.

El elemento subjetivo exigible en los delitos contra el honor, como todos los componentes anímicos que mueven la voluntad de una persona, no puede ser establecido de una manera directa sino que habrá que deducirlo del contenido, ocasión y circunstancias de las expresiones proferidas o acciones ejecutadas. De la lectura del hecho probado se desprende que las frases proferidas contienen expresiones que, por su propio sentido gramatical, son tan claramente ultrajantes e insultantes que el ánimo específico se encuentra ínsito en ellos, poniéndose al descubierto por su simple manifestación. No se puede olvidar que propio Tribunal de instancia, entre otras calificaciones, las considera ofensivas y oprobiosas.

Así las cosas, concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de injurias graves a SM el Rey, previsto y penado en el artículo 490.3 del Código Penal, por lo que procede la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal».

Interpuesto recurso de amparo ante el TC, el ATC 213/2006, de 3 de julio lo inadmitió por falta de contenido constitucional, al entender que

«el órgano judicial ha aplicado al caso nuestra consolidada doctrina sobre la cuestión», (ya que) «las afirmaciones efectuadas por quien aquí acude en amparo referidas a la persona del Rey superan de manera patente, por su notorio carácter infamante, el nivel de lo lícito, pues, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo aquí impugnada, expresan un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna su persona afectando al núcleo último de su dignidad, por lo que manifiestamente no pueden considerarse amparadas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión» (FJ 6)

B) LA STEDH CASO OTEGI MONDRAGÓN CONTRA ESPAÑA DE 15 DE MARZO DE 2011

La sección tercera del TEDH aborda el asunto siguiendo su tradicional esquema: previsión legal, persecución de un fin legítimo y necesidad de la limitación en una sociedad democrática.

Ningún problema le suscita el primero de ellos, puesto que la injerencia está prevista en el art. 490.3 del CP, sin que considere oportuno examinar en este ámbito —sino más bien en el

de la necesidad— la pertinencia y suficiencia de los motivos invocados por la jurisdicción nacional para justificar la limitación (ap. 45 y 46). El TEDH reconoce también que se perseguía un fin legítimo: la protección de la reputación del Rey de España (ap. 47), si bien en otro lugar recuerda que «el Tribunal ya ha declarado que una protección ampliada en materia de ofensas mediante una ley especial no es conforme, en principio, con el espíritu del Convenio» (ap. 55).

La cuestión radica, pues, en si la limitación responde a «una necesidad social imperiosa», para cuyo enjuiciamiento el TEDH «deberá de considerar la injerencia enjuiciada a la luz del conjunto del asunto para determinar si «guardaba proporción con el fin legítimo perseguido», y si los motivos invocados por las autoridades internas para justificarla parecen «pertinentes y suficientes» (ap. 49). A tal efecto, la argumentación gira, como es lógico, alrededor de las tres notas siguientes: a) estamos en el ámbito de la expresión política; b) quien se expresa es un político y lo hace en esa condición; c) la crítica va referida a un político y en relación a su vida pública. A partir de ahí, el TEDH se limita a aplicar al caso su tradicional doctrina, sentada en resoluciones ya mencionadas de las que, por razones obvias, quiero recordar el caso Castells contra España. En su virtud, y por referencia a cada uno de los tres aspectos mencionados afirma:

A) «El artículo 10.2 no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y el debate político —en el que la libertad de expresión reviste la mayor importancia— o el de las cuestiones de interés general (ap. 50) (...) Las frases pronunciadas por el demandante aludían a una cuestión de interés en el País Vasco, el recibimiento que el jefe del Ejecutivo vasco había reservado al Rey de España en su visita oficial al País Vasco, el 26 de febrero de 2003, en el contexto del cierre del diario en lengua vasca Egunkaria y la detención de sus responsables unos días antes, así como de la denuncia por malos tratos hecha pública por estos últimos. Las declaraciones del demandante se inscribían así en el ámbito de un debate sobre cuestiones de interés general. En consecuencia, el margen de apreciación de que disponían las autoridades para juzgar la «necesidad» de la sanción pronunciada contra el demandante estaba particularmente restringido» (ap. 51)

B) «Preciosa para cada persona, la libertad de expresión lo es muy especialmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario exigen que el Tribunal lleve a cabo uno de los controles más estrictos» (ap. 50)

C) «Asimismo, 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, tanto por los periodistas como por las masas; por consiguiente, deberá mostrar mayor tolerancia. (...) Ciertamente, tiene derecho a que se proteja su reputación, incluso fuera del ámbito de su vida privada, pero 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 (ap. 50) (...) «el hecho de que la persona del Rey no esté «sujeta 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 (ap. 56) (...) A este respecto, el Tribunal considera que, en el presente caso, las declaraciones en litigio no cuestionaban la vida privada del monarca (...) El Tribunal señala, por otra parte, que tales declaraciones tampoco cuestionaban la manera en la que el Rey desempeñaba sus funciones oficiales en un ámbito concreto, ni le atribuían ninguna responsabilidad individual en la comisión de un delito concreto. Las expresiones empleadas por el demandante se referían únicamente a la responsabilidad institucional del Rey como jefe y símbolo del aparato del Estado y de las fuerzas que, según las declaraciones del demandante, habían torturado a los responsables del periódico Egunkaria (ap. 57).

Esos son los argumentos con los que procede enjuiciar la restricción impuesta y el TEDH lo hace desde una doble perspectiva: en primer lugar, analiza si el acto comunicativo pertenece o no al ámbito del derecho reconocido en el art. 10 CEDH; en segundo lugar, recurre con carácter subsidiario a la proporcionalidad del medio empleado para limitar un eventual exceso en el ejercicio de la libertad de expresión.

Para abordar la primera cuestión parte de aceptar la calificación que el TS hiciera de lo expresado como juicio de valor y le aplica los

parámetros de delimitación del derecho que ya conocemos. El TS concluyó que lo afirmado constituía una injuria absoluta que, por ende, situaba el acto de expresión al margen del derecho en cuestión. El TEDH, sin embargo, llega a la conclusión contraria:

53. «En el presente caso, el Tribunal señala que el Tribunal Supremo afirmó en su sentencia que las frases en litigio eran juicios de valor y no imputaciones de hechos. Sin embargo, consideró que el contexto en el que habían sido formuladas no justificaba su gravedad, habida cuenta del hecho de que las denuncias por presuntas torturas de los responsables del diario Egunkaria habían sido archivadas y sobreesas por falta de pruebas. El Tribunal señala que las declaraciones del demandante tenían un nexo suficiente con las acusaciones de malos tratos, hechas públicas por el director del diario Egunkaria cuando fue puesto en libertad. Asimismo, señala, que se podía entender que las expresiones empleadas por el demandante se inscribían en el ámbito de un debate político más amplio sobre la eventual responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado en algunos casos de malos tratos»

54. «Al examinar las declaraciones en sí mismas, el Tribunal reconoce que el lenguaje utilizado por el demandante se haya podido considerar provocador. Sin embargo, si bien es cierto que toda persona que participa en un debate público de interés general, como el demandante en este caso, está obligada a no sobrepasar ciertos límites en relación, concretamente, con el respeto de la reputación y los derechos ajenos, sí le está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, ser algo inmoderada en sus declaraciones (...). El Tribunal señala que aunque algunos de los términos del discurso del demandante pintan uno de los cuadros más negativos del Rey como institución, adquiriendo así una connotación hostil, 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»

56. (...) «El Tribunal ha de destacar que es precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, cuando más preciosa es la libertad de expresión (...)

57. [Coincide con] «el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco [en que] las declaraciones del demandante se realizaron en un ámbito de carácter público y político, ajeno al «núcleo último de la dignidad de las personas» (...) El Tribunal señala, por otra parte, que tales declaraciones tampoco cuestionaban la manera en la que el Rey desempeñaba sus funciones oficiales en un ámbito concreto, ni le atribuían ninguna responsabilidad individual en la comisión de un delito concreto. Las expre-

siones empleadas por el demandante se referían únicamente a la responsabilidad institucional del Rey como jefe y símbolo del aparato del Estado y de las fuerzas que, según las declaraciones del demandante, habían torturado a los responsables del periódico Egunkaria».

Como vemos, el TEDH estima que las declaraciones de Otegi no afectaban al núcleo de la dignidad del monarca atendido en contenido de las mismas y el contexto en que se produjeron. Con ello, hubiera bastado para estimar vulnerado el art. 10 CEDH. Pero el Tribunal no se detiene ahí y utiliza su conocido criterio de cierre, esto es, el que valora la proporcionalidad de la injerencia atendiendo a la naturaleza y severidad de la medida limitadora, cuestión que también recordó a nuestro país en el caso Fuentes Bobo (STEDH de 29 febrero 2000) en relación con una mera sanción administrativa. Por tanto, la desproporción del recurso a la pena (de prisión, la principal y de privación del derecho de sufragio [a un político], la accesoria) no le ofrece dudas:

58 «Por último, en relación con la sanción, si bien es plenamente legítimo que las instituciones del Estado estén amparadas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que tales instituciones ocupan requiere que las autoridades sean moderadas en el uso de la vía penal (...) A este respecto, el Tribunal señala que la naturaleza y severidad de las penas impuestas son también elementos a considerar cuando se trata de medir la «proporcionalidad» de la injerencia. Repara en la especial severidad de la sanción pronunciada: el demandante fue condenado a una pena de un año de prisión. Su condena penal le valió asimismo la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, siendo como era un político».

59. «El Tribunal ha considerado ya que si bien la fijación de las penas compete, en principio, a los tribunales internos, la imposición de una pena de prisión por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio 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» (...).

60. «En las circunstancias del presente caso, en las que las declaraciones en litigio se realizaron

en el ámbito de un debate sobre una cuestión que presentaba un interés público legítimo, no consta justificación de la imposición de una pena de prisión. Por su propia naturaleza, tal sanción produce inevitablemente un efecto disuasorio, pese al hecho de que se suspendiera la pena del demandante. Si bien dicha medida pudo aliviar la situación del interesado, no eliminó su condena ni las consecuencias duraderas de cualquier inscripción de antecedentes penales»

En consecuencia, también puede estimarse vulnerado el art. 10 desde la perspectiva de la desproporción de la reacción frente al acto de expresión.

C) ¿POR QUÉ NO LLEGÓ EL TC A LA MISMA CONSECUENCIA?

Pudiendo hacerlo con arreglo a su propia doctrina podría cerrar el interrogante. Esta era, conociendo Castells c. España, una condena esperada y, tanto el TS como el TC podrían haberla evitado aún manteniendo que lo afirmado por Otegi quedaba al margen de la expresión constitucionalmente protegida. Bastaba con aplicar el consolidado criterio de la proporcionalidad de la reacción frente al acto de expresión ilícito.

Podía cuestionarse que las declaraciones del demandante pertenezcan al contenido intangible de la libertad de expresión. Aunque la diferencia con otros casos conocidos de injurias a la Corona sea evidente (paradigmáticas SAN 41/2009, 18 septiembre y SAN 4/2005, de 7 de febrero) es cierto que la frontera donde comienza la injuria «absoluta» no es una suerte de verdad —si es que las hay— clara y distinta. Con todo, aún dando entrada en el concepto a las declaraciones en cuestión, seguiría siendo difícil negar que recurrir a la pena en un caso de esas características resulta manifiestamente desproporcionado. Paradójicamente, sin embargo, el TS primero y el TC después aplican criterios de proporcionalidad al derecho limitado y, en consecuencia, concluyen entendiendo —como se dice expresamente en el FJ 3º de la primera sentencia— 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». A la misma desproporción alude, por su parte, el TC en su auto de inadmisión, que, pese a su inusual extensión, podría resumirse diciendo que el TC estima que lo afirmado por el demandante queda extramuros del derecho por lo desmesurado del acto de expresión.

En ambas instancias se olvida lo que el propio TC viene diciendo acerca de que la vulneración de un derecho se produce no sólo cuando se invade su contenido esencial —lo que en este caso podría discutirse— como cuando se reacciona desproporcionadamente frente al acto de expresión, lo que parece incuestionable a tenor de la línea jurisprudencial expuesta. Ambos tribunales se apartan de su propia doctrina y también del procedimiento empleado por el TEDH, olvidado que lo que debe enjuiciarse es la proporcionalidad del límite y no la del derecho limitado, ya que es la limitación de la libertad, y no la libertad, lo que requiere justificación.

Si se observa, el modo en que se ha resuelto el asunto recuerda mucho al viejo método de la ponderación. La libertad y su limitación vienen a ser intereses equivalentes sometidos a la ponderación del juez, lo que en los asuntos «sensibles» —que son en los que se pone de manifiesto la solidez del sistema jurídico— puede conducir a someter a las ideas valorativas de cada juez concreto la legitimidad de la limitación de un derecho. Esta es, a mi juicio, la razón que motiva el apartamiento del

precedente: llegar a una solución que algunos gustan denominar «de justicia material», como si pudiera haber algún tipo de justicia al margen del proceso argumental que conduce a esa solución.

5. CONCLUSIÓN

La condena a España en el caso Otegi pone de manifiesto que, en determinados casos, ni el TS ni el TC llevan su correcta doctrina en materia de libertad de expresión a sus últimas consecuencias. Si así fuera, el primero no hubiera condenado y el segundo habría admitido a trámite y otorgado el amparo, puesto que, como ambos han reconocido siguiendo la doctrina del TEDH, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan. Y eso debe servir para todos los asuntos, también para aquellos que resultan incómodos. Como dijo Vives en su severa crítica a la doctrina Parot —otro buen ejemplo de separación del precedente— el Estado de derecho no admite fisuras y es capaz de triunfar frente a todo tipo de adversidades sin renunciar a ninguno de sus principios y libertades básicas y la libertad de expresión, especialmente en el ámbito de la crítica política, es, qué duda cabe, una de ellas

NOTA BIBLIOGRÁFICA

La bibliografía sobre el particular es inabarcable. A título orientativo, vid.:

- ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER: *El Derecho al honor y las libertades de información y expresión: algunos aspectos del conflicto entre ellos*, Valencia, 1999, Tirant lo Blanch,
 BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, *Delitos contra el honor*, Madrid, 2000, Dukinson
 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO: *Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Madrid, 1987, Tecnos,
 CATALÀ I BAS, ALEJANDRO H, *Libertad de expresión e información: la jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Valencia, 2001, Editorial Revista General del Derecho.
 CARMONA SALGADO, CONCHA, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor: perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Valencia, 2012, Tirant lo Blanch

- *Libertad de expresión e información y sus límites*, 1991, Editoriales de Derecho Reunidas
- CUERDA ARNAU, MA LUISA, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Iustel*, n.º 8, noviembre 2007
- FUENTES OSORIO, JUAN, «El bien jurídico honor», *ADPCP*, T. 60, 2007
- GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ / MORENILLA ALLARD, PABLO: *Convenio Europeo de derechos humanos y jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España: textos, protocolos, nuevo reglamento del Tribunal, normas complementarias, selección de textos y jurisprudencia*, Barcelona, 1999, Bosch
- GARCÍA SAN JOSÉ, DANIEL I., *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI: análisis de la interpretación y aplicación por el Tribunal europeo de derechos humanos de la cláusula «necesario en una sociedad democrática»*, Sevilla, 2001, Universidad de Sevilla
- GÓMEZ RIVERO, CARMEN, «A vueltas con el honor», en *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología*, Homenaje a M^a del Mar Díaz Pita, Valencia 2008, Tirant lo Blanch
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA, *Delitos contra el honor*, Valencia, 2002, Tirant lo Blanch
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos* Valencia, 2008, Tirant lo Blanch
- LÓPEZ PEREGRÍN, CARMEN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Valencia 2000, Tirant lo Blanch
- MAGRO SERVET, VICENTE, «Los delitos contra el honor en el contexto de la libertad de expresión en los responsables públicos: análisis de la colisión entre el derecho al honor y el derecho a la crítica pública por los representantes de los ciudadanos en las distintas administraciones», *La Ley penal*, 2007
- MARTÍN SÁNCHEZ, ISIDORO, *La Recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de derechos humanos*, Granada, 2002, Comares
- MIR PUIG, SANTIAGO/ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (DIR.), *Protección penal de la libertad de expresión e información: una interpretación constitucional*, Valencia 2012, Tirant lo Blanch
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado social y democrático de Derecho», en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*, Libro homenaje al Prf. Antonio Beristain, San Sebastian, 1989
- MUÑOZ LORENTE, JOSÉ, *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Valencia, 1999, Tirant lo Blanch
- «La libertad de expresión y las injurias al Jefe del Estado: la STS de 28 de septiembre de 1993. Los incidentes de la sala de Juntas de Guernica», en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 3, 1994.
- PLAZA PENADÉS, JAVIER: *El Derecho al honor y la libertad de expresión: estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Valencia, 1996, Tirant lo Blanch,
- QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA: *La Interpretación de los derechos: del tribunal de Estrasburgo al tribunal constitucional*, Madrid 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- REBOLLO VARGAS, RAFAEL: *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y sus límites*, Barcelona, 1992, PPU
- RIPOLL CARULLA, SANTIAGO, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español: la incidencia de las sentencias del tribunal europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento español*, Barcelona, 2007, Atelier
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito: una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Valencia, 2012, Tirant lo Blanch
- SALVADOR CODERCH, PABLO/ CASTIÑEIRA PALOU, MARÍA TERESA/ GÓMEZ LIGÜERRE, CARLOS *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela de honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997, Marcial Pons,
- SANTOLAYA MACHETTI, PABLO/ GARCÍA ROCA, JAVIER (COORD.): *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- VIVES ANTÓN, TOMÁS S., «Sentido y límites de la libertad de expresión», en *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, Tirant lo Blanch
- Informe del CGPJ al Anteproyecto de Código penal de 1992, *Cuadernos del CGPJ*, n.º 11 (también en *CPC*, n.º 48, 1992)
- «Libertad de expresión y derecho al honor», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 13 (Homenaje al Prf. Sainz Cantero). Vol 2
- VVAA, *Las libertades de información y de expresión: actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- VVAA, *La libertad de expresión y el Derecho penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1993

Fecha recepción: 25/01/2013

Fecha aceptación: 30/04/2013