

Capítulo II

Los delitos de opinión, España y el TEDH, una historia ¿pasada? de desencuentros recalcitrantes

EULALIA W. PETIT DE GABRIEL¹

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Sevilla*

*“La libertad de expresión es decir
lo que la gente no quiere oír”*
George Orwell (1903-1950)

*“Gracias a la libertad de expresión hoy ya es
posible decir que un gobernante es un
inútil sin que nos pase nada.
Al gobernante tampoco”*
Jaume Perich (1941-1995)

SUMARIO: I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN ESPAÑA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: POCOS CASOS, PERO REITERATIVOS. 1. Libertad de expresión, derechos individuales y Estado de Derecho. 2. Algunas cifras y un análisis sistemático de los casos contra España. 2.1. El test de legalidad 2.2. El test de finalidad 2.3 El test de necesidad y proporcionalidad II. LOS DELITOS DE OPINIÓN EN ESPAÑA ANTE EL

1. orcid.org/0000-0002-6448-6594 - WoS ID: Z-5939-2019, eulalia@us.es. Esta investigación es fruto del proyecto I+D+i “Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?”, dirigido por la Prof.^a Juana del-Carpio-Delgado y la Prof.^a María Holgado González, Universidad Pablo de Olavide, y financiado con cargo al Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020. UPO-1255802.

Las referencias bibliográficas y jurisprudenciales múltiples en una misma cita se encuentran ordenadas cronológicamente de la más reciente a la más antigua, salvo las referencias correspondientes a cita textual, que figuran siempre en primer lugar. Todos los vínculos de internet han sido revisados a fecha de 15 de mayo de 2021.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: PROBLEMAS DE LEGALIDAD E INTERPRETACIÓN ACUMULADOS. 1. Los derechos e intereses protegidos. 2. El contenido de las declaraciones y la *exceptio veritatis*. 3. La naturaleza de la sanción. III. DE LA VIOLACIÓN A LA REPARACIÓN: ¿SITUACIONES INDIVIDUALES O PROBLEMA ESTRUCTURAL? 1. El modelo de ejecución de sentencias del TEDH. 2. La ejecución de las sentencias sobre delitos de opinión contra España: una prueba diagnóstica. 3. La revisión de las sentencias firmes, una prueba de éxito –relativo– en la ejecución. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: MEDIDAS LEGISLATIVAS VS. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: España presenta un patrón de vulneración reiterada en los casos que llegan al TEDH sobre la base de sentencias por delitos de opinión: ha sido condenada en las siete demandas declaradas admisibles por el Tribunal de Estrasburgo, hasta el presente. Ello contrasta con el balance en los asuntos sobre libertad de expresión decididos por otras vías jurisdiccionales. España sólo ha sido condenada por el TEDH en dos ocasiones de los nueve casos sustanciados en la jurisdicción civil o laboral, así como en materia electoral.

Este trabajo examina los patrones interpretativos aplicados por el TEDH, así como el proceso de ejecución de las sentencias del TEDH contra España –calificadas como repetitivas en la terminología del proceso de ejecución por el Comité de Ministros–. El objetivo último es delimitar críticamente cómo satisfacer los estándares del CEDH, identificando los aspectos susceptibles de cambio por la vía interpretativa y aquellos que requerirían necesariamente la reforma legislativa, que va más allá de la idea bien asentada de la necesidad de eliminación del tipo específico de injurias a la Corona. La reforma, y con carácter previo a la misma, debe fundarse en un debate y consenso sobre la función democrática de la libertad de expresión y los bienes y valores protegidos por los delitos de opinión. Ello comporta una definición de la esencia del Estado de Derecho que el ordenamiento jurídico español garantiza.

PALABRAS CLAVE: artículo 10 CEDH, libertad de expresión, delitos de opinión, discurso de odio, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cumplimiento de sentencias del TEDH; reforma legislativa.

I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN ESPAÑA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: POCOS CASOS, PERO REITERATIVOS

El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) reconoce la libertad de expresión en los siguientes términos:

“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 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 ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DERECHOS INDIVIDUALES Y ESTADO DE DERECHO

La libertad de expresión consagrada por este artículo es una de las claves de bóveda del Estado democrático, según afirma el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), dotando a esta libertad de un valor añadido y esencial, más allá del derecho individual que garantiza². Como indicó en 1974 en el caso *Handyside v. Reino Unido*, cita que el propio TEDH ha reiterado una y otra vez desde entonces,

“La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad [democrática], una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”³.

2. ECHR, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expresión*, updated 31 August 2020, 131 páginas, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_ENG.pdf.

3. *Handyside v. the United Kingdom*, no. 5493/72, ECHR 1976, § 49, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372. Esta cita aparece, conforme a búsqueda en HUDOC, en casi 275 resultados en inglés, lo que implica su reiteración en uno de cada 3 casos en los que el TEDH ha reconocido una violación de la libertad de expresión.

Como el TEDH ha tenido luego oportunidad de expresar en uno de los casos relativos a libertad de expresión en España,

*“Esta afirmación de la función social de la libertad de expresión constituye la filosofía de base de la jurisprudencia del Tribunal sobre el artículo 10. Consecuencia de ello es que, de un lado, la libertad de expresión no es sólo una garantía frente a la injerencia del Estado (un **derecho subjetivo**), sino que también es un **principio fundamental objetivo para la vida democrática**; de otro lado, la libertad de expresión no es un fin en sí mismo sino un **medio para el establecimiento de una sociedad democrática pluralista**”.*

2. ALGUNAS CIFRAS Y UN ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS CASOS CONTRA ESPAÑA

De acuerdo con el informe estadístico publicado por el TEDH relativo a los casos decididos en el periodo 1959-2020⁵, España figura como demandado en 181 asuntos. En el conjunto del sistema, en el que participan en la actualidad los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (en adelante, CdeE), el TEDH dictó 23.406 sentencias en el mismo período. Las sentencias en relación con España representan el 0,77% del conjunto del sistema. En términos de sentencias que declaran alguna violación, hay 124 sentencias contra España, de las 19.739 sentencias totales en dicho período, lo que representa el 0,62% de sentencias que reconocen alguna violación.

En ese mismo período 1959-2020, la violación del artículo 10 CEDH, ha sido objeto de 925 sentencias, lo que constituye el 4,68% de las sentencias del TEDH que afirman una violación. De ellas, sólo 9 sentencias han sido violaciones atribuidas a España, siendo los Estados que acumulan más condenas por este artículo Turquía (387 casos), Rusia (95 casos), Francia (40 casos), Austria y Polonia (35 casos), y Hungría y Rumanía (33 casos)⁶.

4. *Etxeberria Barrena Arza Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako et autres c. Espagne*, nos. 35579/03, 35613/03, 35626/03 et 35634/03, ECHR 2009, §63, ECLI:CE:ECHR:2009:-0630JUD003557903 (énfasis de la autora): *“Cette affirmation de la fonction sociale de la liberté d’expression constitue la philosophie de base de la jurisprudence de la Cour relative à l’article 10. Il en résulte, d’une part, que la liberté d’expression n’est pas seulement une garantie contre les ingérences de l’Etat (un droit subjectif) mais elle est aussi un **principe fondamental objectif** pour la vie en démocratie; d’autre part, la liberté d’expression n’est pas une fin en soi mais un **moyen pour l’établissement d’une société démocratique pluraliste**”.*
5. ECHR, “Violation by Article and by State 1959-2020”, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf. Elaboración de porcentajes por la autora.
6. *Benítez Moriana and Iñigo Fernández v. Spain*, nos. 36537/15 and 36539/15, ECHR 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0309JUD003653715; *Toranzo Gómez v. Spain*, no. 26922/14, ECHR 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1120JUD002692214; *Stern Taulats et Roura*

España, por tanto, sólo ha sido condenada en el 0,97% de las sentencias de violación de este artículo. Esas 9 sentencias son, por otro lado, el 7,25% de las sentencias de violación (de cualquier artículo del CEDH y sus protocolos adicionales) de las que España ha sido considerado responsable. De las nueve sentencias condenatorias a España (de un total de 18 sentencias existentes en relación con libertad de expresión), siete de ellas se refieren a asuntos en los que existía una sanción penal por delitos de injurias y/o calumnias, analizada en términos de restricción a la libertad de expresión incompatible con el CEDH.

La libertad de expresión ocupa el cuarto lugar de las violaciones atribuidas a España por el TEDH⁷, siendo el artículo 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo) el que más veces ha sido objeto de declaración de violación contra España por la Gran Sala y por las Salas, con 60 sentencias. Le siguen el artículo 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), con 18 sentencias condenatorias y el artículo 3 CEDH (prohibición de la tortura), con 11 sentencias.

La libertad de expresión protagonizó la tercera sentencia condenatoria a España desde la ratificación del Convenio⁸, en el asunto *Castells*, de 23 de abril de 1992. Las dos primeras sentencias contra España habían constatado la violación del artículo 6 CEDH. Entre el caso *Castells* y la más reciente condena a España por vulneración del art. 10 CEDH, el 9 de marzo de 2021 en el asunto *Benítez Moriana and Iñigo Fernández*, han pasado casi 30 años.

No obstante su número reducido, el carácter reiterado de las condenas confirma el interés del examen de los casos españoles de libertad de

Capellera c. Espagne, no. 51168/15 et 51186/15, CEDH 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0313JUD005116815; *Jiménez Losantos c. Espagne*, no. 53421/10, CEDH 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0614JUD005342110; *Rodríguez Ravelo c. Espagne*, no. 48074/10, CEDH 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD004807410; *Otegi Mondragon v. Spain*, no. 2034/07, ECHR 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0315JUD000203407; *Gutiérrez Suárez c. Espagne*, no. 16023/07, CEDH 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD001602307; *Fuentes Bobo c. Espagne*, n.º 39293/98, CEDH 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0229JUD003929398; *Castells v. Spain*, no. 11798/85, ECHR 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:0423JUD001179885.

7. En relación con las sentencias que declaran inexistencia de violación, los casos relativos al art. 10 CEDH ocupan el mismo lugar (6 sentencias), tras el art. 6 CEDH (25 sentencias), el art. 8 CEDH (10 sentencias) y el art. 3 CEDH (9 sentencias), a la par que las relativas al art. 5 CEDH (derecho a la libertad y a la seguridad, 8 sentencias).
8. La primera sentencia contra España fue el asunto *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, no. 10590/83, ECHR 1988 (plen.), ECLI:CE:ECHR:1988:1206JUD001059083. La segunda sentencia recayó en el asunto *Unión Alimentaria Sanders S.A. v. Spain*, no. 11681/85, ECHR 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001168185. Ambas sentencias declararon la violación por España del art. 6 CEDH.

expresión, en un contexto actual de protestas sociales durante febrero de 2021 en relación con la entrada en prisión del rapero Hasel, condenado por la Audiencia Nacional por un delito de injurias a la Corona y otro de enaltecimiento del terrorismo⁹ y la propuesta de reforma del Código penal sobre delitos relativos a la libertad de expresión presentada por el partido Unidas Podemos en febrero de 2021¹⁰ y la anunciada por el Gobierno¹¹. Esta situación ha llamado la atención de la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa, respondida por el Ministro de Justicia en marzo de 2021, en relación con el número creciente de condenas a artistas por distintas formas de expresión en relación con delitos de injuria a la Corona (490 y 491 CP), exaltación del terrorismo (578 CP) y discurso del odio (510 CP), en relación tanto con una posible reforma del Código penal como con la flexibilización de los criterios interpretativos en pro de una mayor protección y garantía de la libertad de expresión¹².

El CEDH, pese a considerar la libertad de expresión como un puntal de la sociedad democrática, no concibe este derecho como absoluto. No es considerado uno de los derechos inderogables en las circunstancias previstas por el artículo 15 CEDH, que establece en sus dos primeros apartados:

“1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.

9. SAN 27/2018, de 2 de marzo de 2018, ECLI:ES:AN:2018:27; modificada por SAN 3337/2018, de 14 de septiembre de 2018, ECLI:ES:AN:2018:3337, que aumenta la pena por exaltación del terrorismo; finalmente confirmada por STS 1298/2020, de 7 de abril de 2020, ECLI:ES:TS:2020:1298.
10. Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión (122/000124), presentada el 09/02/2021 y calificada el 16/02/2021. Hay una proposición anterior, Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión, (122/000042), presentada el 27/02/2020 y calificada el 03/03/2020, pero que fue retirada por el grupo parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común el 3 de marzo de 2021.
11. Al cierre de este trabajo, sólo consta información de prensa, sin que haya sido registrado en el Congreso ningún proyecto de ley al respecto.
12. Carta de la Comisaria de Derechos Humanos al Ministro de Justicia de España, ComHR/DM/sf 015-2021, de 11 de marzo de 2021; y respuesta del Ministro de Justicia del Reino de España, de 18 de marzo de 2021.

2. *La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7”.*

Por tanto, las demandas por eventual vulneración de la libertad de expresión se fundamentan, generalmente, en la existencia de una limitación a la misma que es considerada contraria al CEDH por el demandante. Es más, el propio artículo 10 CEDH, en su párrafo segundo, contiene la descripción de las posibles causas que justifican una limitación de la libertad de expresión, concibiendo esta libertad en términos de “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”.

No obstante, como ha constatado el TEDH en el asunto *Jiménez Losantos*, la interpretación de las excepciones a la libertad de expresión debe realizarse siguiendo siempre criterios restrictivos:

“Tal como lo consagra el artículo 10 del Convenio, la libertad de expresión va acompañada de unas excepciones que requieren, sin embargo, una interpretación restrictiva, y la necesidad de limitarla debe determinarse de forma convincente¹³”.

El análisis que el TEDH realiza en los casos de libertad de expresión suele estructurarse en torno a los siguientes tres elementos. En primer lugar, procede al examen de si la restricción o sanción está “prevista por la ley” (*test de legalidad*). En segundo lugar, examina la finalidad para la cual se ha establecido la restricción o sanción, debiendo responder a una de las designadas por el artículo: seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o la moral, protección de la reputación o derechos de terceros, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o, por último, la autoridad e imparcialidad del poder judicial (*test de finalidad*).

13. *“Telle que la consacre l'article 10 de la Convention, la liberté d'expression est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante”, Jiménez Losantos c. Espagne, § 34, traducción realizada por los servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado.*

En tercer lugar, comprueba si la restricción o sanción es necesaria en una sociedad democrática, lo que comporta además un examen de proporcionalidad en relación con la consecución de la finalidad perseguida, atendiendo a los medios disponibles y a la eventual posibilidad de recurrir a medidas menos limitativas de la libertad de expresión (*test de necesidad y proporcionalidad*)¹⁴.

2.1. El test de legalidad

En los 18 casos en relación con la libertad de expresión en España¹⁵, el TEDH nunca ha cuestionado la existencia de base legal para las restricciones o sanciones en los diversos ámbitos afectados, existiendo casos relativos a ilegalización de partidos políticos¹⁶, despidos laborales¹⁷, reclamaciones de daños civiles¹⁸, incluso en el más específico de una sanción disciplinaria prevista en las normas de un Colegio profesional¹⁹. Y, por supuesto, nunca ha dudado en considerar satisfecho el test de legalidad en todos aquellos casos relativos a condenas penales, siendo el Código penal norma suficiente para prever una restricción o sanción en el ejercicio de la libertad de expresión.

14. Para un examen detallado de esta trilogía metodológica, puede verse ECHR, *Guide on Article 10*, op. cit. n. 2, 2020, pp. 19-24.
15. Uno de los casos incluidos en esta cifra no versó directamente sobre una alegación de violación del artículo 10 CEDH, sino que la libertad de expresión aparece como uno de los argumentos avanzados por el Estado español, en relación con un posible conflicto entre libertad de expresión del periodista que entrevistó a la demandante y el derecho a la honra, dignidad e intimidad de esta (art. 8 CEDH), *Rubio Dosamantes c. Espagne*, no. 20996/10, CEDH 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0221JUD002099610. En otras dos sentencias, y aunque el demandante invocaba la violación del artículo 10 CEDH, el TEDH (primero en Sala, y luego en recurso de revisión por la Gran Sala), decidió examinar el asunto desde la perspectiva del art. 8 CEDH: *Fernández Martínez v. Spain*, no. 56030/07, ECHR 2014 [GC], ECLI:CE:ECHR:2014:0612JUD005603007 y ECHR 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0515JUD005603007.
16. *Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. Espagne*, nos 51762/07 et 51882/07, TEDH 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1207JUD005176207; *Etxeberria Barrena Arza Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako et autres c. Espagne*, ECHR 2009.
17. *Fernández Martínez v. Spain; Palomo Sánchez and others v. Spain*, nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, ECHR 2011 [GC], ECLI:CE:ECHR:2011:0912JUD002895506, resolviendo recurso sobre sentencia anterior *Aguilera Jiménez v. Spain*, nos. 28389/06 et al., ECHR 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1208JUD002838906; *De Diego Nafria c. Espagne*, n° 46833/99, CEDH 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0314JUD00468339; *Fuentes Bobo c. Espagne*, CEDH 2000.
18. *Rubio Dosamantes c. Espagne*, CEDH 2017; *Gutiérrez Suárez c. Espagne*, CEDH 2010.
19. *Casado Coca v. Spain*, no. 15450/89, ECHR 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0224JUD001545089, en relación con medidas disciplinarias adoptadas por un Colegio de Abogados en relación con la publicidad de servicios efectuada por el demandante, en el marco de la normativa y consenso sobre ello de la época.

2.2. El test de finalidad

En relación con el test de finalidad, el TEDH ha considerado igualmente superado el mismo en todos los casos planteados contra España en relación con libertad de expresión. En 15 de los asuntos España invocó como finalidad legítima para justificar la restricción o sanción la “*protección de la reputación o de los derechos ajenos*”, incluida la reputación del Rey de España²⁰ o del Rey de Marruecos²¹. De esos 15 asuntos, en dos de ellos concurría además como finalidad de la sanción la garantía de la “*autoridad e imparcialidad judicial*”²². En un único caso, el asunto *Castells*, se invocó la “*defensa del orden*” como finalidad legítima²³.

Y fuera de las finalidades expresamente incluidas en el artículo 10 CEDH, el TEDH aceptó en dos casos (en sentencias de 2009 y 2010) que las restricciones podían estar justificadas en “*fines compatibles con el principio de la preeminencia del derecho y los objetivos generales del Convenio, a saber, particularmente, la protección del orden democrático*”²⁴. Es esta una formulación que escapa al tenor del artículo 10 CEDH, aunque canaliza la defensa del Estado de derecho y del orden democrático, valores fundamentales del sistema del Convenio. Sin duda, esta amplia formulación de las limitaciones al artículo 10 CEDH y al artículo 3 del Protocolo Adicional (derecho a elecciones libres), en el contexto de la ilegalización de partidos políticos que apoyan el terrorismo y la posterior ilegalización de la integración de antiguos militantes en otros partidos políticos, constituye una aproximación al desarrollo de la categoría de discurso de odio. Esta categoría de “*discurso de odio*”, “*hate speech*” (que no “*delito de odio*”), basa parcialmente su ilicitud en la interpretación y aplicación del artículo 17 CEDH, que prohíbe el abuso de derechos. Se ha configurado como una evolución de perfiles muy específicos en la línea de evaluación por el TEDH de los delitos de opinión en el contexto del Convenio, en particular desde final de la década de 1990 y fundamentalmente en los últimos 15 años²⁵. Pero de ello nos ocuparemos más adelante.

20. *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, CEDH 2018.

21. *Gutiérrez Suárez c. Espagne*, CEDH 2010.

22. *Benítez Moriana and Iñigo Fernández v. Spain*, ECHR 2021, § 42; *Rodríguez Ravelo c. Espagne*, CEDH 2016, § 37.

23. *Castells v. Spain*, ECHR 1992, § 39.

24. *Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. Espagne*, TEDH 2010, § 53. En sentido análogo, con anterioridad en *Etxeberria Barrena Arza Nafarroako Auto-determinazio Bilgunea et Aiarako et autres c. Espagne*, ECHR 2009, § 52 en relación con el art. 3 PA y por remisión a este, §§ 70-71 en relación al art. 10 CEDH.

25. ECHR, Unit Press, *Hate Speech. Factsheet*, September 2020, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf.

2.3. *El test de necesidad y proporcionalidad*

El test de necesidad y proporcionalidad ha sido sin duda el criterio diferencial en los casos para determinar la (in)existencia de violación del artículo 10 CEDH.

En tal sentido, es muy importante reseñar que en los siete asuntos en los que el TEDH debía analizar una sanción de naturaleza penal en relación con el ejercicio de la libertad de expresión España ha sido declarada en violación del artículo 10 del Convenio. En cambio, en los asuntos de libertad de expresión relativos a actuaciones no penales (despidos laborales, reclamaciones de responsabilidad civil, anulación de candidaturas electorales...), el TEDH sólo consideró que existía violación del artículo 10 CEDH en dos casos por falta de necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva de la libertad de expresión. Uno de los casos era relativo a una demanda civil por un artículo en prensa que parecía vincular al Rey Hassan II con actividades delictivas²⁶ y el segundo, tenía que ver con una demanda laboral por el despido de un trabajador de RTVE por declaraciones infamantes contra directivos de la cadena²⁷. En ambos casos, el TEDH fundó su conclusión en la falta de proporcionalidad y necesidad de la medida adoptada por el demandante dada la finalidad perseguida (protección de la dignidad y derechos de terceros). En cambio, en los restantes casos planteados frente a España fuera del ámbito penal, el TEDH siempre concluyó que no existía violación del artículo 10 CEDH por ser la medida necesaria y proporcional al fin perseguido.

Estos datos cuantitativos (100% de condenas a España en asuntos en casos de sanción penal de la libertad de expresión, frente al 20% de condenas en relación con asuntos de limitaciones a la libertad de expresión en asuntos no penales) subrayan el interés académico indudable de un examen detallado de la jurisprudencia del TEDH contra España en relación con los delitos de opinión, como medidas de sanción que se constituyen en límites al ejercicio de la libertad de expresión.

Existe una pauta clara a lo largo de estos casi 30 años de jurisprudencia: España vulnera la libertad de expresión desde el ámbito de la intervención penal con mayor frecuencia que en otros ámbitos del Derecho (civil, laboral o electoral, incluso). Si cabe, este interés se acrecienta al comprobar que de las siete sentencias que condenan a España por vulnerar la libertad de expresión al imponer sanciones penales a quienes

26. *Gutiérrez Suárez c. Espagne*, CEDH 2010.

27. *Fuentes Bobo c. Espagne*, CEDH 2000.

ejercen su derecho, cuatro fueron adoptadas por unanimidad²⁸, dos por seis votos contra uno²⁹ y la restante, por cinco votos contra dos³⁰. Curioso es señalar que en los dos casos que se alegaba la defensa de la autoridad e imparcialidad judicial, el TEDH no fue unánime, siendo los jueces del TEDH aparentemente más sensibles hacia el respeto y garantía debido a la independencia y buen funcionamiento de la justicia que a otros bienes jurídicos protegidos al limitar la libertad de expresión³¹. En relación a los tipos delictivos implicados en los procesos penales nacionales, 2 casos eran relativos a injurias contra la Corona (artículo 490.3 CP) y 5 casos relativos a injurias y calumnias conforme a los artículos 205 a 211 CP (aunque en el asunto *Castells*, la referencia era a los artículos 161 y 162 del anterior CP).

Existe un caso que ha llegado al TEDH y cuyo proceso penal en España se fundamentó en el artículo 510 CP (delito de odio). No obstante, el asunto se sustanció en relación a la eventual vulneración del artículo 6 CEDH (garantías procesales), dado que el proceso se vio afectado por la declaración de inconstitucionalidad del elemento del tipo de “negación” del genocidio, que había sido base de la condena. El TEDH examinó el caso desde la perspectiva de las garantías penales, como el derecho a ser oído tras la reforma de la acusación penal y no desde la libertad de expresión y sus límites. Por ello, no se incluye en la jurisprudencia que analizamos³².

Con la misma finalidad de subrayar la relevancia y actualidad de la cuestión conviene realzar el dato que, de las siete sentencias referidas sobre delitos relacionados con la libertad de expresión, seis se concentran en el período 2011-2021. Sólo quedaría fuera de esta larga y, para algunos, oscura década el caso *Castells*, primera condena a España por vulnerar la libertad de expresión en un caso de delito de opinión, como se citó al iniciar la introducción.

Sin duda, la reflexión se impone sobre un problema recalcitrante.

28. *Toranzo Gómez v. Spain*, ECHR 2018; *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, CEDH 2018; *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011; *Castells v. Spain*, ECHR 1992.

29. *Jiménez Losantos c. Espagne*, CEDH 2016; *Rodríguez Ravelo c. Espagne*, CEDH 2016.

30. *Benítez Moriana and Iñigo Fernández v. Spain*, ECHR 2021; *Rodríguez Ravelo c. Espagne*, CEDH 2016.

31. *Benítez Moriana and Iñigo Fernández v. Spain*, ECHR 2021.

32. Este elemento del tipo fue anulado por STC 235/2007, de 7 de noviembre, ECLI:ES:TC:2007:235. El asunto ante el TEDH se denominó *Varela Geis c. Espagne*, 61005/09, CEDH 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0305JUD006100509. Solo indirectamente trataba cuestiones presentes en este trabajo, como los delitos de odio en relación con la libertad de expresión o la invocación del art. 17 CEDH sobre el abuso de derechos.

II. LOS DELITOS DE OPINIÓN EN ESPAÑA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: PROBLEMAS DE LEGALIDAD E INTERPRETACIÓN ACUMULADOS

Una de las características del sistema de protección del CEDH es la subsidiariedad de la protección de los derechos humanos. Entre otras manifestaciones de la subsidiariedad, el TEDH reconoce a los Estados parte lo que denomina “margen de apreciación”, confiando al Estado el examen de la existencia de las circunstancias que permiten, conforme al CEDH, la limitación o restricción de los derechos reconocidos, tanto a nivel normativo –cobertura legal de las limitaciones– como a nivel de aplicación de las mismas.

Ello no obstante, el TEDH se reserva siempre la supervisión de la forma en que el Estado aplica ese margen de apreciación. El control efectuado por el Tribunal es más o menos incisivo según la regulación del derecho protegido en el CEDH y las circunstancias del caso. En esa labor, el TEDH no sustituye a las autoridades nacionales en su labor, sino que examina las razones alegadas por el Estado para justificar la “interferencia” (limitación, restricción, o en la serie de casos que nos ocupa, la sanción penal)³³. El TEDH es más generoso con el Estado, otorgándole un mayor margen de apreciación, en aquellos supuestos en los que falta un consenso general entre los Estados sobre la necesidad de una restricción o limitación concreta³⁴. Sin embargo, no es este el caso en los asuntos relativos a la libertad de expresión y la sanción penal objeto de sentencias contra España.

Como afirmábamos anteriormente, todos los casos relativos a libertad de expresión, y, por tanto, todos los relativos a delitos de opinión en relación con España, tienen como elemento común que esa supervisión del margen de apreciación del Estado se centra en el análisis de la noción de necesidad y proporcionalidad de la sanción.

En los siete casos de delitos de opinión contra España podemos identificar tres elementos clave –presentes en su jurisprudencia constante en relación con otros Estados también– al revisar la valoración del Estado sobre la necesidad y la proporcionalidad de la restricción.

En primer lugar, la necesidad de la “sanción” penal que justificaría la restricción de la libertad de expresión es examinada en relación con la función ejercida por quien invoca su libertad de expresión y por quien

33. *Benítez Moriana and Iñigo Fernández v. Spain*, ECHR 2021, §§ 44-45; *Toranzo Gómez v. Spain*, ECHR 2018, § 48.iii); *Jiménez Losantos c. Espagne*, CEDH 2016, § 37; *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, § 49.

34. *Rodríguez Ravelo c. Espagne*, CEDH 2016, § 41.

reclama protección frente a ella (II.1. *Los derechos e intereses protegidos*). En segundo lugar, y como parte del examen de proporcionalidad, el TEDH analiza el contenido concreto de las expresiones vertidas, su alcance y publicidad, así como el valor a conceder a la llamada *exceptio veritatis* o defensa del demandante ante el TEDH basada en la prueba del contenido de las declaraciones por las que fue objeto de sanción penal (II.2. *El contenido de las declaraciones y la exceptio veritatis*). En tercer lugar, el TEDH analiza la proporcionalidad de la medida adoptada por el Estado o, lo que es lo mismo, la adecuación de la sanción penal en el caso concreto para lograr la finalidad prevista (II.3. *La naturaleza de la sanción*).

1. LOS DERECHOS E INTERESES PROTEGIDOS

Los casos de los que ha conocido el TEDH sobre delitos de opinión en España contraponen la libertad de expresión a la protección de la “reputación y derechos ajenos” y, de manera cumulativa en dos de ellos, al respeto de la “autoridad e imparcialidad judicial”. Ello ocurre en las seis sentencias emitidas en la última década. Tan sólo en el caso *Castells*, se contraponen la libertad de expresión a un interés jurídico diferente, la “prevención del desorden”. El TEDH realiza un examen de equilibrio entre derechos e intereses en cada caso. En esa evaluación, juega un papel especialmente relevante la condición de los sujetos titulares de la libertad de expresión, así como la de los titulares de los “otros derechos protegidos”.

Los titulares de la libertad de expresión pueden ejercerla bien en su condición de individuos –en su condición de ciudadanos particulares³⁵– o bien como titulares “cualificados”. Esta última circunstancia determina una protección reforzada de su libertad de expresión. Tal es el caso, específicamente, de los periodistas³⁶, los abogados³⁷, y de quienes desempeñan

-
35. Como ocurre en el caso *Benítez Moriana and Iñigo Fernández*: los demandantes eran miembros de una ONG que criticaron en una publicación la actuación de un juez en un procedimiento medioambiental; en el caso *Toranzo Gómez*, el demandante era una persona desalojada por la fuerza de un inmueble ocupado por la policía, en cumplimiento de una sentencia judicial, acusó a la policía de tortura en una entrevista periodística; en el caso *Stern Taulats et Roura Capellera*, los demandantes eran dos ciudadanos que habían quemado retratos de los Reyes de España en una manifestación en la que se presentaba a estos como fuerzas de ocupación de la Comunidad Autónoma de Cataluña.
36. *Jiménez Losantos c. Espagne*, CEDH 2016, §§ 35-36. Sobre esta sentencia puede verse el análisis de J. A. CLIMENT GALLARD, “Advocacy journalism y el derecho al honor: Comentario a la STEDH de 14 junio de 2016. Caso Jiménez Losantos c. España”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 23, 2017, págs. 408-417.
37. *Rodríguez Ravelo c. Espagne*, CEDH 2016, §§ 40-41. La relevancia de la función de los abogados en el marco del correcto funcionamiento de la administración de justicia

puestos de representación política, incluso cuando realizan declaraciones de contenido político o interés general fuera del Parlamento, y/o a través de los medios de comunicación³⁸. La protección reforzada de la libertad de expresión satisface en estos casos una finalidad superior al ejercicio de un derecho individual. Tal y como comenzábamos este trabajo, la libertad de expresión constituye un pilar del Estado de Derecho y de la sociedad democrática. Por ello, cuando quien ejerce la libertad de expresión lo hace en el ejercicio de una función esencial para el sistema democrático –como es el papel de la prensa, la administración de justicia, la representación y debate político– el TEDH exige del Estado una mayor tolerancia, dando más valor a la contribución a la pluralidad política y al debate público y democrático, con independencia de que las expresiones vertidas puedan llegar a ser provocativas o incluso ofensivas.

“El Tribunal recuerda que la libertad de expresión, consagrada en el párrafo 1 del artículo 10 (art. 10-1), constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso. Condicionada al párrafo 2 del artículo 10 (art. 10-2), es aplicable no solo a las ‘informaciones’ o ‘ideas’ recibidas de manera favorable o consideradas inofensivas o indiferentes sino también a las que ofenden, chocan o molestan. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la apertura de mente sin las que no puede existir una ‘sociedad democrática’³⁹”.

Consecuentemente, y aunque el Código Penal no distingue los delitos de opinión en función de la cualificación del autor de las opiniones

también estaba en el corazón de otra sentencia contra España, en la que no había una sanción penal, sino en el marco de la potestad sancionadora del Colegio de Abogados, el asunto *Casado Coca v. Spain*, ECHR 1994. En este caso, el TEDH consideró que no se había vulnerado la libertad de expresión del abogado demandante, al permitir un mayor margen de apreciación al Estado en la ponderación entre el derecho individual y la finalidad de interés público dado que, en la época, no había un consenso europeo aún sobre la publicidad de los servicios de abogacía, problema central del caso.

38. *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, § 50; *Castells v. Spain*, ECHR 1992, §§ 42-43.

39. *“The Court recalls that the freedom of expression, enshrined in paragraph 1 of Article 10 (art. 10-1), constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’”*, *Castells v. Spain*, ECHR 1992, § 42 (la traducción es de la autora). En sentido análogo en *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, CEDH 2018, § 30; *Jiménez Losantos c. Espagne*, CEDH 2016, §34; *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, § 48. En esta línea, M. Á. PRESNO LINERA, “Crónica de una condena anunciada: el Asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del Rey”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 42, 2018, pp. 540-542.

vertidas, la fiscalía, los jueces y los tribunales debieran tener en cuenta, como regla interpretativa, la línea consolidada por el TEDH en relación al papel que desempeña la libertad de expresión como piedra angular del debate democrático y el pluralismo político. Ello debería llevar a una aplicación muy restrictiva de los tipos penales que castigan la libertad de expresión ejercida por tales personas “cualificadas” para garantizar los estándares de protección del TEDH.

Desde la perspectiva complementaria, cuando el TEDH analiza la reputación y derechos que el Estado quiere proteger restringiendo el ejercicio de la libertad de expresión (a través de su sanción penal) tiene en cuenta igualmente la “cualificación” de la persona titular de los mismos. Así, el TEDH establece que las personas que desempeñan puestos de responsabilidad pública, política o institucional deben aceptar una mayor exposición y tolerancia a la crítica y opinión ajena. Por tanto, las restricciones a la libertad de expresión de quien expresa opiniones sobre personas que desempeñan funciones públicas deben ser interpretada de forma muy restrictiva, dando mayor amplitud a la libertad de expresión en este caso que cuando se opina sobre personas particulares. La reputación y derechos de la persona que se expone públicamente (por su función y/o responsabilidad institucional) está sujeta a un mayor “ataque” por terceros, el cual debe ser tolerado en relación con su actividad o los temas de los que se ocupan o representan en su dimensión institucional.

Como afirma el TEDH,

“Tratándose de la ponderación del derecho a la libertad de expresión y del derecho al respeto de la vida privada, además de contribuir a un debate de interés general, el TEDH toma en cuenta, entre otras cosas, la notoriedad de la persona aludida: los límites de la crítica admisible son más amplios respecto de un hombre político, aludido por esta condición, que de un simple particular. A diferencia del segundo, el primero se expone inevitablemente y conscientemente a un control más atento a sus hechos y gestos, tanto por parte de los periodistas como por la masa de los ciudadanos; debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia⁴⁰”.

40. *“S’agissant de la mise en balance du droit à la liberté d’expression et du droit au respect de la vie privée, outre la contribution à un débat d’intérêt général, la Cour prend en compte, entre autres, la notoriété de la personne visée: les limites de la critique admissible sont plus larges à l’égard d’un homme politique, visé en cette qualité, que d’un simple particulier. À la différence du second, le premier s’expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance”*, Jiménez Losantos c. Espagne, CEDH 2016, § 40. La traducción es del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado.

Por ejemplo, en relación con las expresiones y opiniones vertidas contras los jueces y sus actuaciones judiciales, el TEDH ha dicho:

“Salvo en casos de ataques gravemente dañinos, los jueces como tales deben someterse a críticas personales dentro de los límites permisibles, y no sólo de manera general y teórica. Cuando actúan oficialmente, deben aceptar críticas más amplias que los ciudadanos ordinarios⁴¹”.

En relación con las críticas vertidas frente al Rey, ha afirmado el TEDH:

“Por otra parte, los límites a la crítica admisible son más amplios respecto de los políticos, cuando son atacados en esa condición, que respecto de un particular; a diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos, tanto por los periodistas que por el conjunto de ciudadanos; por ello, debe mostrar mucha más tolerancia. (...). Por supuesto que tiene derecho a ver protegida su reputación, incluso fuera del marco de su vida privada, pero las exigencias de tal protección deben ponderarse en relación con el interés de la discusión política libre, pues las excepciones a la libertad de expresión requieren de una interpretación restrictiva⁴²”.

La razón subyacente es, de nuevo, la dimensión institucional de la libertad de expresión como pilar de la sociedad democrática, el pluralismo político y el Estado de Derecho. Dicha dimensión inclina la balanza en la ponderación de derechos (libertad de expresión v. reputación y derechos de terceros) en favor de la libertad de expresión, aunque la opinión vertida produzca una reacción adversa o sea chocante. En tales casos, la interpretación de las limitaciones a la libertad de expresión debe hacerse de manera muy restrictiva.

No obstante, esta mayor tolerancia no se aplicaría en caso de que las declaraciones o expresiones lesivas lo sean en relación con la dignidad personal o la esfera íntima de la vida privada y/o de familia del lesionado.

41. *“Save in the case of gravely damaging attacks that are essentially unfounded, judges may as such be subject to personal criticism within the permissible limits, and not only in a theoretical and general manner. When acting in their official capacity, they may thus be subject to wider limits of acceptable criticism than ordinary citizens”*, Benítez Moriana and Iñigo Fernández v. Spain, ECHR 2021, en general § 48 y al aplicarlo a los hechos del caso, § 57 (el énfasis y la traducción es de la autora).

42. *“En outre, les limites de la critique admissible sont plus larges à l’égard d’un homme politique, visé en cette qualité, que d’un simple particulier: à la différence du second, le premier s’expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance. (...). Il a certes droit à voir sa réputation protégée, même en dehors du cadre de sa vie privée, mais les impératifs de cette protection doivent être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques, les exceptions à la liberté d’expression appelant une interprétation étroite”*, Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne, CEDH 2018, § 32 (el énfasis y la traducción es de la autora).

En tal caso, el análisis y ponderación tiene lugar entre derechos individuales, sin consideración alguna de la finalidad pública o institucional del ejercicio de la libertad de expresión.

Como consecuencia de este planteamiento, podemos afirmar que la jurisprudencia del TEDH milita en una línea opuesta a la tipificación general de los delitos de opinión en España, desde la perspectiva de la ponderación de los derechos e intereses protegidos.

Nuestro Código Penal (en adelante, CP) castiga de manera más grave las expresiones que injurian, calumnian o atentan a los titulares de las instituciones del Estado, sean miembros de la familia real (artículos 490 y 491 CP), miembros de las cámaras parlamentarias nacionales o autonómicas (artículo 496 CP), miembros del Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma, Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (artículo 504 CP), que a las personas “privadas”. En la misma línea, merece la pena subrayar que el CP sanciona de manera más grave las injurias o calumnias contra miembros de la familia real “en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas” (“pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son, artículo” 490.3 CP) y cuando la actuación de los miembros de la familia real tenga lugar fuera de tales casos (“con la pena de multa de cuatro a veinte meses”). Aun cuando el umbral de lesión exigido en la aplicación de las normas pudiera corregir esta diferencia (exigiendo para condenar por los artículos que tipifican injurias “institucionales” ataques muy graves), subyace en la tipificación española un mayor desvalor de acto en las injurias y calumnias a instituciones que a ciudadanos, que alguna doctrina ha calificado como “sobreprotección institucional⁴³”.

Como hemos visto, en cambio, la jurisprudencia del TEDH subraya que las limitaciones a la libertad de expresión en el marco del debate político y de las responsabilidades institucionales deben ser de interpretación más restrictiva aún que las limitaciones en contextos en los que los individuos afectados lo son a título particular.

43. Esta sobreprotección institucional ha sido subrayada por la doctrina en sus comentarios sobre las sentencias *Castells*, *Otegi Mondragón* y *Stern Taulats et Roura Capellera*, como D. MARTÍN HERRERA, “¿Serán precisas más condenas del TEDH para dejar de proteger lo (in)defendible en España?”, *Revista chilena de derecho y ciencia Política*, Vol. 9, n.º 1, 2018, pp. 62-64; M. SOTO GARCÍA, “Los límites de la libertad de expresión en el debate político”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 42, 2012, pp. 588-589; E. GÓMEZ CORONA, “El prestigio de las instituciones como límite a la libertad de expresión de los ciudadanos: el caso *Otegi Mondragón c. España*”, *Revista española de derecho administrativo*, n.º 151, 2011, pp. 727-741.

2. EL CONTENIDO DE LAS DECLARACIONES Y LA *EXCEPTIO VERITATIS*

El TEDH ha afirmado de manera constante que el hecho de que las declaraciones sean malsonantes, exageradas, provocativas o en términos que escandalicen o puedan molestar no es por sí un motivo para limitar, restringir o castigar el ejercicio de la libertad de expresión. Una democracia debe tolerar las opiniones, expresiones y divergencias de opinión, más allá del lenguaje utilizado. Es una afirmación constante desde la sentencia *Handyside c. Reino Unido*, que se recoge también en la jurisprudencia que analizamos⁴⁴.

El TEDH distingue claramente dos elementos clave en el contenido de las expresiones formuladas por quien invoca la vulneración de su libertad de expresión a la hora de hacer la ponderación de derechos e intereses en juego. De un lado, la naturaleza pública o restringida de las declaraciones. De otro lado, la posibilidad de utilizar la *exceptio veritatis* por quien alega la libertad de expresión, de manera que toda restricción de la misma quede sin cobertura o justificación.

En primer lugar, para el TEDH tienen distinto valor en la ponderación las declaraciones formuladas en privado o círculos restringidos que las realizadas de manera pública y abierta. En tal sentido, cuando no existe publicidad de las declaraciones, el TEDH refuerza el valor de la libertad de expresión, y es mucho más exigente en el examen de la necesidad y proporcionalidad para aprobar una limitación de la misma. Esta distinción opera particularmente en el ámbito de los conflictos entre libertad de expresión de un particular y derechos de otros particulares como el derecho a la vida privada y de familia recogido por el artículo 8 CEDH, en la mayor parte de las ocasiones asuntos no penales, y que no ponen en juego ninguna justificación de interés público para la restricción. Pero este criterio ha condicionado igualmente su decisión en el asunto *Rodríguez Ravelo*, en el que un abogado incluía declaraciones en sus escritos en un procedimiento, las cuales fueron consideradas por el Fiscal y los tribunales españoles como calumnias. El TEDH consideró, entre otros motivos para ponderar la proporcionalidad de la sanción, el hecho de que no fueran formuladas en audiencia pública sino por escrito, teniendo por ello una “audiencia” o diseminación reducida⁴⁵.

44. *Toranzo Gómez v. Spain*, ECHR 2018, § 56, en referencia a la ausencia de peso en la ponderación del estilo exagerado del escrito origen de la condena; *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, § 54.

45. *Rodríguez Ravelo c. Espagne*, CEDH 2016, § 47.

Por otra parte, el TEDH establece un control más estricto sobre aquellas declaraciones formuladas de manera pública a través de medios de difusión, frente al que realiza sobre las formuladas en conversaciones particulares, en documentos privados, o incluso en –procedimientos judiciales– El TEDH también tiene en consideración, por ejemplo, si las declaraciones son formuladas oralmente –que no pueden ser modificadas o retiradas– o por escrito, lo cual permite una preparación y conciencia sobre sus consecuencias⁴⁶. A pesar de este umbral reforzado, si el ejercicio de la libertad de expresión contribuye a un debate público, el TEDH favorece la libertad de expresión sobre su restricción.

“Otro principio que se ha destacado de forma sistemática en la jurisprudencia del Tribunal es que existe poco margen con arreglo al artículo 10.2 del Convenio respecto a las restricciones sobre expresión política o de debate de cuestiones de interés público⁴⁷”.

Este umbral de protección más elevado para el ejercicio de la libertad de expresión en declaraciones públicas que contribuyen a un debate de interés general quedó claro en el asunto *Stern Taulats et Roura Capellera*. En él, el TEDH consideró la quema de fotografías grandes, situadas en posición invertida, de los Reyes como un acto provocativo destinado a llamar la atención en un debate político sobre la Monarquía⁴⁸.

Como segundo aspecto esencial en el examen del contenido de las declaraciones, el TEDH mantiene una distinción entre la afirmación de hechos y las opiniones, acordando un distinto peso y umbral de ponderación de la *exceptio veritatis* en cada una de estas categorías⁴⁹. Para el tribunal las expresiones de hechos admiten prueba de su verdad. En cambio, las opiniones no la admiten. De todos los asuntos examinados por el TEDH en relación con delitos de opinión en España, el TEDH consideró todos los casos, excepto el primero de ellos, el asunto *Castells*⁵⁰, como opiniones

46. *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, § 54 *in fine*.

47. *“Another principle that has been consistently emphasised in the Court’s case-law is that there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political expression or on debate on questions of public interest”*, *Toranzo Gómez v. Spain*, § 49 (la traducción de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia); *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, CEDH 2018, § 42.

48. *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, CEDH 2018, § 38.

49. *Jiménez Losantos c. Espagne*, CEDH 2016, § 41.

50. *Castells v. Spain*, ECHR 1992, § 48, calificando de forma opuesta al Tribunal Supremo, que consideró la declaración como un juicio de valor. El TEDH consideró que los hechos que servían de base de la alegación no pudieron ser probados por el demandante –no se aplicaba la *exceptio veritatis* a las injurias contra las instituciones en la época–, vulnerando con ello su libertad de expresión.

y no como declaraciones de hechos⁵¹. Para el TEDH exigir la prueba de la verdad respecto de una opinión vacía de contenido la libertad misma de expresión, porque las opiniones no pueden ser probadas. El TEDH ha afirmado que entra dentro del margen de discrecionalidad del Estado la calificación como expresión de hechos o de opiniones⁵², aunque luego veremos como tal afirmación no siempre se sostiene a la luz del reciente caso *Toranzo Gómez*.

No obstante, el TEDH exige que las opiniones –no susceptibles de “prueba de la verdad”– estén basadas en elementos fácticos relevantes⁵³. Ello requiere siempre un análisis de contexto. Pero la demostración de la existencia de esta base fáctica no se equipara a la *exceptio veritatis*, en el sentido de que no recae la carga de la prueba en quien formula las opiniones analizadas. El análisis deben realizarlo los tribunales. Así, en los casos ante el TEDH, este ha tenido en cuenta: la eventual relación entre la opinión cuestionada y el caso judicial en el que se formula⁵⁴; la relación de las declaraciones con los hechos vividos por el autor a manos de los policías a los que acusa de tortura⁵⁵, el carácter provocador de la opinión periodística⁵⁶, la existencia de un debate público sobre la implicación de las fuerzas de seguridad del Estado en casos de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁵⁷.

Por su parte, la compatibilidad de la doctrina del TEDH en relación al contenido de las declaraciones y la *exceptio veritatis* y su regulación en el Código penal español es, cuando menos, difícil.

En la mayor parte de los casos examinados por el TEDH en relación con España y delitos relativos a la libertad de expresión los hechos habían sido calificados por los tribunales internos españoles como delitos de injurias⁵⁸.

51. *Benítez Moriana and Iñigo Fernández v. Spain*, ECHR 2021, § 53; *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, CEDH 2018, § 38, interpretando la quema de fotografías como expresión de una opinión política; *Jiménez Losantos c. Espagne*, CEDH 2016, § 46; *Rodríguez Ravelo c. Espagne*, CEDH 2016, § 46; *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, § 53 segundo párrafo, haciendo referencia a la calificación efectuada en tal sentido por el Tribunal Supremo.

52. *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, § 53.

53. *Benítez Moriana and Iñigo Fernández v. Spain*, ECHR 2021, § 51; *Jiménez Losantos c. Espagne*, CEDH 2016, § 41 *in fine*; *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, § 53.

54. *Benítez Moriana and Iñigo Fernández v. Spain*, ECHR 2021, § 55.

55. *Toranzo Gómez v. Spain*, ECHR 2018, § 58.

56. *Jiménez Losantos c. Espagne*, CEDH 2016, §§ 47-49.

57. *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, § 53.

58. *Benítez Moriana and Iñigo Fernández*, en relación con los arts., 208 y 209 CP; *Stern Taulats et Roura Capellera*, en relación con las injurias a la Corona tipificadas en el art.

La primera de las demandas contra España por vulneración de la libertad de expresión –caso Castells– tuvo como objeto precisamente el alcance restrictivo que la legislación entonces daba a la *exceptio veritatis*. El artículo 461 CP sólo admitía la excepción en relación con las injurias a funcionarios en relación con el ejercicio de sus funciones⁵⁹. El TEDH no consideró que las posibles dudas –doctrinales o jurisprudenciales internas– sobre la aplicación de la *exceptio veritatis* a un caso relativo a injurias a las instituciones del Estado –y no a un funcionario concreto– planteara problemas desde la perspectiva de que existiera una previsión legal al respecto (restricción prevista por la ley), pues consideró que el alcance de la norma en vigor era claro. Sin embargo, consideró que al prohibir probar al autor de las declaraciones su veracidad se vulneró su derecho a la libertad de expresión.

Por ello, el nuevo código penal de 1995 amplió la aplicación de la *exceptio veritatis*, aunque, a nuestro parecer, aún de manera muy limitada. Como causa de exclusión de responsabilidad penal en las imputaciones de hechos (y no de opiniones), opera tan sólo en relación con las declaraciones de hechos “concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas”, respecto de funcionarios públicos (artículo 210 CP), a la Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma (496 CP, párrafo segundo), al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma (artículo 504.1 CP)⁶⁰. Igualmente, el tipo de la calumnia permite la aplicación específica de la *exceptio veritatis* (art. 207 CP).

En el CP actual, la doctrina penal distingue la *exceptio veritatis* y una cláusula relativa al “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio a la verdad” en las declaraciones. Cada una de estas figuras opera en un plano diferente.

490.3 CP; Jiménez Losantos, en relación con el art. 208, 209 y 211 CP; Otegi Mondragon, en relación con las injurias a la Corona tipificadas en el art. 490.3 CP; Castells, en relación con los arts. 161-162 CP anteriormente vigente.

59. En el caso, el Sr. Castells fue condenado en virtud de los artículos 161 y 162 CP (delitos contra los altos Organismos de la Nación) y no por el tipo general de injurias (art. 457-458 CP), en vigor entonces: Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973.
60. “El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas” (la negrita es de la autora).

Así, la cláusula relativa al “*conocimiento de la falsedad o temerario desprecio de la verdad*” no es considerada manifestación de la *exceptio veritatis*, esto es, que permita probar la veracidad de la afirmación. El CP la recoge en el artículo 208 CP, tercer párrafo, sobre injurias⁶¹. Y entendemos que es aplicable también a las injurias a las instituciones al referirse a la tipificación de las injurias graves (artículos 490.3, 496 y 504 CP). Esta formulación no excluye la responsabilidad penal, sino que cualifica como graves las injurias, únicas que son delito (salvo las injurias leves en relación con violencia de género). Opera como parte del tipo subjetivo, en el sentido de requerir que quien emite injuria lo haga sin datos o sin importarle los mismos”, sin que se permita en juicio conforme a jurisprudencia asentada en España demostrar la realidad o no de las afirmaciones.

Esta diferencia entre esta cláusula y la auténtica *exceptio veritatis* en nuestra legislación penal puede derivar del concepto de honor, como bien jurídico protegido en estos delitos tradicionalmente. Si el TEDH analiza la sanción penal como restricción a la libertad de expresión, hay que entender que el Derecho penal interno analiza estos delitos como mecanismos de protección de bienes jurídicos que considera relevantes. Cuando el conflicto es entre libertad de expresión y derechos de un tercero, el bien jurídico protegido es el derecho al honor. En esta línea, se ha establecido una relación de esta cláusula con las distintas percepciones del honor, como bien objetivo (todos tenemos derecho a la misma protección, con independencia de nuestros actos, concepto normativo), y como bien fáctico (debemos ser respetados por nuestros hechos, concepto fáctico)⁶². Esta dualidad de conceptos es la que permitiría a nuestro entender, la exclusión de la *exceptio veritatis* desde la concepción objetiva y, en cambio, la admisión de la misma en los sistemas penales que responden a una cultura de honor subjetivo.

Conforme a todo lo anterior, no nos parece que esta diferenciación de cláusulas del Derecho penal español (*exceptio veritatis* vs. elemento subjetivo de conocimiento de la falsedad y/o temerario desprecio de la verdad), y la restrictiva aplicación de la *exceptio* en el orden penal español, se acomode bien a la jurisprudencia del TEDH. Este tribunal no distinga según el sujeto contra el que se emitan las declaraciones de hechos (como la tipificación española), requiriendo que siempre que se formula

61. “Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con *conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*” (la negrita es de la autora).

62. Por todos, véase C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Tirant, 2000, pp. 63.95, quien considera predominante el concepto objetivo en países como España y el concepto subjetivo en países como Alemania.

una expresión de hechos sea posible la *exceptio veritatis*, y que cuando se formulan opiniones exista al menos una base fáctica que las sustente.

El TEDH ha examinado dos casos contra España en relación con el delito de calumnias⁶³. En el CP español, la calumnia requiere que la imputación de delito sea falsa, por lo que como es obvio, con carácter previo a la condena por calumnias, el imputado puede probar la veracidad de sus afirmaciones en tales casos (artículo 207 CP), lo cual tiene como consecuencia excluir la aplicación del tipo penal. En tal sentido, los casos en los que se condena por calumnias en España deberían ser analizado por el TEDH como una afirmación de hechos (la comisión de un delito), que permite la aplicación de la *exceptio veritatis*. Sin embargo, el TEDH no está obligado por las categorías penales nacionales, aplicando sus pautas interpretativas en un sentido diferente, como lo demuestra el asunto *Toranzo Gómez*.

En este asunto se procesó por calumnias al Sr. Toranzo conforme al artículo 205 CP, al acusar de torturas a los policías que lo desalojaron de la casa ocupada. En los procesos judiciales internos no se consideró que el comportamiento policial fuera tortura, sino un ejercicio de persuasión extrema ante el riesgo de derrumbe del edificio del que debía ser desalojado el demandante⁶⁴. El TEDH, en cambio, consideró que no era necesario determinar si existía o no tortura en sentido legal⁶⁵, hasta el punto de conocer la definición legal de tortura para poder hacer una crítica a las fuerzas policiales. El TEDH sostuvo que:

“imponiendo la obligación de respetar escrupulosamente la definición legal de tortura establecida en el Código Penal español supondría una importante carga para el demandante (así como para el ciudadano medio), socavando de forma desproporcionada su derecho a la libertad de expresión y a criticar públicamente lo que consideraba una actuación desproporcionada por parte de la policía y el maltrato por parte de los bomberos⁶⁶”.

Por ello, consideró que la alegación de tortura debía entenderse como afirmación de un lego y no como una calificación técnico-jurídica de los actos. Por tanto, no se trataba de una expresión de hechos –susceptible de

63. *Toranzo Gómez y Rodríguez Ravelo*, ambos en relación con el art. 205 CP.

64. *Toranzo Gómez v. Spain*, ECHR 2018, §§ 21-22 y 28.

65. *Toranzo Gómez v. Spain*, ECHR 2018, § 54 y nuevamente en § 59.

66. *“imposing an obligation to accurately respect the legal definition of torture set in the Spanish Criminal Code would be imposing a heavy burden on the applicant (as well as on an average citizen), disproportionately undermining his right to freedom of expression and to publicly express criticism on what he considered was a disproportionate action on the part of the police and mistreatment by the fire fighters”*, *Toranzo Gómez v. Spain*, § 65, traducción de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

prueba— sino de una opinión. En relación con las opiniones, como hemos afirmado, el TEDH sostiene que no cabe aplicar la “*exceptio veritatis*”. En cambio, se requiere que exista un elemento de conexión con los hechos y el contexto. En el caso *Toranzo Gómez* consideró que la descripción de la conducta policial efectuada en las declaraciones encajaba con lo que en el proceso se discutió, a saber, una conducta policial que iba más allá de una negociación, pues incluyó la amenaza de uso de gas, del derrumbe de la estructura, e incluso de la coerción, atándolo de mano y pie en una posición que causaba sufrimiento físico. El TEDH consideró que la conducta de la policía causó estrés, miedo y sufrimiento físico y mental al demandante. Por ello, a pesar de que la condena interna por calumnias se justificaba en que no existió tortura, el TEDH juzgó innecesaria la restricción de la libertad de expresión al tratarse de una opinión vertida en relación con los hechos del caso⁶⁷.

En resumen, la jurisprudencia del TEDH plantea ciertos problemas en relación con la consideración de la *exceptio veritatis* aplicable a las injurias, al no considerarla nuestro CP aplicable en todos los casos tipificados como injurias. Además, el TEDH difiere en su apreciación en supuestos de calumnia conforme a la tipificación del Derecho interno español, al considerar que el ciudadano común y medio no tiene por qué conocer el significado técnico jurídico de la terminología específica de las definiciones delictivas incluidas en el Código penal. Y ello le lleva a considerar que algunas expresiones que se asocian a la comisión de tipos delictivos específicos pueden ser examinadas como expresiones de opinión y no como hechos, dejando así sin efecto la aplicación de la *exceptio veritatis*.

3. LA NATURALEZA DE LA SANCIÓN

Aunque no ocurre en los siete asuntos⁶⁸, generalmente el TEDH culmina el análisis de los criterios de necesidad y proporcionalidad con el examen de la sanción penal adoptada en cada caso y su adecuación para garantizar la finalidad que justifica la restricción de la libertad de expresión, sea esta la protección de la reputación y derechos de otros, sea el

67. *Toranzo Gómez v. Spain*, ECHR 2018, §§ 57-59.

68. *Toranzo Gómez v. Spain*, ECHR 2018, § 65. En este asunto, el TEDH no analiza la proporcionalidad de la sanción penal establecida. La condena se basa en la falta de proporcionalidad subyacente al hecho de exigir del acusado (demandante ante el TEDH) el conocimiento técnico del concepto de tortura (fue condenado por calumnias al acusar a los policías de tortura; en el caso concreto no podía probarse la veracidad de la imputación delictiva porque los hechos no se ajustaban a los requerimientos del tipo) en un caso en el que había manifestado su opinión sobre el trato judicial desproporcionado e inadecuado sufrido.

mantenimiento de la independencia judicial o la seguridad pública. Aun cuando la determinación de la pena conlleva un examen de muchas circunstancias particulares, existe una línea argumental clara del TEDH centrada en dos ideas.

En primer lugar, la protección “privilegiada” de la Jefatura del Estado, sean como protección de la institución o como protección personal del individuo que la ocupa, es absolutamente contraria al CEDH. El TEDH se ha ocupado de la cuestión no sólo en relación con España, sino también respecto de Francia y Turquía⁶⁹. En relación con España, siempre se ha tratado de ataques contra la Monarquía como institución y no contra el individuo que la ocupa en un momento dado⁷⁰. En el asunto *Otegi Mondragon*, el TEDH sostuvo que el hecho de que el Rey de España gozara de inmunidad penal no excluye que la responsabilidad de la institución que encarna pueda ser objeto de debate público, argumento –el de la inmunidad– que había sido avanzado en los procesos judiciales internos en España⁷¹.

El TEDH ha afirmado que:

“En materia de ofensas hacia el Jefe de Estado, el Tribunal ha declarado con anterioridad que es contrario al espíritu del Convenio otorgarle una protección incrementada mediante una norma penal especial en relación con ese delito (...). Así, el interés del Estado de proteger la reputación de su propio Jefe de Estado no puede justificar que se le confiera a este un privilegio o una protección especial en relación con el derecho a manifestar las opiniones respecto del mismo”⁷².

En segundo lugar, según la jurisprudencia de Estrasburgo, el recurso al derecho penal frente al ejercicio de la libertad de expresión que pueda amenazar la reputación y derechos de otros o intereses públicos como la independencia judicial o la seguridad es una sanción por sí misma de

69. *Colombani et autres c. France*, no 51279/99, §§ 66-69, CEDH 2002-V, ECLI:CE:ECHR:2002:0625JUD005127999; *Pakdemirli c. Turquie*, no 35839/97, §§ 51-52, CEDH 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0222JUD003583997; *Artun et Güvener c. Turquie*, no 75510/01, § 31, CEDH 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0626JUD007551001.

70. *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, CEDH 2018, § 36; *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, §§ 50 y 55-57.

71. *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, § 56, frente a la posición de la fiscalía en los procesos judiciales internos, como se recoge en § 15.

72. *“En matière d’offense envers un chef d’État, la Cour a déjà déclaré qu’une protection accrue par une loi spéciale en matière d’offense n’est, en principe, pas conforme à l’esprit de la Convention (...). En effet, l’intérêt d’un Etat de protéger la réputation de son propre chef d’Etat ne peut justifier de conférer à ce dernier un privilège ou une protection spéciale vis-à-vis du droit d’informer et d’exprimer des opinions à son sujet”*, *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, CEDH 2018, § 35 (la traducción es nuestra) y en sentido similar en *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, § 55.

gravedad excesiva⁷³, incluso cuando se trata de multa y no de privación de libertad.

El TEDH viene considerando tanto la naturaleza de la sanción –en los casos que analizamos son siempre sanciones penales, aunque a veces se trata de multa y otras, de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35CP)– como su “severidad”, en términos de duración y consecuencias para el sancionado⁷⁴. En este sentido, el TEDH considera que incluso una sanción penal de multa –aunque no conlleve privación de libertad– puede tener un efecto disuasorio en el ejercicio de la libertad de expresión, también llamado efecto de silenciamiento o *chilling effect* por la doctrina⁷⁵. Por ello, las autoridades deben ejercer una cierta autolimitación en el recurso a medidas de naturaleza penal⁷⁶. Junto a ello, el recurso a medidas sustitutivas del impago consistentes en privación de libertad constituye para el TEDH una medida desproporcionada en relación con el objetivo perseguido⁷⁷.

La ausencia de proporcionalidad de la sanción es un argumento determinante cuando existe una opción alternativa a la sanción penal, como puede ser el caso de las sanciones disciplinarias colegiales frente a abogados que traspasan los límites de la libertad de expresión en el foro. A diferencia de otros casos, en el asunto *Rodríguez Ravelo* el TEDH consideró que el comportamiento del abogado entraba en el ámbito de lo sancionable, al realizar un juicio sobre la conducta del juez que no estaba ni probado como hecho ni justificado como opinión sobre los hechos del contexto. Sin embargo, la ausencia de proporcionalidad de la sanción, por existir medidas no penales, bastó para afirmar la existencia de vulneración del artículo 10 CEDH⁷⁸.

73. *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, CEDH 2018, § 42.

74. *Benítez Moriana and Iñigo Fernández v. Spain*, ECHR 2021, § 49; *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, CEDH 2018, § 33; *Jiménez Losantos c. Espagne*, CEDH 2016, § 42.

75. N. CORRAL MARAVER, “Sentencia del TEDH en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España. Reflexiones sobre el delito de injurias a la corona y el derecho a la libertad de expresión política en España”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 34, 2020; S. M.^a MARCHENA GALÁN, “Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n.º 34, 2018, p. 142; D. MARTÍN HERRERA, 2018, *op. cit.* n. 43, p. 47.

76. *Benítez Moriana and Iñigo Fernández v. Spain*, ECHR 2021, § 49; *Rodríguez Ravelo c. Espagne*, CEDH 2016, § 50, incluso si se ha satisfecho y la pena de cárcel sustitutoria no se ha llegado a aplicar; *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, § 58.

77. *Benítez Moriana and Iñigo Fernández v. Spain*, ECHR 2021, §§ 59-60; *Jiménez Losantos c. Espagne*, CEDH 2016, §§ 51-54.

78. *Rodríguez Ravelo c. Espagne*, CEDH 2016, §§ 44 y 48-49.

No obstante, el TEDH puede llegar a aceptar la sanción penal como limitación admisible frente a la libertad de expresión en tres circunstancias: el abuso de derecho (artículo 17 CEDH), el concepto de discurso de odio⁷⁹, y la incitación a la violencia.

En primer lugar, el TEDH ha venido afirmando que cuando el ejercicio de la libertad de expresión supone un abuso de derecho en términos del artículo 17 CEDH la demanda de protección es inadmisibile. El artículo 17 CEDH indica:

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

Este razonamiento ha sido aplicado en relación con conductas que ponían en peligro a juicio del TEDH de forma clara valores propios de la Convención como la promoción y la justificación del terrorismo o de la guerra, la incitación a la violencia, la amenaza a la integridad territorial o al orden constitucional, la promoción de ideologías totalitarias, la incitación al odio racial, étnico, religioso, xenofóbico, homofóbico⁸⁰, superponiéndose en ocasiones con los supuestos que pueden ser analizados bajo el prisma de discurso de odio⁸¹. Al aplicar el artículo 17 CEDH

-
79. Es quizás uno de los aspectos abordados por la jurisprudencia del TEDH en relación con libertad de expresión que más bibliografía ha generado, aunque no siempre se aborda de manera diferenciada el concepto de “discurso del odio” y la tipificación específica del “delito de odio”. A nuestro entender, el TEDH examina el discurso del odio desvinculado de un tipo delictivo específico, como en el caso de España, que ha sido abordado en casos relativos a injurias a la Corona y no como examen específico del artículo 510 CP. En todo caso, a modo ilustrativo, véanse: M. ROIG TORRES, *Delimitación entre libertad de expresión y “discurso del odio. Postura del TEDH, del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal*, Tirant lo Blanch, 2020; J. URÍAS MARTÍNEZ, “La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión”, en L. ALONSO SANZ y V. J. VÁZQUEZ ALONSO (Dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, 2017, Athenaica Ediciones Universitarias, pp. 39-67; Y. ESQUIVEL ALONSO, “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales, Revista mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 35, julio-diciembre 2016; C. QUESADA ALCALÁ, “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n.º 30, 2015.
80. ECHR, Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of abuse of rights, updated on 31 August 2020.
81. Como bien ha señalado C. QUESADA ALCALÁ, “La labor del Tribunal...”, *op. cit.* n.º 79, p. 30, la exclusión del amparo a la libertad de expresión bajo el art. 17 CEDH es

fundamentalmente en fase de admisibilidad, inadmitiendo el recurso, el TEDH viene a convalidar implícitamente la legalidad del ejercicio de la sanción penal por el Estado, puesto que no entra a analizarla, al no hacer un examen de fondo.

El TEDH aplica el artículo 17 CEDH en relación a demandas abusivas de protección en el ejercicio de diversos derechos, como los derechos procesales (artículo 6 CEDH), la no discriminación (artículo 14 CEDH), el derecho a no ser torturado o tratado de manera cruel, inhumana o degradante (artículo 3 CEDH), o la vida privada y de familia (artículo 8 CEDH). Los casos relativos a libertad de expresión e inadmisión sobre la base de abuso de derecho son también numerosos, pero menos que los ya citados. En concreto, no existe ninguna decisión de (in)admisibilidad en relación con España relativa al artículo 17 CEDH relacionada con el artículo 10 CEDH, sobre libertad de expresión⁸².

En aquellos casos en los que el TEDH ha considerado complejo ponderar si el demandante (quien fuera condenado por un delito de opinión internamente) abusó de su derecho al intentar con sus declaraciones destruir los derechos de otros y dicha ponderación se entrecruza con el test de necesidad de la interferencia llevada a cabo por el Estado (en el caso, la condena penal del acusado por ello), el examen de la alegación relativa al artículo 17 CEDH se realiza en la fase de fondo en relación al derecho que se invoca⁸³. En los casos que analizamos nos encontramos con esta situación en el asunto *Stern Taulats and Roura Capellera*. No obstante, el TEDH estimó que incluir las conductas castigadas penalmente en el caso en la excepción de abuso de derecho restringiría en exceso el pluralismo y tolerancia necesarios en una sociedad democrática⁸⁴, por lo que no aplicó el artículo 17 CEDH ni en la fase de admisibilidad ni en la de fondo.

una figura más amplia que bajo la construcción de la noción de “discurso de odio” como límite intrínseco al art. 10 CEDH.

82. Tan sólo existen dos decisiones de (in)admisibilidad frente a España basadas en el art. 17 CEDH. En ambas es el demandante quien invoca el abuso de derecho en relación a la conducta del Estado, y no al revés, considerando el Tribunal o la Comisión la alegación infundada: *K.A.B. c. Espagne*, no 59819/08, CEDH 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0427DEC005981908, *Torres Lorente contre l'Espagne*, N.º 35170/97, ComEDH 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:0910DEC003517097. En un caso el art. 17 fue invocado por el demandante, pero la Comisión se centró en la falta de legitimación para desestimar el asunto *Ayuntamiento de M. contre Espagne*, No 15090/89, ComEDH 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:0107DEC001509089.
83. ECHR, *Guide on Article 17*, op. cit. n. 80, para. 69.
84. *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, CEDH 2018, §§ 41-42. Y sobre ello, M. Á. PRESNO LINERA, op. cit. n. 39, p. 546.

En segundo lugar, el TEDH recurre a la categoría de discurso de odio – que no delito de odio⁸⁵– para ampliar el margen de apreciación del Estado en el ejercicio de su poder sancionador. Esta categoría es abordada por el TEDH en el análisis de fondo de los casos, y sólo se aplica en relación a la libertad de expresión (artículo 10 CEDH).

Las referencias del TEDH para la aplicación de esta justificación de la sanción penal no exigen que el caso analizado se encuentre castigado como delito de odio en el Derecho interno⁸⁶. Para el TEDH el discurso de odio es aquel que denigra los valores del CEDH y, al menos en una primera etapa de su jurisprudencia, el que persigue la incitación a la violencia. En su elaboración conceptual utiliza como referentes del discurso de odio los propios textos aprobados en el seno del Consejo de Europa desde final del siglo pasado⁸⁷. En ocasiones, invoca también como parte del Derecho internacional aplicable a un caso, si procede porque el Estado demandante sea miembro de la UE, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal⁸⁸.

-
85. Específicamente sobre estas categorías, su relación y una cierta confusión entre ellas en algunos casos, a nuestro juicio, pueden verse M. A. LIÑÁN GARCÍA, “La decisiva influencia de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la reciente configuración de los “delitos de odio” en España”, en C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, M. FERNANDA PALMA y O. GARCÍA PÉREZ (Dir.), *La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el Derecho Interno*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 359-374; R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El Discurso del Odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; A. DE PABLO SERRANO y P. TAPIA BALLESTEROS, “Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal”, *Diario La Ley*, n.º 8911, 2017.
86. Sobre los matices de una y otra expresión y figuras, véase C. QUESADA ALCALÁ, “La labor del Tribunal...”, *op. cit.* n. 79.
87. Recommendation No. R 97(20) of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on “hate speech”, 30 October 1997; General Policy Recommendation No. 7 of the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) on national legislation to combat racism and racial discrimination, 13 December 2002; Recommendation 1805 (2007) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on “blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion”, 29 June 2007; Study no. 406/2006 of the Venice Commission, “Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred”, doc. CDL-AD(2008)026, 23 October 2008; Manual on hate speech; Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009. - Issue discussion paper by the Council of Europe Commissioner for Human Rights on “Ethical journalism and human rights”, doc. CommDH (2011)40, 8 November 2011.
88. Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, *DO L 328 de 6.12.2008*, p. 55/58, citada por ejemplo en el

No obstante, es muy importante subrayar que esta categoría jurídica aplicada por la jurisprudencia del TEDH no se corresponde con un tipo penal específico. Su aplicación se da al margen de que la sanción aplicada en el Estado demandado ante el TEDH sea un “delito de odio” a través de la emisión de opiniones. En los casos contra España que hemos analizado, la categoría de discurso del odio ha sido invocada en relación con dos asuntos, sin que ninguno de ellos en el ámbito interno hubiera girado en torno al artículo 510 CP. De hecho, ninguno de los casos de aplicación en España del tipo delictivo del artículo 510 CP ha llegado al tribunal de Estrasburgo en relación con la protección de la libertad de expresión.

Inicialmente, este concepto de “discurso” de odio fue invocado en el caso *Otegi Mondragon* por el Gobierno de España. Sin embargo, en 2011 el TEDH consideró que el caso no entraba en la categoría de discurso de odio porque no incitaba a la violencia, elemento clave a su entender⁸⁹.

Posteriormente, en 2018, en el caso *Stern Taulats et Roura Capellera*, se repitió la invocación y discusión de esta categoría⁹⁰. En este asunto asistimos a una evolución conceptual del TEDH, que desvincula ya el concepto de “discurso del odio” de la necesidad de la incitación a la violencia. Así, afirma en este caso que en el marco del debate político sólo se justifica la imposición de penas de prisión en los casos de discurso del odio o de incitación a la violencia, como problemas alternativos:

asunto Perinçek v. Switzerland, no. 27510/08, ECHR 2015 [GC], ECLI:CE:ECHR:2015-1015JUD0027510008. Sobre el impacto de la jurisprudencia del TEDH en la libertad de expresión conforme a la Carta de Derechos Fundamentales en la UE a partir de la jurisprudencia del caso *Stern Taulats et Roura Capellera* puede verse A. AL HANANI MATORANO, 2019, pp. 1323-1338. En general sobre la cuestión de la interacción entre las organizaciones europeas en relación con este concepto pueden verse D. GONZÁLEZ HERRERA, “Libertad de expresión y discurso de odio en Europa: protegiendo a las minorías en tiempos de posverdad”, en N. Rodríguez García, A. Carrizo González-Castell, F. J. Leturia Infante (Coords.), *Justicia penal pública y medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 549-573; y, muy especialmente, C. QUE-SADA ALCALÁ, “La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de crímenes de odio, sus repercusiones en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 36, 2015, 51 páginas; XX Sobre la influencia de distintos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en la génesis de la noción, véase D. MARTÍN HERRERA, “Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 62, n.º 2, 2014, pp. 21-23.

89. *Otegi Mondragon v. Spain*, ECHR 2011, § 15 frente a §§ 54 y 59-60.

90. *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, CEDH 2018: para las alegaciones en procedimiento interno y del gobierno ante el TEDH, §§ 14, 21-22, 26 y 28; la argumentación del TEDH, en §§ 33-34 con carácter general y, §§ 37, 40 aplicado al caso.

“Así, para determinar si la injerencia de las autoridades públicas en el derecho a la libertad de expresión es «necesaria en una sociedad democrática», el Tribunal ha subrayado que una pena de prisión por una infracción cometida en el marco del debate político sólo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales y ha indicado que el hecho esencial a tener en cuenta si el discurso incita al uso de la violencia o constituye discurso de odio⁹¹”.

El TEDH procedió a analizar ambos conceptos en su sentencia de 2018. De un lado, negó que concurriera incitación a la violencia (§ 40), considerando que los incidentes violentos posteriores fueron originados por las detenciones posteriores a la quema de retratos y no por los actos de expresión en sí mismos. De otro, al examinar si los actos podían ser calificados como discurso de odio, vinculó su análisis a lo ya examinado en relación al artículo 17 CEDH (atentando contra los valores de la Convención), y consideró que no debía ampliarse tanto el concepto de discurso del odio como para incluir los hechos del caso (§ 41).

III. DE LA VIOLACIÓN A LA REPARACIÓN: ¿SITUACIONES INDIVIDUALES O PROBLEMA ESTRUCTURAL?

El conjunto de casos en los que el TEDH ha condenado a España por excesos en la sanción penal del ejercicio del derecho a opinar es aparentemente pequeño y se concentra en la última década. Dejando aparte el asunto *Castells*, desde la sentencia *Otegi Mondragón* (2011) hasta la más reciente en *Benítez Moriana and Iñigo Fernández* (2021) han pasado once años tan sólo. El período de decisiones judiciales nacionales de estos casos cubre un período que se inicia con los hechos del caso *Otegi Mondragón* en 2003. No obstante, estas sentencias del TEDH son sólo la punta del iceberg de un problema

91. *“Ainsi, pour déterminer si l’ingérence des autorités publiques dans le droit à la liberté d’expression est «nécessaire, dans une société démocratique», la Cour a souligné qu’une peine d’emprisonnement infligée pour une infraction commise dans le cadre du débat politique n’est compatible avec la liberté d’expression que dans des circonstances exceptionnelles et que l’élément essentiel à prendre en considération est le fait que le discours exhorte à l’usage de la violence ou qu’il constitue un discours de haine”, Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne, § 34 (la traducción es nuestra). N. CORRAL MARAVER (op. cit. n. 75) subraya además la lasitud interpretativa de los tribunales españoles en relación con el “discurso del odio”, aplicándolo fuera del tipo específico del art. 510 CP y de otros tipo cercanos al problema como “sin ánimo de exhaustividad, el delito de ofensas a los sentimientos religiosos (artículo 524 CP), el delito de ultrajes a España (artículo 543 CP), el delito enaltecimiento del terrorismo (artículo 578 CP)”.* En sentido similar, S. M.^a MARCHENA GALÁN, *op. cit.* n. 75, pp. 144-145, en relación al TC y pp. 155-156 en relación al TEDH; M. Á. PRESNO LINERA, *op. cit.* n. 39, pp. 546-548.

más amplio y complejo ante los tribunales nacionales⁹², como parece poner de manifiesto la carta de la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa enviada el 11 de marzo de 2021 al Ministro de Justicia⁹³.

El valor de este conjunto de siete sentencias frente a España en relación con delitos de opinión es más complejo y amplio que la resolución individual en cada caso. El análisis de las sentencias debe prolongarse con lo que llamamos fase de ejecución de las sentencias del TEDH. Esta fase nos permite entender la jurisprudencia del TEDH, y los remedios asociados a la misma, como una herramienta que, junto a la dimensión de reparación individual, pretende lograr el objetivo general de que el Estado respete y haga respetar los derechos garantizados en el CEDH como deber primario y sin necesidad de revisión de cada acto del mismo, muy particularmente otorgando garantías de no repetición.

1. EL MODELO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DEL TEDH

Las sentencias del TEDH son meramente declarativas de la existencia de una violación y, en su caso, reconocimiento de una indemnización, conforme a lo establecido en el artículo 41 CEDH:

“Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

Ello no priva a las sentencias de su carácter jurídicamente vinculante para el Estado demandado, como establece con claridad el artículo 46.1 CEDH:

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”.

92. Entre 2004 y 2020, se pueden identificar 128 condenas por delitos de expresión a partir de CENDOJ, de los que 122 en relación con enaltecimiento del terrorismo, y otros seis por injurias a la Corona, a las instituciones del Estado y ofensas a los sentimientos religiosos. Véase T. García, “Las 128 condenas a cárcel por delitos de expresión que nos podríamos haber ahorrado”, El salto, 21 de febrero de 2021. El dato no implica que en todos los casos hubiera necesariamente un ejercicio de la sanción penal contrario al CEDH por parte de España. Es indicativo tan sólo de la frecuencia en el recurso a y condena por estos tipos delictivos frente a la libertad de opinión. Cfr. con los datos del tercer Plan de Acción para la ejecución de la sentencia *Rodríguez Ravelo* (como *leading case*, y los *repetitive cases* asociados, *Jiménez Losantos y Toranzo Gómez*), que ofrece datos del periodo 2016-2019, en 1377th meeting (June 2020) (DH) - Action report (18/05/2020) - Communication from Spain concerning the cases of *Toranzo Gomez v. Spain* (Application No. 26922/14), *RODRIGUEZ RAVELO v. Spain* (Application No. 48074/10) and *JIMÉNEZ LOSANTOS v. Spain* (Application No. 53421/10) [anglais uniquement] [DH-DD(2020)438].

93. *Vid. supra* n. 11.

En principio y salvo evolución en las llamadas sentencias piloto o indicaciones de cumplimiento conforme al artículo 46 CEDH, el TEDH no entra a determinar otras medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del CEDH en el futuro, en relación con supuestos similares que pudieran producirse. La obligación de garantizar el respeto a la CEDH exige del Estado que, más allá de la reparación individual, asegure medidas para la no repetición de la situación, que pueden ser muy variadas (reforma legislativa, formación de funcionarios públicos, ...), dejando al Derecho interno la definición esos otros medios necesarios de reparación.

El sistema de ejecución de sentencias del TEDH es fruto de un “diálogo” entre el Estado y el Comité de Ministros del Consejo de Europa –órgano político–. El modelo de ejecución actual es una evolución del que iniciara en 1976, cuando el Comité de Ministros adoptó las primeras reglas en la cuestión. La Asamblea Parlamentaria había propuesto en 1972 la celebración de un acuerdo internacional específico sobre ejecución, que fue descartado. El Comité de Ministros escogió desarrollar pautas internas, sin someterlo a un nuevo requerimiento de acuerdo interestatal, dada la competencia que le atribuía el artículo 54, en la versión original del Convenio⁹⁴. Las reformas del sistema de ejecución iniciadas en 2004 culminaron en 2011 con la puesta en marcha de un nuevo proceso de ejecución, caracterizado por definir dos vías –*twin tracks*– según criterios de relevancia de los asuntos, en el marco del Acuerdo y Plan de Acción de Interlaken, modelo de ejecución que ha sido modificado sucesivas veces hasta la actualidad⁹⁵.

El peso del procedimiento de ejecución corresponde al Departamento para la Ejecución de Sentencias del TEDH, que depende de la Dirección General de Derechos Humanos y Estado de Derecho del Consejo de Europa. Está integrada por personas a título independiente y asesora y asiste

94. “Article 54. The judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers which shall supervise its execution”, en versión inicial del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950.

95. Para el procedimiento en la actualidad pueden consultarse: Procedure and working methods for the Committee of Ministers’ Human Rights meetings, Rapporteur Group on Human Rights, 30 March 2016; Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements (adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at its 964th meeting and amended on 18 January 2017 at its 1275th meeting). Doctrinalmente, puede verse S. SALINAS ALCEGA, “El nuevo procedimiento de control de la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el proceso de Interlaken: la evolución técnica de un mecanismo político”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 36, 2015.

al Consejo de Ministros, dando apoyo a los Estados para la ejecución. El Comité de Ministros se reúne generalmente 4 veces al año para tratar la ejecución de las sentencias, haciendo un seguimiento de los casos ordinarios y discutiendo y formulando planes concretos para los casos más complejos⁹⁶.

El sistema de doble vía permite distinguir un procedimiento estándar aplicable a la mayoría de las sentencias y un procedimiento reforzado, para aquellos casos que, bien requieren medidas individuales urgentes, bien han concluido mediante sentencia piloto o bien abordan problemas estructurales importantes. A ellos se suman las sentencias de casos interestatales (que son escasas) y aquellas sentencias respecto de las que un Estado miembro del Consejo de Europa o la Secretaría soliciten la inclusión en la vía reforzada de ejecución. Esta forma de ejecución comporta un seguimiento más activo sobre el cumplimiento del Estado.

Generalmente la ejecución de sentencias del TEDH comporta dos tipos de medidas por parte del Estado, bien conocidas en el Derecho internacional, la reparación y las garantías de no repetición. La reparación se suele identificar con las medidas individuales en relación con el demandante de cada caso; las garantías de no repetición son medidas generales destinadas a evitar la reiteración de la violación, cuando la misma deriva, particularmente, de la existencia de normas o pautas reiteradas de aplicación de las mismas que pueden generar nuevos casos de vulneración análogos. El Estado demandado y respecto del que se declara una violación tiene un plazo de 3 meses para la indemnización, en caso de que sea la vía de satisfacción individual, y un plazo de 6 meses para presentar un

96. Este es un tema que ha suscitado el interés de la doctrina por lo que puede verse la evolución del sistema con unas pocas obras de distintos períodos: NIÑO ESTÉBANEZ, Roberto, *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España. El procedimiento de revisión*, Tirant lo Blanch, 2019; C. ARANGÜENA FANEGO, "Mecanismos internos para la ejecución de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos", en *Derecho y proceso: liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, vol.1, 2018, pp. 247-274; C. ARANGÜENA FANEGO, "Revisión penal y ejecución de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos", en C. ARANGÜENA FANEGO y A. J. SÁNCHEZ MORÁN (Coords.), *La reforma de la justicia penal*, Lex Nova, 2008, pp. 338-385; S. RIPOL CARULLA, *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 jurídico español*, Atelier; 2007; C. RUIZ MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Tecnos; 1997; A. SORIA JIMÉNEZ, "Algunas reflexiones en torno a la ejecución de las Sentencias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Anuario español de derecho internacional*, n.º 11, 1995, pp. 327-352; J. M. MORENILLA RODRÍGUEZ, "La ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Poder Judicial*, n.º 15, 1989, pp. 53-92.

Plan de Acción en relación con otras medidas individuales necesarias (por ejemplo, revisión de una condena penal o proceso judicial cualquiera) así como en relación con medidas generales como garantías de no repetición.

Para ello, el Comité de Ministros califica los casos al iniciarse la fase de cumplimiento de sentencia como casos aislados (*isolated case*) o casos repetitivos (*repetitive cases*). Estos últimos responden a una reiteración de situaciones que suscitan condenas respecto de un Estado. Cuando identifica un grupo de casos repetitivos, el TEDH suele fijar el que considera caso ejemplar (*leading case*), de manera que las medidas de ejecución que se adoptan en tal caso como garantías de repetición resuelven también los casos repetitivos asociados al mismo. Puede darse el caso de que el Comité de Ministros califique como *leading case* un caso sin asociarle otros casos reiterados ya existentes, en previsión de que el origen y contexto de la violación permitan deducir razonablemente que pueden existir casos posteriores asociados al mismo.

2. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS SOBRE DELITOS DE OPINIÓN CONTRA ESPAÑA: UNA PRUEBA DIAGNÓSTICA

En este análisis sobre ejecución de las sentencias dictadas contra España por delitos de opinión debemos excluir el asunto *Benítez Moriana and Iñigo Fernández*. En tanto en cuanto la sentencia de 9 de marzo de 2021 no es firme y definitiva en la fecha en que se escriben estas páginas, no puede iniciarse aún el cómputo de los plazos para su ejecución⁹⁷.

En el conjunto restante de sentencias contra España por delitos de opinión no encontramos ningún caso calificado como aislado por el Comité de Ministros. Esta consideración inicial muestra ya que este órgano interministerial considera que existe un problema de naturaleza reiterada y repetitiva en España en relación con los delitos de opinión.

De los seis casos restantes, el TEDH ha considerado como casos ejemplares (*leading cases*) tres de ellos, sin que tengan casos reiterados asociados, en concreto los asuntos *Stern Taulats et Roura Capellera*, *Otegi Mondragon* y

97. Las sentencias de sala devienen firmes y definitivas, conforme al art. 44.2 CEDH, cuando "a) las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala; o b) no haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala tres meses después de la fecha de la sentencia; o c) el colegio de la Gran Sala rechace la solicitud de remisión formulada en aplicación del artículo 43". Cualquiera de las partes, Estado o demandante, puede solicitar la revisión del asunto por la Gran Sala "si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general", en el plazo de tres meses desde la sentencia conforme al art. 43 CEDH.

Castells. Los otros tres casos han sido unidos en un proceso de ejecución, en el que el asunto más antiguo, *Rodríguez Ravelo*, ha sido considerado *leading case* y los asuntos *Toranzo Gómez* y *Jiménez Losantos*, casos repetitivos. Es necesario recordar ahora que los tres asuntos acumulados derivaron de procesos penales por injurias (*Jiménez Losantos*) y calumnias (*Rodríguez Ravelo* y *Toranzo Gómez*) “ordinarias” (artículos 205 a 211 CP). En cambio, los asuntos *Stern Taulats et Roura Capellera* y *Otegi Mondragon* giraban sobre el tipo penal especial de injurias a la Corona (artículo 490.3 CP). *El asunto Castells* estaba relacionado con la admisión de la *exceptio veritatis* en el delito de injurias contra las instituciones. Ninguna de las sentencias contra España ha sido canalizada hacia la modalidad reforzada de ejecución creada en 2011. Todas ellas han seguido el procedimiento estándar, por lo que a los ojos del Comité de Ministros no se trata de problemas que requieran medidas urgentes. Y aun cuando la clasificación como *leading cases* es indicativa de la existencia de un problema estructural, no conlleva en las circunstancias del problema la suficiente gravedad para determinar la aplicación de un proceso de ejecución reforzado.

Del conjunto de casos analizados en este trabajo, dos casos han visto concluir la fase de ejecución (asuntos *Castells* y *Otegi Mondragón*), por lo que iniciaremos el examen de la ejecución por ellos.

En el asunto *Castells*, el TEDH estableció que la sentencia misma de 23 de abril de 1992 era reparación moral suficiente, a lo que añadió la obligación del Estado de compensar al demandante por las costas y gastos por un total de tres millones de pesetas. El Comité de Ministros comprobó que España había satisfecho la citada indemnización en tiempo y forma. En paralelo, España trasladó al Comité de Ministros su compromiso en relación con la aceptación por parte del Tribunal Supremo de la aplicación de la *exceptio veritatis* en los procedimientos por injurias, que latía en el fondo de la condena. Ello, a ojos del Gobierno de España, eliminaba el riesgo de violaciones análogas futuras. El Comité de Ministros aceptó esta medida, sin reforma legislativa alguna y como mero compromiso de política judicial por el Tribunal Supremo, como garantía suficiente de no repetición y cerró la fase de ejecución el 6 de junio de 1995⁹⁸. Es bien cierto que, con posterioridad, el Código Penal de 1995 amplió la aplicación de la *exceptio veritatis*, como hemos visto supra, aún entonces con carácter muy limitado.

En el asunto *Otegi Mondragón*, decidido mediante sentencia de 15 de marzo de 2011, el TEDH estableció que el Estado debía abonar al demandante 23.000 euros en concepto de satisfacción equitativa por los daños

98. *Affaire Castells contre L'Espagne [Dh (95) 93]*.

materiales y el perjuicio moral. El gobierno de España comunicó el 2 de agosto de 2012 al Comité de Ministros su Plan de Acción inicial⁹⁹. Este fue seguido por otros tres más, de 14 de noviembre de 2014¹⁰⁰, de 21 de noviembre de 2016¹⁰¹ y 29 de junio de 2017¹⁰², antes de que el Comité de Ministros cerrara la fase de ejecución mediante una decisión de 6 de septiembre de 2017¹⁰³.

En el primer Plan de Acción el Gobierno de España dio cuenta del pago de la indemnización el 5 de marzo de 2012 mediante consignación, dado que el demandante no había facilitado sus datos bancarios a pesar de haber sido requerido para ello en diversas ocasiones. Una vez recibidos los datos bancarios, se efectuó la transferencia final en fecha 16 de abril de 2012 (como indica el segundo Plan de Acción de 2014). Asimismo, en 2012 el Gobierno de España puso de manifiesto que la condena penal había sido suspendida y no ejecutada, aun cuando el demandante estaba en prisión por una detención preventiva en el marco de una investigación por otros hechos delictivos. En 2014 informó de que los antecedentes penales por esta causa habían sido eliminados mediante decisión administrativa, de 12 de septiembre de 2013.

En relación con las medidas generales, inicialmente, el Gobierno planteó la publicidad y diseminación de la sentencia tanto con carácter general (a través del BOE y de la página del Ministerio de Justicia) como específicamente entre el poder judicial y la fiscalía como medio para evitar la repetición, en el sentido de procurar que los jueces no acordaran una mayor protección al Jefe del Estado que a los demás ciudadanos. Sin embargo, en ningún momento planteó la reforma de la legislación penal que establecía, de entrada, esa diferenciación en la consideración penal de los delitos de opinión contra el Jefe del Estado. Por tanto, la viabilidad de la medida como garantía de no reparación era escasa. En 2014 y en 2016, en sus subsiguientes planes de acción el Gobierno afirmó que no podía decirse que

99. Plan d'action - Communication de l'Espagne relative à l'affaire Otegi Mondragón contre Espagne (requête n.º 2034/07) [French only] [DH-DD(2012)678].

100. 1214 meeting (2-4 December 2014) (DH) - Action report (28/10/2014) - Communication from Spain concerning the case of Otegi Mondragon against Spain (Application No. 2034/07) [Anglais uniquement] [DH-DD(2014)1360].

101. 1273 meeting (6-8 December 2016) (DH) - Updated action report (04/11/2016) - Communication from Spain concerning the case of Otegi Mondragón against Spain (Application No. 2034/07) – Appendices are available from the Secretariat on request [Anglais uniquement] [DH-DD(2016)1287].

102. 1294th meeting (September 2017) (DH) - Action report (28/06/2017) - Communication from Spain concerning the case of Otegi Mondragon v. Spain (Application No. 2034/07) [Anglais uniquement] [DH-DD(2017)763].

103. Case of Otegi Mondragon against Spain [CM/ResDH(2017)251].

conforme a la STEDH existiera un problema sistemático con la legislación española (en la memoria de 2014 se hace referencia expresa a la “ausencia de discurso de odio o incitación de violencia en el caso), y que no existía ninguna nueva condena por el mismo delito desde 2012 por el Tribunal Supremo. El Plan de Acción de 2016 añadió que la Audiencia Nacional había cerrado dos investigaciones en relación con el mismo delito, de un lado en el caso de un cantante de rap y de otro, en el caso de insultos proferidos en el Camp Nou durante la celebración de la Final de la Copa del Rey de fútbol, siguiendo la línea de la sentencia del TEDH.

No obstante lo anterior, el Plan de Acción de 2014 reconoció la existencia de una nueva demanda ante el TEDH por un delito análogo, en concreto, el asunto *Stern Taulats et Roura Capellera*, de hechos que se retrotraían a 2007, habiendo sido juzgados en sede interna en 2008 (sentencia de la Audiencia Nacional) y 2015 (recurso de amparo desestimado mediante sentencia del Tribunal Constitucional). El Gobierno sostuvo que la decisión del TC estuvo alineada con los parámetros utilizados por el TEDH, reproduciendo en el Plan de Acción páginas completas de la STC (que luego serían contradichas por el propio TEDH en la sentencia *Stern Taulats et Roura Capellera*).

Por último, en el Plan de Acción de 2017, el Gobierno sostendrá una posición más rotunda aún en relación con su manera de interpretar el pronunciamiento del TEDH en la sentencia *Otegi Mondragón*: el gobierno no hace referencia alguna al rechazo del TEDH a los tipos delictivos específicos de injurias a la Corona. El gobierno se reafirma en la idea de que la condena se basaba exclusivamente en la falta de proporcionalidad de la sanción, dado que la opinión expresada no podía ser calificada como discurso de odio o incitación a la violencia. Por tanto, para el Gobierno basta con un alineamiento de los jueces y tribunales en su interpretación conforme a las líneas marcadas por el TEDH, dado que el tipo penal de injurias a la Corona no es de invocación frecuente en la jurisprudencia. El Plan de Acción constata que en 2017 el TS seguía sin haber aplicado este tipo penal en caso alguno, mientras que la AN, aplicando los criterios del TEDH, había sobreseído un caso y confirmado en apelación esa decisión. En relación con el asunto *Stern Taulats et Roura Capellera*, pendiente en el momento todavía ante el TEDH, consideraba que concurría el elemento de “incitación al odio y a la violencia”, que dotaba de justificación y proporcionalidad la pena decidida en el ámbito de la justicia nacional.

El Comité de Ministros cerró la ejecución de la STEDH *Otegi Mondragón* el 15 de septiembre de 2017 (3 meses después del último Plan de Acción),

dando por buenas las medidas generales así descritas. Nuevamente cerraba un asunto “en falso”, dado que el Comité de Ministros se satisfizo con la idea de la “flexibilidad judicial”, los criterios de interpretación restrictivos en la aplicación del tipo de injurias a la Corona, como forma de garantizar la no repetición.

Evidentemente, y por conexión, es necesario abordar a continuación el proceso de ejecución de la STEDH, de 13 de marzo de 2018, en el asunto *Stern Taulats et Roura Capellera*. El Plan de Acción del Gobierno de España fue comunicado el 14 de febrero de 2019 y examinado en la reunión de marzo de 2019 por el Comité de Ministros¹⁰⁴. Un segundo Plan fue presentado el 7 de septiembre de 2020 y examinado en septiembre de 2020¹⁰⁵, sin que el Consejo de Ministros haya aún adoptado ninguna decisión final sobre el proceso de ejecución.

En este caso, la sentencia del TEDH había establecido una indemnización de 2.700€ para cada uno de los demandantes y el pago de las costas y gastos para el conjunto del proceso. El Gobierno, con un pequeño retraso que supuso el pago de intereses de demora, satisfizo los pagos el 30 de diciembre de 2018 (mes y medio después de la fecha debida).

Desde la perspectiva de las medidas generales, el Gobierno de España planteó en su Primer Plan de Acción (2019) por primera vez –aunque de manera vaga– la necesidad de discutir las diversas formas posibles de ejecutar la sentencia, lo cual parece llamar a una modificación legislativa:

“Las autoridades nacionales (...) están estudiando actualmente las diferentes formas en que la sentencia puede ser cumplida de manera adecuada¹⁰⁶”.

A la par detallaba la formación que se estaba impartiendo a jueces y fiscales sobre discurso de odio y la investigación y persecución penal de tales conductas con especial referencia a la jurisprudencia del TEDH en la materia, aunque como hemos visto el TEDH descartaba la aplicación de esa categoría al caso. En el segundo Plan de Acción (2020) amplió esta información para reseñar la participación de jueces españoles en el programa HELP (*European Programme for Human Rights Education for Legal Professionals*).

104. 1340th meeting (March 2019) (DH) - Action plan (14/02/2019) - Communication from Spain concerning the case of Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain (Application No. 51168/15) [Anglais uniquement] [DH-DD(2019)189].

105. 1383rd meeting (29 September-1 October 2020) (DH) - Action plan (07/09/2020) - Communication from Spain concerning the case of Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain (Application No. 51168/15) [anglais uniquement] [DH-DD(2020)785].

106. *“The national authorities (...) are currently studying the various ways in which it [the judgment] may be properly enforced”*, en el original. La traducción es nuestra.

En ese segundo Plan de Acción en el caso *Stern Taulats et Roura Capellera*, además de lo anterior, se explicó el régimen de medidas de sustitución de penas de multa por días de detención. El objetivo de la explicación era intentar dejar claro que no se trata de una pena de prisión por deudas y que puede ser sustituida a su vez por otras formas de cumplimiento alternativo como el servicio a la comunidad a voluntad del condenado. Además, se introdujo la idea de que se había iniciado a nivel político la discusión de una posible intervención legislativa para modificar la tipificación de los delitos de opinión en relación con la Corona. En todo caso, se aseguraba que se habían modificado los criterios de persecución de este delito por parte de la Fiscalía, para evitar de esta manera que los tribunales tuvieran que aplicar este tipo delictivo. En todo caso, informó de la existencia de varias sentencias en cuya fundamentación jurídica se citaba el asunto *Stern Taulats et Roura Capellera*. No obstante, no hay que dejarse llevar por la falsa impresión que parece trasladar el informe citando tales casos. Los tribunales y sentencias citadas en el Plan de Acción no necesariamente han incorporado y aplicado una visión más acorde a la jurisprudencia del TEDH¹⁰⁷, pues no hubo anulación o reducción de las condenas por el TS frente a las penas impuestas en instancia por delitos de injurias contra la Corona.

En concreto, este segundo Plan de Acción se refiere a la sentencia de condena de Pablo Hássel en la Audiencia Nacional¹⁰⁸ y al recurso de casación posterior ante el TS¹⁰⁹. El Plan de Acción presenta este caso como uno de cumplimiento y aplicación de la jurisprudencia del TEDH. La AN confirmó la condena de P. Hasel por “injurias y calumnias contra la Corona y utilización de la imagen del Rey, la pena de DOCE MESES de multa con una cuota diaria de 30 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses”, y modificó la pena por “injurias y calumnias contra las Instituciones del Estado”, que pasa de “multa de quince meses, con una cuota diaria de 30 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 7 meses y 15 días” a una pena de “9 meses y 1 día de prisión y una multa de 168 días, con cuota diaria de 30 euros y responsabilidad subsidiaria, para caso de impago, de 84 días de privación de libertad”,

107. Cuestión poco novedosa, como ha señalado la doctrina. La propia sentencia Castells tardó en ser recogida por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia y no siempre atendiendo a sus planteamientos esenciales con rigor, en J. URÍAS MARTÍNEZ, “Castells C. España (STEDH de 26 de abril de 1992): la libertad de crítica política veraz”, en R. ALCÁCER GUIRAO, M. BELADÍEZ ROJO, J. M. SÁNCHEZ TOMÁS (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, 2013, pp. 573-574.

108. SAN 3337/2018, de 14 de septiembre de 2018, ECLI:ES:AN:2018:3337.

109. STS 1298/2020, de 7 de abril de 2020, ECLI:ES:TS:2020:1298.

esto es, agravando finalmente la pena del condenado por el segundo delito. El Tribunal Supremo, por su parte, desestimó la casación interpuesta abordando en el fundamento jurídico tercero lo relativo a las injurias y calumnias a la Corona. El rapero anunció en abril de 2021 que acudiría al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sin duda, este asunto tendrá un doble interés. En primer lugar, podremos volver a escuchar al TEDH argumentar sobre la especial protección a la Corona en relación a los delitos de opinión y todos los temas que hemos ido abordando: expresión de hechos v. opiniones y sus límites, conflicto con la protección de los derechos individuales –honra y dignidad del Rey como persona– y protección del orden institucional– la Corona como Jefatura del Estado. Y, en segundo lugar, el TEDH tendrá que plantearse por primera vez en relación a España la compatibilidad de una condena por enaltecimiento del terrorismo con la libertad de expresión y el examen de los criterios de ponderación del discurso que incita a la violencia como categoría sobre la que el TEDH ejerce un control de parámetros y umbrales diferenciados, y que no ha sido abordado nunca antes respecto de España.

En esa línea relativa a la incitación a la violencia, el segundo Plan de Acción (2020) para la ejecución de asunto *Stern Taulats et Roura Capellera* incluye la referencia a una sentencia relativa al tipo penal de provocación para la comisión de un atentado, para sostener que el TEDH permite la sanción penal del discurso que incita a la violencia¹¹⁰. Dicha sentencia no ha llegado a ser recurrida ante el TEDH.

Por último, debemos abordar la ejecución de la sentencia *Rodríguez Ravelo*, que es, a su vez, proceso de ejecución de los asuntos repetitivos que han sido vinculados por el Comité de Ministros a la misma, los casos *Jiménez Losantos y Toranzo Gómez*. En esta serie de casos, se han presentado tres planes de acción sucesivos sin que el procedimiento haya concluido aún al entender del Comité de Ministros. El primer Plan de Acción presentado por el Gobierno de España, de 22 de marzo de 2017, fue examinado por el Comité de Ministros en su sesión de junio de 2017. Este primer Plan afecta sólo a los asuntos *Rodríguez Ravelo* y *Jiménez Losantos*, dado que el tercer caso no había sido resuelto aún por el TEDH¹¹¹. El segundo Plan, ya comprendiendo la ejecución de los tres casos, fue presentado el 5 de

110. Así, Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, 17 de enero de 2019, SAP IB 304/2019, ECLI:ES:APIB:2019:304.

111. 1288th meeting (June 2017) (DH) - Action report (22/03/2017) - Communication from Spain concerning the case of RODRIGUEZ RAVELO v. Spain (Application No. 48074/10) [Anglais uniquement] [DH-DD(2017)389].

julio de 2019 y examinado en septiembre de 2019¹¹². El más reciente Plan de Acción fue presentado el 18 de mayo de 2020 y examinado en la sesión de junio de 2020¹¹³.

Los tres casos tenían que ver con los tipos de injurias y calumnias de los artículos 205 a 211CP: uno, en relación con la actuación de un abogado en juicio (*Rodríguez Ravelo*), otro, en relación con labores periodísticas (*Jiménez Losantos*) y el último, en relación con la atribución de un tipo delictivo a un policía por una persona lega en derecho (*Toranzo Gómez*). En relación con las medidas de ejecución que afectaban a los demandantes, España satisfizo las indemnizaciones acordadas en los casos *Rodríguez Ravelo* (por un total de 8.100€ por daños materiales, siendo la propia sentencia satisfacción suficiente por los daños no pecuniarios) y *Toranzo Gómez* (por un total de 4.00€ por daños no pecuniarios y 1.200€ por daños materiales)¹¹⁴, respectivamente, y en tiempo y forma. En el caso *Jiménez Losantos*, el demandante no había solicitado indemnización alguna, por lo que el TEDH no la acordó, consecuentemente.

En los dos primeros planes de acción, el Gobierno de España insistió en el hecho de que las sentencias del TEDH indicaban que la tipificación de injurias y calumnias en los artículos 205 a 211 CP eran acordes con el CEDH en tanto en cuanto trataban de proteger los derechos y reputación de terceros. Y enunciaba una jurisprudencia reiterada del TC¹¹⁵ y del TS (en el ámbito civil)¹¹⁶ en tal sentido, que a su vez citan las decisiones del TEDH. No obstante, una de las sentencias aludidas en este Plan de Acción (STC 65/2015) sería en marzo de 2021 “desautorizada” por la condena a España en el asunto *Benítez Moriana and Iñigo Fernández*. El TEDH y el TC volvían a realizar una distinta ponderación de conceptos y factores en el caso, llegando a conclusiones contrapuestas.

112. 1355th meeting (September 2019) (DH) - Action report (05/07/2019) - Communication from Spain concerning the RODRIGUEZ RAVELO group of cases v. Spain (Application No. 48074/10) [Anglais uniquement] [DH-DD(2019)881].

113. 1377th meeting (June 2020) (DH) - Action report (18/05/2020) - Communication from Spain concerning the cases of Toranzo Gomez v. Spain (Application No. 26922/14), RODRIGUEZ RAVELO v. Spain (Application No. 48074/10) and JIMÉNEZ LOSANTOS v. Spain (Application No. 53421/10) [anglais uniquement] [DH-DD(2020)438].

114. Este caso fue curiosamente reseñado en J. A. DÍEZ BALLESTEROS, “Indemnización por los daños sufridos por una persona condenada por calumnias tras llamar torturadores a dos policías participantes en el desalojo de un edificio en el que se había encadenado con un grupo de activistas: STEDU 20/11/2018 (asunto *Toranzo Gómez contra España*)”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, n.º 4, 2019, pp. 44-48.

115. STC 112/2016, de 20 de junio de 2016, BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016, ECLI:ES:TC:2016:112; STC 65/2015, de 13 de abril, BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2015, ECLI:ES:TC:2015:65.

116. STS 482/2016, de 16 de febrero de 2016, ECLI:ES:TS:2016:482.

Sin duda, alguna, el Gobierno de España dedicó un esfuerzo extraordinario a la elaboración del tercer Plan de Acción (2020) para la ejecución de la sentencia *Rodríguez Ravelo* y las acumuladas con la misma. Hay que tener en cuenta que el Comité de Ministros del Consejo de Europa mantenía abiertas en paralelo la ejecución del asunto *Stern Taulats et Roura Capellera* y de *Rodríguez Ravelo*, que abordaban problemas diferentes (injurias a la Corona v. injurias y calumnias “no cualificadas”). Si en *Stern Taulats et Roura Capellera* el problema principal lo plantea el tipo delictivo en sí mismo, aunque también la interpretación y aplicación judicial del mismo, en el caso de los delitos de injurias y calumnias no cualificados por la institución a la que se dirigen, los problemas básicos son la proporcionalidad en razón de la función ejercida por quien hace las declaraciones (abogado en juicio, periodista,) o del (des)conocimiento de los términos jurídicos propios para la calificación de una conducta como calumnia, en lugar de como injuria, en relación con las opiniones de una persona lega en Derecho.

En este contexto y en relación con la ejecución de la sentencia *Rodríguez Ravelo*, el Gobierno nunca plantea –ni siquiera en 2020– la posible reforma de los tipos. Su tercer Plan de Acción, elaborado con esmero y muchísimo detalle, persigue poner de manifiesto los cambios en las tendencias jurisprudenciales como fruto de los planes formativos desarrollados en relación con jueces y fiscales.

De un lado, incluye jurisprudencia específica diferente a la incluida en los dos planes anteriores, dado que entre la citada entonces se encontraba, como hemos dicho, la sentencia del TC luego contradicha por el TEDH en el asunto *Benítez Moriana and Iñigo Fernández*. En este tercer Plan, el gobierno intenta dar visibilidad a los asuntos en los que los tribunales nacionales habían hecho prevalecer la protección de la libertad de expresión, desestimando la sanción por su ejercicio en distintos órdenes jurisdiccionales: en el ámbito penal en relación con injurias y calumnias¹¹⁷, incitación al terrorismo¹¹⁸ y la libertad de expresión de los abogados en juicio¹¹⁹; en

117. STS 202/2018, de 1 de febrero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:202; Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 20 de septiembre de 2016, SAP PO 1854/2016, ECLI:ES:APPO:2016:1854; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de octubre de 2019, AAP M 5005/2019, ECLI:ES:APM:2019:5005A; Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 22 de junio de 2017, ATSJ PV 12/2017, ECLI:ES:TSJPV:2017:12A.

118. SAN 4990/2018, de 17 de diciembre de 2018, ECLI:ES:AN:2018:4990.

119. Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, 18 de julio de 2019, AAP SE 1601/2019, ECLI:ES:APSE:2019:1601A; Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 6 de junio de 2018, SAP PO 709/2018, ECLI:ES:APPO:2018:709.

el ámbito civil en relación con la protección del honor¹²⁰, y en la jurisprudencia constitucional, en relación a injurias y calumnias¹²¹ e incitación al terrorismo¹²². En los asuntos reseñados había casos de publicaciones en periódicos, televisión y Twitter, declaraciones de abogados en escritos presentados en el marco de procedimientos judiciales, o en escritos enviados por presos a las instituciones penitenciarias.

En este conjunto de referencias jurisprudenciales, el Gobierno subrayó argumentos fundamentales que permitieron a los tribunales españoles no condenar por considerar la sanción penal excesiva, la falta de proporcionalidad y el posible efecto desincentivador del ejercicio de la libertad de expresión, la necesidad de una mayor tolerancia de personas públicas y cargos institucionales en las críticas recibidas, el recurso a formas no penales de sanción, el papel preponderante de la prensa en la sociedad democrática, la mayor o menor diseminación de las opiniones vertidas, ... en consonancia con la jurisprudencia del TEDH. En el conjunto de jurisprudencia relatada se primaba la libertad de expresión sobre otros derechos de particulares, políticos e instituciones. Puede entenderse que el Gobierno hizo un esfuerzo por mostrar un grupo de jurisprudencia representativo y equivalente a los casos decididos por el TEDH, y cuya ejecución planteaba este tercer Plan de Acción de España (2020).

Es más, el Plan de Acción incluía un análisis estadístico de las decisiones judiciales en el período de 1 de enero de 2016 a 31 de diciembre de 2019 sobre los artículos 205 CP (192 sentencias y 367 autos); 208 CP (367 sentencias y 482 autos); 209 CP (152 sentencias y 147 autos) y 211 CP (10 sentencias y 29 autos). Considera el informe significativo que el número de apelaciones ante el TS hubiera sido muy pequeño en el período analizado, y que sólo una de ellas consideró pertinente la condena¹²³. El resto de las decisiones del TS no apreciaron la violación de los artículos citados¹²⁴.

120. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de febrero de 2018, SAP M 2473/2018, ECLI:ES:APM:2018:2473; STS 1627/2017, de 26 de abril de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1627; STS 66/2017, 19 de enero de 2017, ECLI:ES:TS:2017:66; STS 5456/2016, de 22 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:5456.

121. STC 18/2020, de 10 de febrero de 2020, BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2020, ECLI:ES:TC:2020:18.

122. STC 25/2020, de 25 de febrero de 2020, BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2020, ECLI:ES:TC:2020:25.

123. STS 2277/2016, de 25 de mayo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2277.

124. STS 1630/2018, de 25 de abril de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1630; STS 1076/2019, de 2 de abril de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1076; STS 2597/2019, de 15 de julio de 2019, ECLI:ES:TS:2019:2597.

Según el entender del Gobierno todo ello era fruto de los esfuerzos realizados con el plan de formación de jueces y fiscales. Desde 2011, según este Plan de Acción, la Escuela Judicial incluye tres unidades dedicadas exclusivamente a la libertad de expresión, lo que constituye una tercera parte de la enseñanza relativa a Derecho constitucional y europeo. Desde 2019, el Plan de Formación continua de la Escuela Judicial ofrece cursos específicos de dos días sobre libertad de expresión. Y en 2020 este plan incluyó una formación de tres días específicamente sobre “Libertad de expresión en la era digital”. Otras manifestaciones de la libertad de expresión cubiertas por la formación continua han sido el estudio de los delitos de odio en 2018 o la ponderación entre discurso de odio y libertad de expresión en 2018. A ello se suma la formación a través del programa HELP, del Consejo de Europa. En relación con los Fiscales, el Centro de estudios legales dedica una unidad específica a las garantías constitucionales, que incluye la libertad de expresión. Además, se organizan seminarios de formación continua sobre delitos de odio y libertad de expresión. Los fiscales pueden acceder también al programa de formación HELP ya citado. El Gobierno, sin embargo, no incluyó datos del número de jueces y fiscales participantes en las diversas formaciones ofrecidas. Este informe, el más detallado de los elaborados por el Gobierno en la serie de casos, incide particularmente en las pautas de abordaje de fiscales y jueces para resolver los conflictos interpretativos sobre el nivel de protección de la libertad de expresión, fundamentalmente. Este modelo contrasta con la ejecución alternativa de cambio legislativo. En España, ya se ha dado antes una situación análoga en el proceso de ejecución de sentencias del TEDH, que ha vivido una fase de ejecución por la vía de la flexibilización de la interpretación y aplicación judicial del Derecho existente, para terminar acudiendo a la reforma legislativa como vía segura para garantizar el cumplimiento de las sentencias del TEDH.

3. LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS FIRMES, UNA PRUEBA DE ÉXITO –RELATIVO– EN LA EJECUCIÓN

Una de las cuestiones relevantes de la ejecución de las sentencias a nivel individual en España, que ha presentado especial dificultad históricamente, es la revisión de sentencias internas firmes que son causa de violaciones de derechos del CEDH, siendo un requisito para acudir al sistema del CEDH el agotamiento de los recursos internos. Esta medida, en principio de “reparación individual”, ha sido un problema estructural para España en la ejecución de sentencias. Este problema se puso de manifiesto ya con la primera sentencia del TEDH que condenó a España (caso *Barberá*

Messegué y Jabardo, por vulneración del artículo 6 CEDH)¹²⁵. El problema se ha venido arrastrando hasta la reforma en 2015 del recurso de revisión. Durante el largo período de 1989 a 2015 se ha resuelto por la vía del amparo constitucional y/o por la vía de la flexibilización de la admisibilidad de los recursos de revisión por parte del Tribunal Supremo. Tras la ejecución de la sentencia en el asunto *del Río Prada*¹²⁶ se procedió a la reforma de dicho recurso de revisión en los diversos órdenes jurisdiccionales, incluido el penal. Esto es, la reforma legislativa tuvo que esperar 25 años desde que surgió la cuestión, parcheando las soluciones de cumplimiento mediante la flexibilidad de la interpretación procesal del sistema legal vigente.

En el conjunto de sentencias cuya ejecución nos ocupa, a excepción del asunto *Castells*, el Gobierno siempre ha comunicado las posibilidades que el sistema español ofrecía al demandante para solicitar la revisión de la condena, que han ido cambiando a lo largo del tiempo. Para la ejecución del asunto *Otegi Mondragón*, la información que el Gobierno ofreció en su segundo Plan de Acción (2014) indicó que el Tribunal Supremo había elaborado unas directrices claras para que pudiera admitirse un recurso de revisión frente a las sentencias penales, en razón de la existencia de una condena a España por el TEDH¹²⁷. Las últimas directrices en vigor en el momento de comunicar el Plan de Acción eran de 21 de octubre de 2014. Fue el paso previo a la adopción de la reforma procesal, de la que ya informó España en el Plan de Acción de 2016 del mismo caso *Otegi Mondragón*. Así, incluía ya una referencia a la reforma de la Ley de enjuiciamiento Criminal (sin citar el artículo 958.3 LECr), que permitía el recurso de revisión cuando la violación constatada por la STEDH “por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión¹²⁸”.

Desde el primer Plan de Acción para la ejecución de la sentencia *Stern Taulats et Roura Capellera* el Gobierno pudo informar también de la reforma de las normas procesales en 2015 que permitían un nuevo supuesto

125. *Barberà, Messegué and Jabardo V. Spain*, ECHR 1988 (Plen.). Puede verse sobre la ejecución de esta primera sentencia y su impacto en la ejecución en el asunto *Castells*, P. TESO GAMELLA, “La sentencia del TC de 16 de diciembre de 1991 –CASO BULTO–, y su proyección sobre la tercera condena al estado español por el TEDH, sentencia de 23 de Abril de 1992 –CASO CASTELLS–” *Actualidad administrativa*, n.º 39, 1992, págs. 467-482.

126. *del Río Prada v. Spain*, n.º 42750/09, ECHR 2013 [GC], ECLI:CE:ECHR:2013:1021JUD004275009.

127. 1214 meeting (2-4 December 2014) (DH) - Action report (28/10/2014) - Communication from Spain concerning the case of Otegi Mondragon against Spain (Application No. 2034/07) [Anglais uniquement] [DH-DD(2014)1360].

128. 1273 meeting (6-8 December 2016) (DH) - Updated action report (04/11/2016) - Communication from Spain concerning the case of Otegi Mondragón against Spain (Application No. 2034/07) - Appendices are available from the Secretariat on request [Anglais uniquement] [DH-DD(2016)1287].

de revisión de sentencia en el orden interno¹²⁹. Sorprendentemente, en el Plan de Acción de 2019, el Gobierno invoca el artículo 510 de la LEC, y no el correspondiente artículo 958.3 LECr, como prueba de la posibilidad de que el demandante recurra la sentencia penal interna definitiva contraria al CEDH¹³⁰. En el asunto *Rodríguez Ravelo*, todos los Planes de Acción informan de la existencia del recurso de revisión desde 2015, conforma a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo, tan sólo en un caso el demandante planteó el citado recurso (*Rodríguez Ravelo*)¹³¹, renunciando los demás a la revisión y, por consiguiente, a que el Tribunal Supremo declarara la nulidad de las sentencias. Ello no obstante, siempre se produjo mediante decisión administrativa la eliminación de oficio de los antecedentes penales afectados por las respectivas sentencias.

Este problema, que España ha tardado en resolver un cuarto de siglo en relación con la eficacia y ejecución de las sentencias del TEDH es ilustrativo de las dos vías que las garantías de no repetición ofrecen al Estado. De un lado, la flexibilización de la aplicación de las normas o mecanismos que impiden cumplir las obligaciones derivadas del CEDH. De otro lado, la reforma normativa. Sin duda, y en relación con la jurisprudencia analizada sobre libertad de expresión y delitos de opinión contra España ambas vías son determinantes para evitar una nueva década de condenas a nuestro país. Cada una de las vías puede desempeñar un papel relevante en relación con aspectos distintos del problema.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: MEDIDAS LEGISLATIVAS VS. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

España presenta un patrón de vulneración reiterada en los casos que llegan al TEDH sobre la base de las limitaciones a la libertad de expresión mediante sanciones penales internas: ha sido condenada en las siete demandas declaradas admisibles hasta el presente. Ello es especialmente

129. 1340th meeting (March 2019) (DH) - Action plan (14/02/2019) - Communication from Spain concerning the case of Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain (Application No. 51168/15) [Anglais uniquement] [DH-DD(2019)189]. El procedimiento fue establecido mediante reforma de la LOPJ, Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, art. 5 bis, BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015, y posteriores reformas de las leyes procesales de los distintos órdenes (civil, administrativo, penal y militar).

130. 1340th meeting (March 2019) (DH) - Action plan (14/02/2019) - Communication from Spain concerning the case of Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain (Application No. 51168/15) [Anglais uniquement] [DH-DD(2019)189].

131. STS 1483/2017, de 19 de abril de 2017, ECLI: ES:TS:2017:1483.

significativo por cuanto que en los casos en los que la restricción a la libertad de expresión se ha llevado a cabo desde la jurisdicción civil, laboral o incluso electoral, la tendencia es a una aplicación correcta y adecuada de la jurisprudencia del TEDH, con sólo dos condenas en nueve casos (dos de ellos, con revisión de sentencia del TEDH).

Por ello, es necesario replantear el tratamiento penal de las expresiones de opinión en España. Generalmente, se asocia la jurisprudencia del TEDH a la necesidad de reformar el delito de injurias contra la Corona. Como ha intentado poner de manifiesto este trabajo, el desafío es mucho mayor y afecta a otras figuras delictivas “comunes”, como los delitos de injurias y calumnias no cualificados. En todo caso, la invocación por España de la formación y flexibilidad judicial como mecanismo de cumplimientos y garantías de no repetición parece no satisfacer los desafíos. Resulta casi inevitable afrontar una reforma legislativa. Desde estas conclusiones queremos poner de manifiesto que la reforma legislativa debería ser más intensa, en el sentido de generar un auténtico debate sobre los valores protegidos y los límites a la acción penal en el marco de la función institucional de la libertad de expresión, más allá de su concepción como derecho o libertad individual.

Si bien hasta el presente el TEDH se ha pronunciado en relación a los delitos básicos de injurias y calumnias (artículos 205 a 211 CP) en cinco ocasiones y en relación a las injurias a la Corona (artículo 490.3 CP) en dos, preocupa significativamente que en el futuro próximo puedan llegar al TEDH casos relativos a otras formas de represión penal de la libertad de expresión como los delitos de enaltecimiento del terrorismo, los delitos contra sentimientos religiosos y los delitos de odio basados en manifestaciones de expresión. Como hemos indicado, tan sólo en una ocasión ha llegado al TEDH un asunto relacionado con la aplicación del artículo 510 CP. En 2013, el tribunal europeo decidió sobre la demanda de un escritor y editor de libros, condenado por “negación” del genocidio en España. El TEDH examinó el asunto desde la perspectiva de las garantías procesales de una acusación reformada por la declaración de inconstitucionalidad parcial del precepto, y no por la aplicación del tipo delictivo en sí mismo¹³². Por otra parte, el TEDH (en formación de juez único, lo cual es relevante) desestimó en 2019 la demanda interpuesta por Valtónic, quien había sido condenado por delitos de enaltecimiento del terrorismo (e injurias a la Corona, también). Por los mismos delitos parece que Pablo Hasel acudirá al TEDH próximamente.

132. STC 235/2007, de 7 de noviembre, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007, ECLI:ES:TC:2007:235. Asunto *Varela Geis c. Espagne*, ECHR 2013.

Todo ello es parte del escenario que recoge la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa en su carta de 11 de marzo de 2021. Dirigiéndose al Ministro de Justicia trasladó que, con independencia de los casos que han llegado al tribunal, existe un número creciente y preocupante de condenas a artistas por distintas formas de expresión en relación con todos estos delitos, mostrando su interés por una posible reforma del Código penal y por la flexibilización de los criterios interpretativos para reforzar el umbral de protección de la libertad de expresión.

En relación con la jurisprudencia del TEDH, la doctrina española se ha centrado muy especialmente en el análisis de los casos del TEDH relativos a las injurias a la Corona. Sin embargo, teniendo en cuenta el número significativo de casos en los que el TEDH ha abordado cuestiones relativas a las injurias y calumnias “no cualificadas”, es igualmente importante reiterar el diagnóstico de otros problemas detectados. La finalidad debe ser determinar si la razón de ser de tales problemas depende de una cuestión de legalidad o de su aplicación o interpretación. Ello permitirá diseñar pautas de intervención más precisas, así como ahondar en las que ya se han puesto de relieve en los Planes de Acción para la ejecución de las sentencias contra España, y que han podido mostrarse eficaces.

En tal sentido, deberían estar sobradamente claros un conjunto conciso de mensajes que el TEDH ha vehiculado de manera constante en su jurisprudencia sobre el artículo 10 CEDH, y en concreto en los casos estudiados, que afectan a esa dimensión interpretativa del cumplimiento del CEDH, que no requeriría necesariamente una intervención legislativa.

La libertad de expresión, con su doble naturaleza de derecho individual y de garantía institucional del pluralismo político, el Estado de Derecho y la democracia, admite limitaciones y no es un derecho absoluto. Aun así, debe regir siempre el principio *pro libertate*, basado en y justificado por, su dimensión institucional. Dicho principio tiene como corolario la interpretación extraordinariamente restrictiva de *toda limitación* cuando la libertad de expresión se ejerza por personas públicas (periodistas, políticos...) o bien frente a personas de tal condición o frente a instituciones, como parte de un debate público, aun cuando pueda ser disidente, malsonante o chocante. Nuestro ordenamiento jurídico penal parte de un presupuesto opuesto: la sobreprotección institucional frente a la libertad de expresión. En línea con el TEDH, debe interpretarse de forma aún más restrictiva la admisibilidad de la *sanción penal* como limitación al ejercicio de la libertad de expresión en tales contextos, comporte o no pena de privación de libertad, y muy especialmente si existen sanciones no penales alternativas, por su efecto inhibitor del debate y pluralismo en una sociedad democrática (el llamado *chilling effect*).

Este conjunto de cuestiones puede ser solventado con esfuerzos interpretativos, elevando los umbrales de percepción de la amenaza a las instituciones o a personas e intereses públicos. Son cuestiones que han planteado una diferencia de ponderación entre los tribunales superiores españoles (AN, TS y TC) y el TEDH en su aplicación concreta, al tratarse de una evaluación de criterios y circunstancias que determinan la concreción de las nociones de necesidad y proporcionalidad de la intervención. El celo de la custodia institucional que las normas configuran de entrada en España ejerce una presión sobre los jueces a la hora de interpretarlas, justo en dirección opuesta a cómo el TEDH entiende el equilibrio entre libertad de expresión y protección institucional en el marco del debate público y político o la expresión de opiniones. El TEDH sólo admite la limitación penal de la libertad de expresión en los casos extremos en los que hay un abuso de derechos manifiesto (artículo 17 CEDH) o bien hay una incitación clara e inequívoca a la violencia o un discurso de odio, siendo los umbrales de apreciación de los mismos por parte del TEDH bastante más exigentes que en nuestras sedes jurisdiccionales nacionales. Y no debe olvidarse que, en el marco de la jurisprudencia del TEDH, el análisis de la “incitación a la violencia” o “discurso del odio” no se identifica necesariamente con los tipos penales internos de apología del terrorismo o delito de odio. El TEDH los aplica igualmente en el marco de conductas calificadas internamente como injurias o calumnias indistintamente.

Ello pone de manifiesto que el modelo de intervención penal sobre la libertad de expresión delineado por la jurisprudencia del TEDH opera sobre premisas bien diferentes a nuestro modelo penal español. La libertad de expresión debe estar garantizada y la intervención penal sólo se justifica por la vulneración de derechos de otros individuos o por la afectación de intereses públicos. En el momento en el que se trata de proteger las instituciones, el orden público o la seguridad no se trata ya de una ponderación entre derechos de particulares sino entre garantías institucionales (el pluralismo del debate y la crítica v. la independencia judicial, por ejemplo). Por ello, el principio *pro libertate* exige limitar la sanción penal a supuestos que atentan contra los propios valores del Estado democrático, siendo la interpretación de ello extraordinariamente restrictiva con carácter general. Desde la perspectiva del TEDH no se trata de tipificar penalmente de forma específica tales actos (de incitación a la violencia o discurso de odio) sino de considerar tales contenidos del discurso como causa de justificación de la restricción de la libertad de expresión, en la ponderación de intereses a proteger.

El Gobierno de España en los sucesivos Planes de Acción para el cumplimiento de sentencias ha ido mostrando su esfuerzo sostenido en la formación inicial y continua de jueces y fiscales, tratando de renovar y

modernizar la concepción de la libertad de expresión, introducir conceptos como discurso de odio y los umbrales y criterios interpretativos del TEDH. Es cierto que se viene haciendo un gran esfuerzo al respeto, pero resulta claramente insuficiente.

Y en todo caso, siempre hay que mantenerse alerta, como prueba el hecho de que los Planes de Acción para la ejecución de sentencias del TEDH citados refieran como ejemplo de buenas prácticas, resultado de los planes de formación y garantías de no repetición, sentencias de la AN, el TS e incluso el TC luego desvirtuadas por una ponderación e interpretación distinta por el TEDH. Baste revisar lo ya explicado a propósito de la ejecución de las sentencias en los asuntos *Otegi Mondragón* (con referencia a las sentencias internas en el que luego sería el caso *Stern Taulats et Roura Capellera* ante el TEDH), en este mismo caso *Stern Taulats et Roura Capellera* (con referencia al caso de P. Hasel, aún por saber la interpretación que hará el TEDH en el caso) o en el asunto *Rodríguez Ravelo* (que citaba la STC sobre un asunto que ocuparía al TEDH en su más reciente condena a España, *Benítez Moriana and Iñigo Fernández*).

En sentido análogo y en relación a la Fiscalía, conviene aquí recordar las pautas interpretativas de la Fiscalía General del Estado sobre delitos de odio, publicadas en 2019¹³³, que de forma recalcitrante y cuando menos confusa se basan en la STC en el asunto *Stern Taulats et Roura Capellera* (aun señalando que el TEDH consideró que existía violación de la libertad de expresión en el caso, pero sin mencionar que el TEDH no consideró este asunto como un “delito de odio” ni participando del “discurso de odio”). Si bien la Fiscalía General pretende dejar claro que cabe cometer un delito de odio en el marco del debate político, no subraya con suficiente energía que, en términos de la jurisprudencia del TEDH, las restricciones a la libertad de expresión en ese contexto deben ser pocas y de interpretación especialmente restrictivas, más aún cuando la sanción es penal y las declaraciones son efectuadas por un periodista o político o bien si el destinatario de las opiniones es una institución o personalidad política o pública y forman parte de un debate social, colectivo o político.

Intentando justificar una interpretación “nacional” o “autónoma” del discurso del odio, afirma la Fiscalía General que

“No obstante, todo lo expuesto, el discurso del odio no presenta unos contornos uniformes en los ámbitos nacional e internacional, tanto en la vertiente normativa –a través de la descripción de las conductas o de los motivos de discriminación–,

133. Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2019.

como en la exigencia interpretativa sobre la mayor o menor publicidad de los actos o sobre la concreción de la relevancia o el peligro para la afectación del bien jurídico protegido”.

Este documento cita el artículo 10 CEDH, y recurre a referencias contadas en relación con las limitaciones de la libertad de expresión por los motivos que figuran en el tipo delictivo del artículo 510CP. Sin embargo, consideramos que no hay un estudio profundo y sistemático de las guías jurisprudenciales del TEDH relativas a discurso del odio o al abuso de derecho (art. 17 CEDH). En cambio, la Fiscalía General se permite subrayar una supuesta falta de uniformidad de contornos a pesar de toda la jurisprudencia existente, la cual obliga como cosa juzgada al Estado afectado por cada sentencia, y como cosa interpretada a los restantes 46 Estados Miembros del Consejo de Europa.

Sin duda, estas pautas de la Fiscalía General animan a una interpretación amplia del tipo delictivo de delito de odio, dando un contorno muy restringido a la libertad de expresión. Siguiendo esta senda, probablemente veamos pronunciarse al TEDH sobre casos relacionados contra España en el futuro por un abuso en la aplicación del concepto.

Por otra parte, parece claro que determinados elementos subrayados por la jurisprudencia del TEDH en relación con la tipificación legal española pueden requerir una intervención legislativa. En concreto, la protección penal diferenciada es contraria a la CEDH.

Habitualmente se discute con especial interés el rechazo reiterado del TEDH al tipo específico de injurias a la Corona (490 CP) o al Jefe de Estado, tanto en nuestro país como en otros. En relación con esta cuestión, el TEDH subraya la diferente protección no en relación con otras instituciones –en España, la Corona está más protegida que otras instituciones–, sino en relación con los ciudadanos ordinarios. Es más, no sólo rechaza la existencia de una tipificación especial y agravada *per se*, sino que como institución pública que es, se ve afectada por los criterios interpretativos antes referidos, conforme a los cuales el margen acordado a la libertad de expresión deba ser más amplio respecto de declaraciones contra instituciones que contra ciudadanos. Es cierto que, frente a la sobreprotección institucional –rechazada por el TEDH– puede actuarse desde la vía interpretativa. Ello requeriría que fiscales y jueces elevaran significativamente el nivel de ofensa (el peligro percibido y posible) para las instituciones protegidas. Pero a la vista queda que nuestros tribunales siguen considerando que prácticamente cualquier ataque hace peligrar la estabilidad institucional o la democracia. Es muy reducido el ámbito penalmente tolerado de disidencia. Por ello, consideramos muy

importante la reforma legislativa de estos tipos de especial protección institucional, para acompañarlos a una interpretación más madura de la libertad de expresión y la flexibilidad del debate político y social en un Estado de Derecho.

Esta firme y férrea protección de la Corona y, en general, institucional frente a la libertad de expresión no es la única posible reforma legislativa para dotar de mayor coherencia a nuestro sistema penal con el canon de respeto de la libertad de expresión en el marco del CEDH.

Aunque poco analizadas por la doctrina, en general, las sentencias relativas a injurias ordinarias (no contra la Corona) ponen de manifiesto la evolución, a nuestro juicio aún incompleta, de la *exceptio veritatis* en nuestro país. Si bien en 1992 el CP apenas admitía en un caso la excepción –lo cual provocó la condena de España–, la ulterior reforma mejoró de manera muy parca la situación. Todo ello milita en contra de las líneas jurisprudenciales del TEDH y sería merecedor de una reflexión de cara a una reforma legislativa, para transformar el elemento subjetivo relativo al “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio de la verdad” de forma que se introduzca la *exceptio veritatis* como auténtica causa de exclusión de la responsabilidad penal en los delitos de injurias también.

Y, por último, aun cuando solo existe una STEDH contra España (Rodríguez Ravelo 2018) en relación con las calumnias, requiere también una reflexión la diferenciación conceptual entre injuria y calumnia. El TEDH no exige que un ciudadano medio conozca los contenidos legales de los términos que utiliza (por ejemplo, para distinguir una tortura de un trato irrespetuoso, indebido, abusivo o degradante, a efectos de configurarse como injuria o calumnia). Para dispensar su protección en tal contexto, el TEDH ha aplicado esta idea definiendo las afirmaciones de “imputación de delito” como opiniones y no como hechos, por lo que la prueba de la verdad que opera en el sistema español respecto de la calumnia, no pudiera aplicarse por la propia naturaleza de la expresión de opiniones frente a hechos... Quizás la actual configuración de los tipos llegue a dar alguna otra oportunidad al TEDH de pronunciarse, para así tomar conciencia en el ámbito interno de cuál es la esencia que se quiere proteger y por qué diferenciamos expresión de hechos y opiniones y qué valor concedemos a la *exceptio veritatis* respecto de los primeros. Pero eso sí, intentado realizar un esfuerzo de coherencia y sistematicidad.

Si bien el Gobierno de España ya incluyó la referencia a un proceso de diálogo político para la reforma legislativa penal en el último Plan de Acción para la ejecución de la sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera* en

septiembre de 2020, a la fecha de cierre de este trabajo (15 de mayo de 2021) no ha presentado ningún proyecto de ley, aun habiéndolo anunciado en prensa durante febrero de 2021 y, más formalmente, en la respuesta a la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa. En este documento, se refería expresamente a la voluntad del gobierno de:

“impulsar la reforma de aquellos delitos que consideramos que más claramente pueden entrar en conflicto con la libertad de expresión: el delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), el delito de odio (art. 51 O CP), los delitos de injurias a las instituciones del Estado (arts. 490, 491 y 504 CP), entre otros¹³⁴”.

En febrero de 2020, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común ya presentó una proposición de ley para la reforma del Código penal en un amplio espectro de tipos penales relacionados con delitos de opinión. Fue retirada a los pocos días¹³⁵. En agosto de 2020, fue el grupo el Grupo Parlamentario Republicano quien presentó una proposición de ley para despenalizar las injurias a la Corona (art. 490.3 y 491CP) y los ultrajes a España (artículo 543CP), que se sometió a votación y fue rechazada en octubre de 2020¹³⁶.

El Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común presentó su anterior proposición de ley nuevamente en febrero de 2021, habiendo sido admitida a trámite y estando en situación de toma en consideración por el Pleno¹³⁷. Con un apoyo serio en la jurisprudencia del TEDH y en otros documentos internacionales que se remontan a 2008 (del Comité de Derechos Humanos y del Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo)¹³⁸, esta

134. Véase n. 11.

135. Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión. (122/000042), presentada el 27/02/2020, calificada el 03/03/2020, y retirada el 11/9/2020.

136. Proposición de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para despenalizar las injurias a la Corona y los ultrajes a España (Orgánica). (122/000078), presentada el 11/08/2020, calificada el 02/09/2020, sometida a votación el 27 de octubre de 2020 y rechazada con 73 votos a favor, 273 en contra y 4 abstenciones.

137. Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión. (122/000124), presentada el 09/02/2021, calificada el 16/02/2021, BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-149-1 de 19/02/2021.

138. A/HRC/10/3/Add.2, 16 December 2008, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin. Mission to Spain.*

iniciativa busca la eliminación de los tipos delictivos específicos contra las instituciones (delitos contra la Corona, artículos 490.3 y 491CP; ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, artículo 543CP; injurias al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma y a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, artículo 504 CP), los delitos contra los sentimientos religiosos o de escarnio público (el artículo 525 CP) y muy particularmente, el delito de enaltecimiento del terrorismo (CP 578 CP), con especial referencia en este último caso a la irregular y diversa jurisprudencia que lo interpreta y aplica, en particular en el marco de canciones, twits del Código Penal.

Es un paso adelante, sin duda, al plantear por fin la posibilidad real de una discusión política y parlamentaria sobre la reforma de los delitos relacionados con la libertad de expresión, aunque no aborde todos los puntos que hemos suscitado en este trabajo. Debe ser clave una reflexión profunda sobre la relevancia de la libertad de expresión y su función y sobre qué bienes se trata de proteger jurídicamente cuando se limita la expresión de opiniones de los ciudadanos.

Sin duda, la regresión de la libertad de expresión en nuestro país es una realidad. Junto a un cambio en los patrones interpretativos judiciales es necesaria una reforma que vaya más allá de tipos concretos, y que incorpore una filosofía garantista de la libertad de expresión como pilar de la sociedad plural y democrática, en momentos en que los países europeos se ven arrastrados por una involución hacia los extremismos ideológicos intolerantes. Está en juego el propio Estado de Derecho, nada más y nada menos.

V. BIBLIOGRAFÍA

AL HASANI MATURANO, A. (2019). Análisis de la sentencia de 13 de marzo de 2018 (Stern Taulats y Roura Capellera contra España). En Martín Rodríguez J. M./ García-Álvarez, L. (Dirs.). *El mercado único en la Unión Europea: balance y perspectivas jurídico-políticas* (pp. 1323-1338). Dykinson.

ARANGÜENA FANEGO, C. (2008). Revisión penal y ejecución de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos. En ARANGÜENA FANEGO, C., A. J. SÁNCHEZ MORÁN, A. J. (Coords.). *La reforma de la justicia penal* (pp. 338-385). Lex Nova.

- ARANGÜENA FANEGO, C. (2018). Mecanismos internos para la ejecución de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos. En CANCHÓN CADENAS, M. J., FRANCO ARIAS, J., RAMOS MÉNDEZ, F. (hom.). *Derecho y proceso: liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez* (pp. 247-274). Atelier, vol. 1.
- CLIMENT GALLARD, J. A. (2017). Advocacy journalism y el derecho al honor: Comentario a la STEDH de 14 junio de 2016. Caso Jiménez Losantos c. España. *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 23, 408-417.
- CORRAL MARAVER, N. (2020). Sentencia del TEDH en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España. Reflexiones sobre el delito de injurias a la corona y el derecho a la libertad de expresión política en España. *Revista General de Derecho Penal*, n.º 34.
- DE PABLO SERRANO, A./TAPIA BALLESTEROS, P. (2017). Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal. *Diario La Ley*, n.º 8911.
- DÍEZ BALLESTEROS, J. A. (2019). Indemnización por los daños sufridos por una persona condenada por calumnias tras llamar torturadores a dos policías participantes en el desalojo de un edificio en el que se había encadenado con un grupo de activistas: STEDU 20/11/2018 (asunto Toranzo Gómez contra España). *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, n.º 4, 44-48.
- GÓMEZ CORONA, E. (2011). El prestigio de las instituciones como límite a la libertad de expresión de los ciudadanos: el caso Otegi Mondragón c. España. *Revista española de derecho administrativo*, n.º 151, 727-741.
- GONZÁLEZ HERRERA, D. (2018). Libertad de expresión y discurso de odio en Europa: protegiendo a las minorías en tiempos de posverdad. En Rodríguez García, N., Carrizo González-Castell, A., Leturia Infante, F. J. (Coords.). *Justicia penal pública y medios de comunicación* (pp. 549-573). Tirant lo Blanch.
- LIÑÁN GARCÍA, M. A. (2019). La decisiva influencia de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la reciente configuración de los “delitos de odio” en España. En SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C./FERNANDA PALMA, M./GARCÍA PÉREZ, O. (Dirs.). *La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el Derecho Interno* (pp. 132-162). Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ PEREGRÍN (2000). *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Tirant lo Blanch.
- MARCHENA GALÁN, S. M. (2018). Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión.

- Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n.º 34, 132-162.
- MARTÍN HERRERA, D. (2014). Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio. *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 62, n.º 2, 15-40.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M. (1989). La ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Poder Judicial*, n.º 15, 53-92.
- NIÑO ESTÉBANEZ, R (2019). *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España. El procedimiento de revisión*. Tirant lo Blanch.
- OCHOA RUIZ, N (2019). Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto “Stern Taulats y Roura Capellera” c. España, demandas n.º 51168/15 y 51186/15, sentencia de 13 de marzo de 2018. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6.
- PRESNO LINERA, M. A (2018). Crónica de una condena anunciada: el Asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del Rey. *Teoría y realidad constitucional*, n.º 42, 539-549.
- QUESADA ALCALÁ, Q. (2015). La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de crímenes de odio, sus repercusiones en España. *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 36.
- QUESADA ALCALÁ, Q. (2015). La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n.º 30.
- RIPOLL CARULLA, S. (2007). *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 jurídico español*. Atelier.
- ROIG TORRES, M (2020). *Delimitación entre libertad de expresión y discurso del odio. Postura del TEDH, del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal*. Tirant lo Blanch.
- RUIZ MIGUEL, C (1997). *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*. Tecnos.
- SALINAS ALCEGA, S (2015). El nuevo procedimiento de control de la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el proceso de Interlaken: la evolución técnica de un mecanismo político. *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 36.

- SORIA JIMÉNEZ, A (1995). Algunas reflexiones en torno a la ejecución de las Sentencias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Anuario español de derecho internacional*, n.º 11, 327-352.
- SOTO GARCÍA, M (2012). Los límites de la libertad de expresión en el debate político. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 42, 575-591.
- TESO GAMELLA, P (1992). La sentencia del TC de 16 de diciembre de 1991 –CASO BULTO–, y su proyección sobre la tercera condena al estado español por el TEDH, sentencia de 23 de abril de 1992 –CASO CASTELLS–. *Actualidad administrativa*, n.º 39, 467-482.
- URÍAS MARTÍNEZ, J (2013). Castells C. España (STEDH de 26 de abril de 1992): la libertad de crítica política veraz. En Alcácer Guirao (coord.), Beladíez Rojo (Coord.), Sánchez Tomás (coord.). *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (pp. 557-586). Civitas.
- URÍAS MARTÍNEZ, J (2017). La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión. En Alonso Sanz (Dir.), Vázquez Alonso (Dir.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio* (pp. 39-67). Athenaica Ediciones Universitarias.