

EL PRESTIGIO DE LAS INSTITUCIONES COMO LÍMITE A LA
LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS CIUDADANOS: EL CASO
OTEGI MONDRAGÓN C. ESPAÑA

RESUMEN: El 15 de marzo del presente año, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenaba a España por vulnerar la libertad de expresión de Arnaldo Otegi, representante parlamentario que había sido condenado a un año de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, por un delito de injurias al Rey.

El pronunciamiento del TEDH nos brinda la oportunidad de reflexionar sobre la libertad de expresión y sus límites cuando éstos vienen impuestos por la protección del honor de las instituciones del Estado. ¿Es compatible con la libertad de expresión la consagración de leyes especiales para proteger la "fama" de las altas instituciones del Estado? Y si así es, ¿dónde está el límite para el Legislador?

En las páginas que siguen trataremos de reflexionar sobre estas cuestiones al hilo del análisis del caso Otegi Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011.

PALABRAS CLAVE: Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, libertad de expresión, honor, injurias al Rey.

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN
- II. EL CASO OTEGI MONDRAGÓN C. ESPAÑA—II.1. *Los hechos: ¿libertad de expresión cualificada o ataques a la dignidad no amparados por la libertad de expresión?*—II.2. *La argumentación del TEDH*
- III. LA PROTECCIÓN DEL PRESTIGIO DE LAS INSTITUCIONES Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN DEL LEGISLADOR
- IV. REFLEXIÓN FINAL

I. PRESENTACIÓN

El pasado 15 de marzo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) condenaba a España por vulnerar la libertad de expresión de un representante parlamentario¹, en un caso que ni siquiera había merecido la atención del Tribunal Constitucional, que lo había inadmitido a trámite por carencia manifiesta de contenido constitucional². En el asunto de fondo, la condena a Arnaldo Otegi a un año de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, por un delito de injurias al Rey.

El pronunciamiento del TEDH constituye una magnífica oportunidad para reflexionar sobre el entendimiento de la libertad de expresión y sus límites. Sobre todo, cuando abandonamos el ámbito natural de los derechos fundamentales, la protección de los ciudadanos frente al Estado, para situarnos en otro escenario mucho más resbaladizo, la protección del Estado frente a sus ciudadanos. ¿Es compatible con la libertad de expresión la consagración de leyes especiales para proteger la «fama» de las altas instituciones del Estado? Y si así es, ¿dónde está el límite para el Legislador?

En las páginas que siguen trataremos de reflexionar sobre estas cuestiones al hilo del análisis del caso Otegi Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011.

II. EL CASO OTEGI MONDRAGÓN C. ESPAÑA

II.1. Los hechos: ¿libertad de expresión cualificada o ataques a la dignidad no amparados por la libertad de expresión?

Los hechos que originan este asunto tienen lugar en el mes de febrero de 2003, en el transcurso de una rueda de prensa convocada por Arnaldo Otegi, en la época portavoz del Grupo Parlamentario Socialista Abertzaleak en la Cámara vasca. El motivo de la convocatoria es la exposición de la postura del grupo parlamentario acerca de la situación del periódico Egunkaria. El citado diario había sido clausurado días antes y sus principales responsables encarcelados y sometidos a un régimen de incomunicación durante cinco días. A su salida, el editor del periódico había denunciado que habían sufrido torturas por parte de la Guardia Civil.

Con este telón de fondo y tras ser preguntado por un periodista acerca de la visita del Rey al País Vasco ese mismo día, invitado por el presidente del

¹ Caso Otegi Mondragón c. España, 15 de marzo de 2011.

² ATC 213/2006, de 3 de julio.

ejecutivo autonómico con motivo de la inauguración de una central eléctrica en Vizcaya, Arnaldo Otegi critica con dureza al Lehendakari por este hecho y destaca:

«¿Cómo es posible que se fotografíen 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?».

Estas declaraciones motivaron la condena de Otegi por el Tribunal Supremo, tras la libre absolución acordada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco³. Este Tribunal consideró que las manifestaciones estaban amparadas por el ejercicio de la libertad de expresión, no siendo constitutivas de delito. Ciertamente, para la resolución, la crítica de una institución no está excluida del derecho a la libertad de expresión, y en tales casos éste adquiere frente al derecho al honor, el carácter de un derecho constitucional prevalente en tales materias. En la sentencia se destaca, además, que las declaraciones del acusado se realizaron en un ámbito público.

No vería así las cosas el Tribunal Supremo, que conocería del asunto en casación tras la interposición del oportuno recurso por el Ministerio Fiscal. Según la sentencia, las declaraciones de Otegi 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 graves en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorias 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»⁴.

El Tribunal Supremo hace un minucioso recordatorio de la jurisprudencia constitucional relativa a la libertad de expresión, destacando su mayor amplitud cuando se circunscribe al ámbito de la crítica política y su papel esencial no solo en tanto que derecho fundamental de los ciudadanos, sino como condición de la existencia de una opinión pública libre sin la cual el Estado democrático no sería tal.

La doctrina que el Tribunal Supremo trae a colación en la sentencia resulta, a mi juicio, irreprochable. Nuestro desacuerdo, anticipamos, se produce en la manera en que se aplica esa doctrina, analizando si las expresiones vertidas cumplen con los postulados del principio de proporcionalidad, para analizar si quedan amparadas por la libertad de expresión. Para el tribunal, las citadas expresiones constituyen un ataque contra la dignidad del monarca, al atribuirle una de las conductas más atroces en un Estado de Dere-

³ Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 18 de marzo de 2005.

⁴ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2005, Fundamento de Derecho Tercero.

cho, la tortura, por lo que no pueden quedar amparadas por el artículo 20 CE: «Consecuentemente, cuando la expresión del menosprecio se extiende a este núcleo último y más estrecho de la persona en cuanto tal, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta claramente contrario al principio de proporcionalidad y por lo tanto, también innecesario, dado que el ejercicio de este derecho, como todos, está no solo sometido al límite, más o menos flexible, que expresamente contiene el art. 20 CE, sino también, al respeto de los fundamentos del orden político y de la paz social que establece el art. 10.1 CE»⁵.

A mi juicio, sin embargo, la argumentación del Tribunal Supremo debería haber discurrido por otros derroteros. El razonamiento lógico habría pasado por analizar si las expresiones proferidas por Otegi quedan amparadas por la libertad de expresión para luego, si así se considera, analizar si el honor del Jefe de Estado queda afectado por las mismas y, en ese caso, si encajan en la comisión de un delito de injurias al Rey.

Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo, que considera que las citadas declaraciones no están amparadas por la libertad de expresión, no queda claro si ello es consecuencia de que se da preponderancia a la protección del honor o porque de entrada, no se considera una conducta protegida por el art. 20 CE. La argumentación del Supremo es de carácter circular: las manifestaciones cuestionadas no caen bajo el paraguas de la libertad de expresión porque vulneran el honor del Jefe del Estado.

Contra la sentencia del Tribunal Supremo, se interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que sería inadmitido por carencia manifiesta de contenido constitucional. En su resolución, el Alto Tribunal considera 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»⁶.

Cabe cuestionarse si en esta ocasión el Tribunal Constitucional utiliza la carencia de contenido constitucional como causa de inadmisión para evitar entrar en el fondo de un asunto espinoso que presumiblemente le hubiera llevado a una solución opuesta a la del Tribunal Supremo o si, atendiendo a las circunstancias realmente se ha considerado que el asunto carecía de ese contenido constitucional⁷. En el primer caso, el Tribunal Constitucional

⁵ Fundamento de Derecho Segundo.

⁶ ATC 213/2006, de 3 de julio, F.J. Sexto.

⁷ De manera parecida se zanjó el polémico asunto de El Jueves, en el que el recurso de amparo interpuesto por los autores de una viñeta en la que se representaba a los príncipes de Asturias en una postura sexual explícita, condenados por un delito de injurias al Príncipe Heredero, fue inadmitido por falta de trascendencia constitucional, en aplicación del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo configurado por la LO

habría obrado una importante dejación de sus funciones. En el segundo, su apreciación sobre la falta de contenido constitucional le habría impedido entrar en el fondo de un asunto que acaba comportando una condena a nuestro país por parte del TEDH.

La argumentación del Tribunal Supremo y del Constitucional pivotan en torno a una afirmación reiterada en la jurisprudencia constitucional: la libertad de expresión no ampara un pretendido derecho al insulto⁸. Afirmación con la que no se puede estar más de acuerdo.

Sin embargo, como se ha destacado, una cuestión es la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 20 CE y su relación con los derechos consagrados en el artículo 18 CE, que compartimos y otra, la aplicación un tanto atropellada que se hace al caso. Lo que parece claro es que el TEDH no comparte los razonamientos de los tribunales españoles. Veamos por qué.

II.2. La argumentación del TEDH

La resolución del TEDH, que acaba declarando la vulneración del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹ (en adelante, CEDH), se enmarca en una línea jurisprudencial muy consolidada acerca del ejercicio de las libertades comunicativas y sus límites y parece tener en cuenta una

6/2007, de 24 de mayo. En este caso, el problema estuvo en que los demandantes no justificaron expresamente la trascendencia constitucional del asunto, lo que permitió al Tribunal Constitucional inadmitir por este dato.

⁸ «Y, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha aseverado, de acuerdo con la diferencia que desde la STC 104/1986, de 17 de julio, hemos establecido entre el ámbito propio y el canon de enjuiciamiento de los derechos fundamentales protegidos en los subapartados a) y d) del art. 20.1 CE, que el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1 a) CE] dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6), no es menos cierto que también hemos mantenido inequívocamente que la Constitución no reconoce en modo alguno (ni en ese ni en ningún otro precepto) un pretendido derecho al insulto» (STC 204/2001, de 15 de octubre, F.J. Cuarto, entre otras muchas).

⁹ Artículo 10 CEDH. 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 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 entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

serie de circunstancias que no habrían sido debidamente atendidas por las autoridades españolas a la hora de proceder al enjuiciamiento del asunto¹⁰.

Para empezar, aunque tanto las libertades de información como de expresión gozan de protección al amparo de la Constitución Española y del CEDH, los requisitos exigibles a una y otra resultan diversos¹¹. En este caso, no cabe duda de que nos encontramos ante la emisión de juicios de valor y de opiniones, no de hechos. Es decir, no estaríamos en el ámbito de la libertad de información que para su protección exige, además de la relevancia pública, la veracidad de los hechos. Las declaraciones cuestionadas, a pesar de resultar, tal y como las califica el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ofensivas, impropias, injustas y oprobiosas, no atribuyen al monarca la comisión de delito alguno ni responsabilidad en la comisión de las torturas que habían alegado los detenidos en el marco de la operación de cierre del periódico Egunkaria. Se trata de meros juicios de valor que podrán compartirse o no pero que no entran en el ámbito de lo fáctico.

Aunque el Tribunal Supremo parece tener claro que nos situamos en el campo de la libertad de expresión, el mismo afirma que «las denuncias por presuntas torturas fueron archivadas y sobreesidas, 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». Como se ha destacado, cuando nos situamos en el ámbito de la libertad de expresión, no cabe aludir a la veracidad, incluso aunque se trate, como en este caso, de opiniones vertidas a raíz de hechos, probados o no.

En segundo lugar, resulta de suma importancia la condición del condenado, en la época portavoz de un grupo parlamentario. Esta circunstancia nos situaría, al menos de entrada, en el terreno de la libertad de expresión política, cobrando así una dimensión diferente, por reforzada, al resultar ejercida por un político que además es un representante de los ciudadanos vascos y portavoz de su grupo parlamentario.

Ciertamente, si la posición de la libertad de expresión en una sociedad democrática debe gozar de cierta preeminencia, ésta se refuerza en el caso de que nos situemos en el ámbito de la participación política. Así lo ha

¹⁰ Sobre esta jurisprudencia puede consultarse FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Estudios Políticos*, 70, 1990. Asimismo, BONET, J., *El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, PPU, Barcelona, 1994. Más reciente, FREIXES SANJUÁN, T., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 15, 2003.

¹¹ Sobre este particular, véase BUSTOS GISBERT, R., «El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión», *Revista de Derecho Político*, 85, 1994. Asimismo, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23, 1988.

reconocido en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional¹² y el mismo TEDH. Como ya se afirmara en el caso *Castells c. España*, cuando la libertad de expresión es ejercida por un parlamentario, su eventual menoscabo tiene que ser sometido a un control muy riguroso. «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»¹³.

En tercer lugar, el contexto, una rueda de prensa que pretende exponer la posición del grupo sobre unos hechos de una relevancia pública innegable como es la denuncia, luego no acreditada por las autoridades judiciales, de que unos detenidos habrían sufrido torturas por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Además, las declaraciones se hacen en respuesta a la pregunta de un reportero que solicita la valoración de la visita del Jefe del Estado a la Comunidad Autónoma invitado por el Lehendakari. Se trata de un asunto de relevancia pública, con independencia de que las alegaciones de haber sufrido torturas por parte de los detenidos no llegaran a acreditarse ante los tribunales.

Atendiendo a estas circunstancias, parece fuera de toda duda que las declaraciones emitidas debieron considerarse amparadas por la libertad de expresión en una de sus modalidades más cualificadas: la libertad de expresión política, efectuada por un representante parlamentario acerca de un asunto de relevancia pública y con ocasión de un acto público como es una rueda de prensa en la que se expresa el parecer del grupo del que es portavoz.

En esta línea, resulta especialmente relevante destacar cómo las expresiones vertidas por el demandante, aun cuando entrañan una visión muy negativa del Rey como institución, no exhortan al uso de la violencia ni se enmarcan en el discurso del odio¹⁴.

¹² No cabe duda de que cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles «especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones, que es claro que en otro contexto habrían de operar» (STC 157/1996, fundamento jurídico 5, aunque se refiere a un ámbito distinto del electoral). [STC 136/1999, de 20 de julio, F.J. Décimoquinto]. Más recientemente, en la STC 39/2005, de 28 de febrero.

¹³ «50. L'article 10.2 ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans la domaine du discours et du débat politique –dans lequel la liberté d'expression revêt la plus haute importance– ou des questions d'intérêt general. Précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts (*Castells c. Espagne*, 23 avril, 1992)». Caso *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011.

¹⁴ Como se recoge en la sentencia, ni en los pronunciamientos de los tribunales nacionales ni en las alegaciones del Gobierno español se recoge esta circunstancia.

Por tanto, el TEDH considera que las declaraciones de Arnaldo Otegi están protegidas por la libertad de expresión que además, atendiendo a su condición de parlamentario y a las circunstancias del caso, gozaría de un mayor nivel de protección que un ciudadano de a pie que hubiera realizado las citadas manifestaciones en otro contexto.

Ante estas afirmaciones se puede argumentar, con razón, que ningún derecho tiene carácter absoluto. No lo tienen los derechos consagrados en el art. 20 CE ni en su homólogo en el CEDH. De hecho, el artículo 10, además de consagrar un genérico derecho a la libertad de expresión establece una serie de condicionantes que deben darse en las injerencias al mismo para resultar acordes con el texto del Convenio: deben estar previstas en la ley, perseguir uno o más de los fines legítimos mencionados en el art. 10.2 CEDH¹⁵ y constituir una medida necesaria en una sociedad democrática.

De todos ellos, el problema fundamental se plantea en relación con el último, que exige que los eventuales límites a la libertad de expresión constituyan una medida necesaria en una sociedad democrática. Esta exigencia ha sido equiparada por el TEDH a una «necesidad social imperiosa» y hace referencia a la actividad de ponderación de los intereses en juego, que tendría que realizarse acudiendo al principio de proporcionalidad. Como cabe imaginarse fácilmente, para la apreciación de esta circunstancia los Estados tienen reconocido un necesario margen de apreciación, que sin embargo puede ser supervisado a la luz del CEDH¹⁶.

La argumentación de que el Rey ocupa una posición de neutralidad en el debate político, de árbitro y símbolo de la unidad del Estado español, no es suficiente para evitar las críticas relativas al ejercicio de su función. Tampoco el hecho de que su figura sea inviolable supone la consagración de un ámbito exento a la crítica. Como destaca el TEDH es cuando se exponen ideas que hieren, ofenden o se oponen al orden establecido, cuando más valiosa es la libertad de expresión¹⁷. Además, el hecho de que la figura del

¹⁵ Seguridad nacional, integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, de la reputación o derechos ajenos, la evitación de divulgación de informaciones confidenciales o la garantía de la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

¹⁶ «El TEDH define el margen de apreciación como el terreno discrecional que se ofrece a las sociedades democráticas para decidir sobre la extensión de la injerencia, y aquí hay que manifestar que, a tenor de los arts. 17 y 18 CEDH, la interposición de los límites no tiene carácter obligatorio sino que son las autoridades internas quienes han de decidir sobre su interposición y configuración. Además, este margen de discrecionalidad no es ilimitado ni absoluto y puede ser controlado por el propio TEDH, tal como lo hace prácticamente en todas las sentencias en las que tiene que verificar la adecuación de las medidas estatales en relación con los derechos garantizados por el Convenio». FREIXES SANJUÁN, T., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación», ob. cit., pp. 469 y 470.

¹⁷ También el Tribunal Constitucional ha destacado cómo la libertad de expresión comprende la libertad de crítica: «Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, "aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar,

Rey sea inviolable según la Constitución española no impide el debate sobre su eventual responsabilidad institucional.

Asimismo, el Tribunal valora positivamente el hecho de que las declaraciones cuestionadas no fueran relativas a la vida privada del monarca, no cuestionaran su honorabilidad personal ni supusieran un ataque gratuito contra su persona, centrándose únicamente en su vertiente de Jefe del Estado.

Con este hilo argumentativo, el TEDH destaca otro elemento a tener muy en cuenta a la hora de efectuar la ponderación de los intereses en juego: la cuantía de la sanción, cuya proporcionalidad debe ser analizada en relación con la limitación de la libertad de expresión. La severidad de la pena en este caso, que no solo consiste en una pena de prisión de un año, sino en la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, tratándose de un político que además es representante parlamentario, desempeña un papel fundamental en la resolución del caso. En este sentido, el TEDH considera que la sanción no guarda proporción con el fin perseguido, atendiendo a todas las circunstancias analizadas y comentadas. En consecuencia, se declara la vulneración del artículo 10 CEDH.

A mi juicio, el TEDH resuelve la cuestión de manera satisfactoria, atendiendo a todas las circunstancias presentes en el caso y teniendo en cuenta el valor preponderante de la libertad de expresión en su vertiente de crítica política. Asimismo, como decía, nos brinda la oportunidad de reflexionar acerca de la protección especial y por ende reforzada, de las altas instituciones del Estado en nuestro país y su compatibilidad con la libertad de expresión.

III. LA PROTECCIÓN DEL PRESTIGIO DE LAS INSTITUCIONES Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN DEL LEGISLADOR

Más allá de la necesaria protección del derecho al honor de los ciudadanos, consagrado en el art. 18 CE, el legislador español ha optado por reforzar sin ambages la protección de sus instituciones a través de leyes especiales. Para ello, recurre al Derecho Penal, que castiga delitos de expresión cometidos contra las Cortes Generales, las Asambleas legislativas de las Comunida-

inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe 'sociedad democrática' (por todas, STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4). Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que "es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan" (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2). Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (STEDH *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, de 24 de febrero de 1997, § 49)» (STC 235/2007, de 7 de noviembre, F.J. Cuarto).

des Autónomas, el Gobierno de la Nación, el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas, el Ejército y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado¹⁸. En el caso de la Corona, la pena no solo es pecuniaria sino que se contempla la privación de libertad¹⁹.

Ciertamente la protección especial al honor de las instituciones políticas no constituye una novedad en el contexto europeo, a pesar de las numerosas llamadas de atención efectuadas en el seno del Consejo de Europa para poner fin a esta situación, tal y como ha reclamado el TEDH, destacando como una protección ampliada en materia de ofensas mediante una ley especial no es conforme con el espíritu del Convenio²⁰.

Asimismo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha destacado cómo las instituciones estatales no deberían estar protegidas como tales por el Derecho frente a las declaraciones difamatorias o insultantes y, si así fuera, esa protección debería aplicarse de manera muy restrictiva, evitando que su uso acabe coartando la libertad de crítica²¹.

En la misma línea, la Resolución aprobada por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa en 2007, en la que se considera que las penas de prisión por difamación deben abolirse, exhortando a los Estados que las recogen en sus legislaciones a eliminarlas. De hecho, se cuestiona la conveniencia de la existencia misma de leyes especiales para la protección de las instituciones estatales²².

Todo ello responde a la importancia fundamental de las libertades comunicativas. La libertad de expresión goza de una posición tal en el Estado democrático que obliga a aplicar de manera estricta cualquier tipo de injerencia o límite para que no se acabe coartando el legítimo derecho de crítica y afectando en consecuencia a la misma esencia de la democracia. La libertad de expresión, como la de información, constituye un pilar esencial de todo Estado democrático, sin el cual no podría existir²³. El exceso de celo a la hora de prote-

¹⁸ Título XXI (Delitos contra la Constitución), Capítulo III (Los delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes) del Código Penal.

¹⁹ Título XXI (Delitos contra la Constitución), Capítulo II (Delitos contra la Corona).

²⁰ Sentencia Colombani y otros c. Francia, de 25 de junio de 2002 y Artun y Güvener c. Turquía, de 26 de junio de 2007.

²¹ Declaración sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación de 12 de febrero de 2004.

²² Resolución 1577 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

²³ Como ha destacado el Tribunal Constitucional, «el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia 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 y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas» (STC

ger el honor de las citadas instituciones podría acabar provocando un efecto perverso, impidiendo el espontáneo ejercicio de las mismas.

En el caso español, la opción del legislador en este tema resulta acorde con la Constitución, siempre y cuando la ponderación de los intereses en juego se haga de la manera apropiada. Al igual que se ha adoptado un sistema de protección penal del honor de las personas, a través de la tipificación de los delitos generales de injurias y calumnias, puede admitirse que se creen tipos específicos para la protección del honor o el prestigio de las altas magistraturas del Estado. Sin embargo, por su mismo carácter especial y, sobre todo, porque suponen la defensa del Estado frente al individuo y no a la inversa, su aplicación debe ser lo más estricta posible. Es decir, no podemos afirmar sin más que la opción del legislador es constitucionalmente lícita, sino que ello dependerá de las sanciones que lleven aparejadas cada una de estas acciones y de la manera en que se interpreten por los tribunales.

Con respecto al primer punto, la entidad de las sanciones, creo que puede afirmarse que la pena de privación de libertad por delitos contra el honor, delitos de expresión en definitiva, debe cuestionarse en un Estado democrático. La amenaza de una sanción tan severa puede acabar coartando la libertad de expresión de los ciudadanos en un ámbito que como se ha dicho resulta especialmente protegido: el de la crítica política, esencial en todo Estado Democrático.

La cuestión estriba en determinar si el legislador puede, una vez decidido que un bien jurídico debe ser objeto de protección penal, imponer cualquier sanción o se debe cumplir una exigencia de proporcionalidad de las penas. Aunque entre nosotros el principio de proporcionalidad no constituye un canon autónomo de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha analizado en alguna ocasión la proporcionalidad de sanciones desde esta perspectiva²⁴.

En todo caso, tanto el art. 17 como el 20 CE nos proporcionan el parámetro de constitucionalidad adecuado para analizar esta cuestión. Qué duda cabe de que la imposición de penas privativas de libertad debe estar muy justificada, a pesar del amplio margen de discrecionalidad reconocido a las Cortes Generales, en tanto que representante directo de los ciudadanos, en la elección de las conductas que por especialmente graves pasan a engrosar la lista de los tipos penales.

Con respecto al segundo elemento, la aplicación de estas normas debe reali-

159/1986, de 16 de diciembre, F.J. Sexto). En el mismo sentido, el TEDH en múltiples resoluciones. Entre ellas, caso Sunday Times contra el Reino Unido, de 26 de abril de 1979.

²⁴ La STC 55/1996, de 28 de marzo, resuelve tres cuestiones de inconstitucionalidad que plantean la desproporción de las penas que se asignan al comportamiento del objetor de conciencia al servicio militar que rehúsa cumplir la prestación social sustitutoria. En la STC 161/1997, de 2 de octubre, el Tribunal Constitucional analiza la norma que sanciona la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia en relación con el derecho a no declararse culpable y desde la perspectiva de la proporcionalidad de las penas. Sobre este particular puede consultarse mi obra «Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Congreso de los Diputados, Madrid, 2008. Sobre todo, pp. 248 y ss.

zarse con suma cautela por parte de las autoridades judiciales. En el caso que nos atañe, parece observarse un exceso de celo por parte del Tribunal Supremo, no corregido por el Tribunal Constitucional, que no solo declara que el asunto no tiene contenido constitucional, sino que avala el juicio de ponderación efectuado por el Tribunal Supremo en casación, con evidente menosprecio a las circunstancias que rodean el caso y que resultan vitales para su calificación.

A todo ello cabría añadir un elemento a tener muy en cuenta. Los cargos públicos, por su posición, tienen que soportar un nivel de crítica mucho mayor que el ciudadano medio, como reiteradamente ha destacado el Tribunal Constitucional²⁵. Parece que esta doctrina podría aplicarse a la Jefatura del Estado sin muchos problemas.

En todo caso, somos conscientes de que la situación del Jefe del Estado de una Monarquía parlamentaria presenta peculiaridades frente al resto de instituciones estatales, derivadas de su misma calidad de Jefe del Estado y sobre todo, de la posición de neutralidad con que la Constitución ha querido revestir su figura. Aun teniendo en cuenta estas apreciaciones, cabría hacer al menos dos observaciones que permiten siquiera modular la realidad de aquellas aseveraciones.

Para empezar, la repetida posición de neutralidad del Jefe del Estado no significa que no pueda ser objeto de crítica. En un Estado democrático, el hecho de que el Jefe del Estado quede al margen del juego político, en tanto que árbitro y moderador exento de responsabilidad, dado que es una magistratura hereditaria y no electiva, no entraña de manera automática que deba erigirse un muro de protección frente a cualquier tipo de crítica²⁶.

²⁵ «Los denominados “personajes públicos”, y en esa categoría deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, deben soportar, en su condición de tales, el que sus actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no solo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos. Los medios de comunicación social, como ha indicado en tantas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cumplen así una función vital para todo Estado democrático, que no es sino la crítica de quienes tienen atribuida la función de representar a los ciudadanos. El personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando éstas puedan ser especialmente molestas o hirientes, sin que pueda esgrimir frente a esa información género alguno de inmunidad o privilegio, y frente a las que tiene más posibilidades de defenderse públicamente de las que dispondría un simple particular (SSTC 104/1986, 85/1992, 19/1996, 240/1997, 1/1998, y SSTEDH caso Sunday Times, 26 de abril de 1979; caso Lingens, de 8 de julio de 1986; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992; caso Praeger y Oberschlick, 26 de abril de 1995; caso Tolstoy Miloslavski, de 13 de julio de 1995; caso Worm, de 29 de agosto de 1997; caso Fressoz y Roire, de 21 de junio de 1999)» [STC 148/2001, de 27 de junio, F.J. Sexto].

²⁶ No lo ve así ORTEGA GUTIÉRREZ, que destaca como «El error que a mi entender ha cometido el TEDH ha sido no tener presente el artículo 56 de la Constitución española, ya que el Rey no es un actor político más, sujeto a responsabilidad y control como cualquier político al uso, pues todos sus actos están refrendados (art. 64 CE). De hecho su

Tampoco el dato reiterado de que su posición institucional le impide defenderse de las críticas justifica que se deba castigar con especial dureza los ataques a su honor. La tónica más acorde en un Estado democrático no es sustraer a la Jefatura del Estado de las críticas sino todo lo contrario, permitir las siempre y cuando se mantengan dentro de los límites constitucionales²⁷.

Y en segundo lugar, conviene recordar que el delito de injurias y calumnias tipificado en el artículo 490.3 Código Penal extiende la protección a toda la familia real: «El que injuriare o calumniare al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe Heredero de la Corona, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o la injuria fueran graves, y con la multa de seis a doce meses si no lo son». Si ya resulta, a mi juicio, difícil de compartir la tipificación del delito en lo que respecta al mismo Jefe del Estado, con las consecuencias que su comisión lleva aparejadas, la extensión que hace el Código Penal a toda la familia real, resulta aún más difícil de explicar.

IV. REFLEXIÓN FINAL

El modo de proceder de los tribunales nacionales en este caso, que aunque no muy frecuente no constituye un caso aislado²⁸, nos lleva a cuestionar con mayor énfasis si cabe la conveniencia de consagrar normas especiales para proteger el prestigio de las altas instituciones del Estado. Estas normas, por su mismo carácter excepcional, tendrían que ser interpretadas de manera restrictiva. Si además de proteger de manera especial a las instituciones del Estado, esas normas se aplican sin consideración a las circunstancias concurrentes, la reflexión sobre su pertinencia se hace aún más imperiosa.

En todo caso, consagrar penas de privación de libertad por delitos de expresión, con los límites destacados, podría traspasar los límites que la Constitución impone al legislador, por desproporcionado. ¿Puede ser limitado un bien jurídico tan preciado como la libertad por un delito contra el honor de las instituciones? ¿Es compatible con el art. 17 de nuestra Constitución? ¿Y con el 20?

Con independencia de la respuesta, que solo al Tribunal Constitucional compete, puede que en estos momentos, pasados ya más de 30 años desde

persona es inviolable (art. 56.3 CE) ya que él simboliza a todos los españoles, al pueblo español. Esta es la clave». ORTEGA GUTIÉRREZ, D., «El TEDH, Otegui y la dignidad de los españoles», *El Imparcial*, 22 de marzo de 2011.

²⁷ Muy crítico con este tema se muestra RAMOS, F., «El secuestro de *El Jueves* y las injurias periodísticas a la Corona, un injustificable ataque a la libertad de expresión», *Ámbitos*, 16, 2007.

²⁸ Ya hemos hecho referencia al caso de las viñetas de la revista *El Jueves*, cuyos autores fueron condenados por un delito de injurias al Príncipe Heredero.

la aprobación de la Constitución y en consecuencia, plenamente consolidado el sistema democrático, haya llegado el momento de afrontar las críticas vertidas a nuestras instituciones desde otra perspectiva y reflexionar sobre el mantenimiento del *statu quo*.

A ello cabría añadir que el reproche penal difícilmente contribuye a mantener la dignidad de las instituciones. En el caso de la Corona, lo acaecido a raíz de la viñeta satírica publicada en el semanario *El Jueves* es buen ejemplo de ello²⁹. El secuestro de la publicación unido a la condena a los dos autores de la viñeta a pagar una multa de tres mil euros demuestra cómo una interpretación forzada de estos tipos penales, sin tener en cuenta los derechos fundamentales involucrados, puede acabar provocando el efecto contrario al pretendido, produciendo una situación de menoscabo o deterioro de la imagen de la institución concernida. La opinión generalizada de que determinadas instituciones no pueden ser objeto de sátira o crítica en nada ayuda a ese prestigio que se trata de salvaguardar con la tipificación de delitos que las sobreprotegen.

Asimismo, el ejercicio de la crítica política a las instituciones, con los límites tantas veces señalados (el insulto, la incitación a la violencia o el discurso del odio) no debería tener como consecuencia, en ningún caso, la privación de libertad. La discrecionalidad del legislador en la determinación de las conductas que merecen reproche penal y en su correspondiente sanción tiene un límite que en ocasiones resulta difícil de determinar, pero que existe. El honor, el prestigio o la dignidad de las instituciones del Estado, aun cuando constituyen bienes jurídicos dignos de protección, en la medida en que con ello se protege a su vez la misma esencia del Estado a que representan, no deberían acarrear en ningún caso una sanción tan severa como la privación de libertad. Los riesgos para el ejercicio de una libertad esencial para la democracia son demasiados. Puede que esta resolución del TEDH haga reflexionar a nuestros representantes sobre la conveniencia de eliminar esta sanción en el delito de injurias y calumnias a la Corona³⁰. Si así es, la condena a España habrá merecido la pena.

Esperanza GÓMEZ CORONA
Profesora Contratada Doctora
Departamento de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

²⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Juzgado Central de lo Penal, de 13 de noviembre de 2007.

³⁰ El 17 de marzo de este año, el Grupo Parlamentario del Congreso Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya presentaba una proposición de ley orgánica de modificación del Código Penal para la despenalización de las injurias a la Corona. Dado lo avanzado de la legislatura, parece difícil que el asunto llegue a ser siquiera discutido.