



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y
DERECHOS HUMANOS

ÁREA DE DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DE LA
SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS*

Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés, en los que se publican las sentencias, decisiones y cualquier otra documentación.

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO ERKIZIA ALMANDOZ c. ESPAÑA

(Demanda nº 5869/17)

SENTENCIA

Art 10 • Libertad de expresión - Discurso pronunciado en un homenaje a un miembro de la organización terrorista ETA que no incita directa o indirectamente a la violencia terrorista - El demandante no es un político - Debate público de interés general - No hay discurso de odio dirigido a justificar los actos terroristas o exaltar el terrorismo - Discurso dirigido a iniciar un proceso democrático - Sanción desproporcionada

ESTRASBURGO

22 de junio de 2021

Esta sentencia será firme de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 del Convenio. Puede ser objeto de revisión editorial.

En el asunto Erkizia Almandoz contra España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido en una Sala formada por:

Paul Lemmens, *Presidente*,

Georgios A. Serghides,

Dmitry Dedov,

Georges Ravarani,

María Elósegui,

Darian Pavli,

Anja Seibert-Fohr, *Jueces*,

y Milan Blaško, *Secretario de Sección*,

Vista la demanda (nº 5869/17) contra el Reino de España presentada el 11 de enero de 2017 ante el Tribunal, de conformidad con el artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("el Convenio"), por un nacional de dicho Estado, el Sr. Tasio Erkizia Almandoz ("el demandante").

Observando que el 28 de marzo de 2017 se comunicó la demanda al Gobierno,

Vistas las observaciones de las partes,

Habiendo deliberado a puerta cerrada el 9 de febrero de 2021 y el 18 de mayo de 2021.

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esta última fecha:

INTRODUCCIÓN

1. El demandante fue condenado por un delito de enaltecimiento del terrorismo por su participación, como orador principal, en un acto que pretendía rendir homenaje a un antiguo miembro de la organización terrorista ETA. Ante el Tribunal, alegó que su discurso tenía como único objetivo establecer un proceso exclusivamente democrático y pacífico para lograr la independencia del País Vasco. Considera que su sanción vulnera el artículo 10 del Convenio.

HECHOS

2. El demandante nació en 1943 y reside en Bilbao, Bizkaia. Fue representado por J. Goirizelaia Ordorika, abogada en Bilbao, y Olivier Peter, abogado en Ginebra.

3. El Gobierno estuvo representado por su agente, R.-A. León Cavero, Abogado del Estado y Jefe del Área de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

4. Los hechos del asunto, según la presentación de las partes, pueden resumirse como sigue.

3. El 21 de diciembre de 2008 el demandante participó como orador principal en un acto autorizado bajo el lema *Independenzia eta sozialismoa* ("Independencia y socialismo"), organizado en el pueblo de Arrigorriaga (País Vasco) por la familia de José Miguel Beñaran Ordeñana (alias "Argala"). El acto se celebró en homenaje a Argala, antiguo miembro de la organización terrorista ETA, asesinado treinta años antes por la organización terrorista de extrema derecha *Batallón Vasco Español* (BVE) en la localidad francesa de Anglet. Tuvo lugar en una plaza pública que lleva el nombre del fallecido, *Argalaren Enparantza* ("Plaza de Argala").

4. El acto se anunció mediante carteles colocados en las calles con una cita atribuida al fallecido, que decía:

“A nadie le gusta la lucha armada, la lucha armada es desagradable, es dura, a causa de ella uno es encarcelado, exiliado, torturado; a causa de ella uno puede morir, uno se ve forzado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es indispensable para avanzar”.

5. El acto se celebró en una carpa. En el interior, se había colocado un caballete sobre una plataforma con una gran fotografía del fallecido, así como una pantalla en la que se proyectaban fotografías de miembros encapuchados de la organización terrorista ETA y de presos. También había un atril, desde el que el demandante fue invitado a pronunciar un discurso.

6. Durante el homenaje se llevaron a cabo varias actuaciones. En primer lugar, los bailarines o *dantzaris*, interpretaron una *ezpatadantza* o "baile de espadas", que, entre otros, simboliza un acto de reverencia y homenaje. Durante este baile realizaron un saludo militar frente a la fotografía de Argala con sus espadas. Asimismo, los bailarines interpretaron una *ikurrin dantza* o "baile de la bandera", en la que los bailarines se arrodillaron frente al escenario y bajaron la cabeza, mientras uno de ellos, situado en el centro, sostenía la bandera del País Vasco, la *ikurriña*. Al final, colocaron claveles rojos frente a la fotografía de Argala. También participaron improvisadores populares de versos en euskera o *versolaris*, así como músicos que tocaban instrumentos tradicionales vascos como la *txalaparta*.

7. El acto tuvo lugar en un contexto de reflexión de la organización independentista ETA para poner fin al conflicto armado. El momento central del acto fue el discurso del demandante. En primer lugar, también colocó un clavel rojo delante de la fotografía de Argala, y a continuación se dirigió a los asistentes llamando a la "reflexión para elegir el camino más idóneo", es decir, el que "haga más daño al Estado", para "conducir al pueblo hacia un nuevo escenario democrático". Terminó su discurso gritando *Gora Euskal Herria askatuta* ("Viva Euskal Herria libre"), *Gora Euskal Herria euskalduna* ("Viva Euskal Herria vasca") y *Gora Argala* ("Viva Argala").

8. El discurso del demandante, en su totalidad, decía lo siguiente:

“¡VIVAN LOS GUDARIS DE AYER Y DE HOY!

SENTENCIA ERKIZIA ALMANDOZ c. ESPAÑA

En los últimos 30 años, con mucho sufrimiento, con mucho esfuerzo, con mucho trabajo, y también con equivocaciones, pero con una entrega total, hemos conseguido poner en crisis las instituciones actuales. Ahora tenemos una gran apuesta, es necesario un paso más: de la resistencia, debemos pasar a la construcción, sin la izquierda abertzale no hay futuro de *Euskal Herria* y ellos lo saben muy bien, tenemos una grandísima responsabilidad. Es momento de reflexión, de seguir trabajando con confianza, pero al mismo tiempo de reflexión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático.

No tenemos los objetivos de una ONG. Nuestros objetivos son políticos: devolver a nuestro pueblo a otro escenario democrático, lograr la libertad de este pueblo para decidir su futuro. Para conseguirlo, por supuesto, el camino no es fácil. Es el momento de reflexionar y plantearse cómo elegir el camino más adecuado, que es nuestra gran apuesta. Porque estamos seguros de que el futuro es nuestro y de que podemos ganarlo. Lo que sigue siendo invicto, la realización de un nuevo escenario tiene todas las posibilidades de éxito.

En 1978, no conseguimos una transición democrática. Ganaron una reforma del franquismo. Ahora aparecen las posibilidades de una segunda transición. La primera transición fracasó y existen posibilidades reales de una segunda transición. Para ello, la izquierda independentista tiene muchos elementos a su favor. La primera: tenemos razón. Tenemos razón. En Europa es evidente... que la propuesta de la izquierda independentista es una propuesta estrictamente democrática, como se demostró en Loyola, por medios democráticos. Este es el gran reto de este pueblo y de la izquierda independentista: llevar esta propuesta hasta el final. Para ello, como dijo Argala, necesitamos a la gente. La gente, ustedes son los protagonistas.

La segunda fuerza de la izquierda independentista son los militantes. Los militantes de este pueblo. Son miles de hombres y mujeres. Ustedes son nuestro gran activo. Nuestro gran activo y nuestra gran fuerza. Y Madrid lo sabe y París lo sabe. Por eso, porque no tienen razón, el Estado utiliza aún más la fuerza. Utilizan el GAL judicial, de forma vergonzosa, incluso son capaces de llevar al lehendakari a los tribunales por el diálogo.

Los franquistas, los neofranquistas, están convirtiendo el diálogo en un crimen. Es decir, el hecho de debatir políticamente. Y esto se llama, obviamente, fascismo. Es la consecuencia de esta mala reforma, esta reforma neofranquista, que de momento no tiene futuro.

Ante esto, la izquierda independentista debe demostrar muy claramente que es capaz de llevar a este pueblo hasta el final. Tenemos la fuerza, tenemos la razón, el futuro es nuestro. Tenemos que actuar con imaginación y fuerza; con una mano levantada y la otra extendida. Es necesario unir fuerzas. Hay una masa crítica, en este pueblo hay suficiente población para lograr un escenario democrático.

¡VIVA EL PAÍS VASCO LIBRE!

¡VIVA EL PAÍS VASCO VASCOPARLANTE!

¡VIVA ARGALA!”

9. Si bien el demandante no ocupaba ningún cargo político en el momento de los hechos (fue concejal de Bilbao de 1979 a 1983 y diputado en el Parlamento de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 1984 a 1998), era un político destacado en el marco de una de las corrientes del

movimiento independentista del País Vasco conocida como la "izquierda abertzale".

10. Mediante sentencia de 3 de mayo de 2011, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó al demandante por un delito de apología del terrorismo, contemplado en los artículos 578 y 579.2 del Código Penal, a un año de prisión y a siete años de suspensión del derecho de sufragio pasivo, al tiempo que señaló que no tenía antecedentes penales. Para llegar a ese pronunciamiento, consideró, en concreto, que el delito en cuestión había tenido lugar desde que el demandante se declaró a favor de Argala, el terrorista fallecido, justificando y excusando sus acciones. Consideró que el elemento de la cobertura mediática del evento también estaba presente, ya que se había informado en los periódicos y en la televisión, teniendo en cuenta también que el demandante había sido un líder político. También señaló que el discurso en cuestión apoyaba claramente acciones terroristas concretas. La Audiencia Nacional consideró probado que el acto era un homenaje a la personalidad de Argala, extrayendo esta conclusión de las diversas manifestaciones de veneración y respeto que habían tenido lugar, incluyendo actuaciones de música, poesía y danza en su honor, así como de las circunstancias concretas en las que se habían producido, como la colocación de claveles rojos ante la gran fotografía de Argala colocada en el caballete del escenario. En su opinión, todos estos elementos demostraban que la única finalidad del acto era exaltar y ensalzar la personalidad de Argala, conocido exclusivamente por su actividad terrorista en el seno de ETA. Según la Audiencia Nacional, era un hecho probado que Argala había sido el líder del grupo terrorista y que había tenido una fuerte influencia en la continuación de la actividad terrorista tras la creación del Estado democrático. En su opinión, esta circunstancia se desprende también del contenido de la cita atribuida a Argala que se había recogido en los carteles que anunciaban el acto. En opinión de la Audiencia, el demandante participó voluntariamente en el evento como orador principal y, a su juicio, no se había limitado a hacer un discurso estrictamente político a favor de la independencia del País Vasco y del socialismo, lo que no habría sido jurídicamente reprochable, sino que había hecho deliberadamente su discurso de forma ambigua, llamando a la "reflexión para elegir el camino más adecuado", es decir, el que "más daño haría al Estado" y que llevaría "al pueblo a un nuevo escenario democrático", y había gritado *Gora Argala* ("Viva Argala") al final de su discurso, alabando a Argala como terrorista. Por último, la Audiencia Nacional señaló que el hecho había sido ampliamente difundido, por lo que existía la repercusión pública necesaria para tipificarlo como delito penal. La pena a un año de prisión no implicaba su encarcelamiento, ya que no tenía antecedentes penales, por lo que fue suspendida.

11. El demandante recurrió en casación. Mediante sentencia del 14 de marzo de 2012, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso, por considerar

que el acto había sido un homenaje a Argala, durante el cual se le rindieron varias muestras de veneración y respeto. Indicó lo siguiente: el demandante, como protagonista del acto, había querido ensalzar a Argala, que había sido conocido por su notable papel en ETA; ciertamente, el enaltecimiento del terrorismo es un delito que puede entrar en conflicto con el derecho a la libertad de expresión; por tanto, la tarea del juez es llevar a cabo un examen caso por caso y examinar las frases concretas utilizadas, el contexto y la situación en que se pronunciaron, así como todas las circunstancias del caso, para concluir si dicho delito existe o no el; en caso de duda, debería tenerse en cuenta el principio *favor libertatis*; en cualquier caso, el "discurso del odio", que incluía la alabanza o la justificación de actos terroristas, no estaba amparado por el derecho a la libertad de expresión; en este sentido, había que tener en cuenta no sólo el significado literal de las palabras, sino también la intención con que habían sido pronunciadas. El Tribunal Supremo consideró que la Audiencia Nacional había examinado el contexto en el que se había pronunciado el discurso del demandante, y señaló que no era el contenido del discurso como tal lo que lo hacía incompatible con el derecho a la libertad de expresión, sino los actos realizados en honor a Argala. Señaló que el acto había consistido de hecho en un homenaje con la participación principal del demandante, que incluso había gritado al final de su discurso *Gora Argala* ("Viva Argala"), lo que no estaba protegido por el derecho a la libertad de expresión. Por último, afirmó que el acto no podía considerarse estrictamente privado, ya que había tenido lugar en un lugar público y que habían participado unas 250 personas en la manifestación pública que se había producido a continuación. El Tribunal Supremo también observó que los hechos del caso habían tenido una importante repercusión pública, ya que fueron ampliamente difundidos.

Uno de los jueces del Tribunal Supremo emitió un voto discrepante. Señaló que, aunque el acto en cuestión era un homenaje a Argala, ni el escenario ni las palabras del demandante expresaban ninguna alabanza del terrorismo. Por el contrario, su discurso estuvo dirigido a la importancia de buscar medios pacíficos para lograr los objetivos políticos del independentismo vasco. En su opinión, esta interpretación era la más adecuada a la vista de todo el discurso. En cualquier caso, los elementos del asunto no permitían concluir que el demandante tuviera intención de exaltar más allá de toda duda razonable.

12. El demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la violación de sus derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión, así como a la participación política, en virtud de los artículos 16.1 y 20.1 de la Constitución española. En particular, alegó que su discurso era de carácter político y en memoria de una persona fallecida, y que no había pronunciado ninguna expresión que permitiera concluir que estaba elogiando o justificando los actos terroristas realizados por ETA o sus miembros. La expresión *Gora Argala*, que había gritado al final de su

discurso, no implicaba en absoluto un elogio a los actos terroristas o a Argala como terrorista, sino un homenaje a un amigo que había sido asesinado por una organización terrorista de extrema derecha. El demandante consideró que la repercusión pública del caso se debía a que una asociación para la protección de los derechos de las víctimas del terrorismo había presentado una denuncia penal contra él, y a que los hechos del caso no habían sido difundidos previamente. Las diversas muestras de veneración y respeto que tuvieron lugar durante el acto (incluyendo actuaciones de música, poesía y danza) eran actividades habituales en los funerales del País Vasco. La colocación de claveles rojos frente a la fotografía de Argala sólo puede entenderse como un gesto de afecto. Por último, argumentó que la frase que pronunció llamando a la "reflexión para elegir el camino más idóneo", es decir, el que "más daño haga al Estado", aislada y descontextualizada, podría entenderse como un apoyo a las acciones terroristas. Sin embargo, dejó claro que este camino debía tomarse para "conducir al pueblo a un nuevo escenario democrático". De hecho, de todo su discurso se desprende que aboga por la consecución de los objetivos políticos de la izquierda abertzale por medios democráticos, y por ello hizo un llamamiento a la reflexión y a la responsabilidad de la izquierda abertzale.

13. El Alto Tribunal desestimó el caso mediante sentencia de 20 de junio de 2016, que fue notificada al demandante el 14 de julio de 2016. Al hacerlo, señaló que el discurso de la persona en cuestión podía calificarse de "discurso de odio" y que había tenido un impacto público significativo. También señaló que el discurso había constituido efectivamente una incitación a la violencia como medio para alcanzar objetivos políticos: de hecho, las circunstancias del caso habían creado un terreno fértil para la acción terrorista, ya que el acto público en cuestión había sido anunciado previamente mediante carteles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un problema importante en la sociedad. El Tribunal Constitucional sopesó los intereses en juego y consideró que el demandante había sobrepasado los límites de la libertad de expresión al infringir el derecho de terceros a no verse amenazados por un discurso de enaltecimiento del terrorismo. En particular, tuvo en cuenta la jurisprudencia pertinente sobre incitación al odio y a la violencia, citando el siguiente pasaje de la sentencia *Féret c. Bélgica* (nº 15615/07, § 73, de 16 de julio de 2009): "El Tribunal considera que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo (...)". Asimismo, se refirió al siguiente pasaje de la sentencia en *Sürek c. Turquía* (nº 1) ([GS], nº 26682/95, § 61, TEDH 1999 IV): "(...) En definitiva, allí donde las declaraciones litigiosas inciten al uso de la violencia con respecto a un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales gozan de un margen de apreciación más amplio en su examen de la necesidad de una injerencia

en el ejercicio de la libertad de expresión”. El Tribunal Constitucional consideró que el demandante había sobrepasado los límites del derecho a la libertad de expresión, protegido por el artículo 10 del Convenio y el artículo 20 de la Constitución española, ya que su conducta constituía una "incitación al odio". En particular, observó que los hechos se habían producido en un lugar público y habían recibido atención pública. También señaló que, para que las conductas de apología o justificación de actos terroristas sean sancionables penalmente, deben suponer una situación de riesgo para las personas o los derechos de terceros o para el sistema democrático en su conjunto, en cuyo caso la injerencia es necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal Constitucional se remitió a la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre los motivos que podían justificar las limitaciones a la libertad de expresión: ésta podía limitarse, entre otros, cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito (*Leroy c. Francia*, nº 36109/03, § 43, de 2 de octubre de 2008), bien sea como apoyo moral a la actividad -mediante el enaltecimiento de la propia actividad (*Özgür Gündem c. Turquía*, nº 23144/93, § 65 CEDH 2000 III, *Halis Doğan c. Turquía (nº 3)*, nº 4119/02, §§ 35 y 37, de 10 de octubre de 2006, y *Hocaoğulları c. Turquía*, nº 77109/01, § 39, de 7 de marzo de 2006), o como apoyo moral a la ideología a través de la loa a quienes desarrollan esa actividad —mediante el enaltecimiento de sus autores (véase *Öztürk c. Turquía [GS]*, nº 22479/93, § 66, TEDH 1999 VI, y *Leroy*, citada anteriormente, § 43). Según el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo había dictado varias resoluciones de inadmisión en supuestos en que quedaba acreditado que la condena penal se derivaba de conductas que eran concretas manifestación del discurso del odio por justificar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos (*Gündüz c. Turquía (dec.)*, nº 59745/00, CEDH 2003 XI (extractos), *Bahçeci y Turan c. Turquía*, nº 33340/03, de 16 de junio de 2009), y también había dictado sentencias en las que no se apreciaba la violación del derecho a la libertad de expresión (*Zana c. Turquía*, de 25 de noviembre de 1997, §§ 57-60, *Recopilación de sentencias y decisiones 1997 VII, Sürek (núm. 1)*, citada anteriormente, *Halis Doğan (nº 3)*, citada anteriormente, *Hocaoğulları*, citada anteriormente, y *Leroy*, citada anteriormente). Teniendo en cuenta la citada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional dictaminó que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578 del Código Penal español supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del “discurso del odio” por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Uno de los jueces del Tribunal Constitucional expresó un voto discrepante. En su

opinión, se había producido una violación del derecho del demandante a la libertad de expresión, ya que no podía concluirse que su conducta supusiera una incitación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista. Los elementos que se habían tenido en cuenta para valorar la incitación a la violencia, como los carteles que anunciaban el acto, no eran imputables al demandante, y no se admitió la responsabilidad de los responsables de tales decisiones. Por lo que respecta a su discurso, su contenido no era ambiguo, ya que el demandante pidió explícitamente conseguir los objetivos políticos del independentismo vasco por medios pacíficos y democráticos. Por lo tanto, se trataba de un discurso político sobre un tema netamente de interés en el debate partidista.

MARCO JURÍDICO Y PRÁCTICAS NACIONALES E INTERNACIONALES PERTINENTES

I. NORMATIVA INTERNA

14. Las disposiciones pertinentes en el presente caso de la Constitución Española están redactadas como sigue:

Artículo 20

« 1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción;

(...)

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

(...)

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

(...) »

15. Las disposiciones pertinentes en el presente caso del Código Penal eran las siguientes en el momento de los hechos:

Artículo 41

“La pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena”.

Artículo 578

“1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 (...)”.

Artículo 579

« (...) 2. Los responsables de las conductas previstas en este Capítulo, sin perjuicio de las penas que les correspondan en base a los artículos anteriores, serán castigados, además, con la de inhabilitación especial por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente. (...)”.

II. CONTEXTO INTERNO

16. El 3 de diciembre de 2008, ETA asesinó a un empresario vasco, Ignacio Uría Mendizábal, por su participación en la construcción de una línea ferroviaria para mejorar la conexión entre el País Vasco y el resto de España. Desde 1995, ETA ha decidido atentar contra políticos, periodistas, jueces y funcionarios de prisiones, entre otros, utilizando la violencia callejera para conseguir sus objetivos (se registraron 136 días de violencia callejera en 1995). En 2005, un total de 956 personas en el País Vasco requirieron escolta estatal, y en 2008 había 185 jueces, 105 empresarios y 500 políticos en esa situación. Entre 1990 y 2011, un total de 1.619 personas en el País Vasco requirieron escolta estatal¹. Además, unos 10.000 empresarios vascos recibieron cartas de extorsión de ETA con amenazas de muerte si se negaban a pagar².

17. Finalmente, en 2006 ETA rompió el alto el fuego anunciado ese mismo año con un atentado en el aeropuerto de Barajas, Madrid, que mató a dos personas e hirió a otras veinte. Cuando se produjeron estos hechos, en el entorno del partido político Herri Batasuna, que había estado prohibido, existía un debate interno permanente y un ambiente de ambigüedad. Por un lado, estaban los que defendían la reconstrucción del partido político alejándose de la violencia de ETA y, por otro, los que estaban a favor de ETA.

¹ *Informe sobre la injusticia padecida por las personas amenazadas por ETA (1990-2011)*. José Ramón Intxaurbe, Vitorica Eduardo J. Ruiz Vieytes, Gorka Urrutia Asua. Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe / Eusko Jaurlaritza Universidad de Deusto 31 de marzo de 2016. Informe encargado por el Gobierno Vasco.

² *Misivas del terror. Análisis ético-político de la extorsión y la violencia de ETA contra el mundo empresarial*. Izaskun Saéz de la Fuente Aldama. Marcial Pons, Ediciones de Historia, 2017.

En cuanto a los hechos, tras el suceso en cuestión, la fiscalía abrió una investigación penal y la asociación “Dignidad y Justicia”, que agrupa a las víctimas del terrorismo de ETA, presentó una denuncia contra el demandante.

III. TEXTOS DEL CONSEJO DE EUROPA

18. El anexo de la Recomendación R (97)20 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el "discurso del odio", adoptada el 30 de octubre de 1997, define el ámbito de aplicación de los principios establecidos en ella de la siguiente manera:

“A efectos de la aplicación de estos principios, debe entenderse que el término "discurso de odio" abarca todas las formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”.

19. El artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo, que entró en vigor el 1 de junio de 2007, firmado y ratificado por España (entró en vigor en este país el 1 de junio de 2009), dice lo siguiente:

Artículo 5

Provocación pública para cometer delitos terroristas

“1. A los efectos del presente Convenio, se entenderá por “provocación pública para cometer delitos terroristas” la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos.

2. Cada Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la provocación pública para cometer delitos terroristas tal como se define en el apartado 1, cuando se cometa ilegal e intencionadamente”.

LEGISLACIÓN

I. I. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO

20. El demandante se quejó de que se había vulnerado su derecho a la libertad de expresión por su condena por enaltecimiento del terrorismo, a pesar de que, en su opinión, el único objetivo de su discurso era establecer un proceso exclusivamente democrático y pacífico dirigido a conseguir la independencia del País Vasco. Consideró que su condena constituía una violación del artículo 10 del Convenio, que establece que:

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

21. El Gobierno impugnó dicha afirmación.

A. Sobre la admisibilidad

22. Sobre la base del mismo razonamiento expuesto por el Gobierno sobre la cuestión de la presunta violación del artículo 10 del Convenio (véanse los párrafos 34, 35 y 36 infra), el Gobierno consideró que la demanda debía ser declarada inadmisibile por carencia manifiesta de fundamento.

23. El demandante impugnó esta afirmación.

24. El Tribunal considera que la presente demanda plantea cuestiones complejas de hecho y de derecho que no pueden determinarse sin un examen del fondo. Por lo tanto, rechazó la objeción de admisibilidad del Gobierno.

25. Al considerar que la demanda no carece manifiestamente de fundamento en el sentido del artículo 35 del Convenio y que no planteaba ninguna otra causa de inadmisibilidad, el Tribunal la declaró admisible.

B. Sobre el fondo

26. El Tribunal señala que es indiscutible entre las partes que la condena impugnada constituye una injerencia en el derecho a la libertad de expresión del demandante, garantizado por el artículo 10 § 1 del Convenio. Tampoco se discute que la injerencia estaba prevista por la ley y perseguía un objetivo legítimo, a saber, la seguridad pública, la prevención de desórdenes o delitos o la protección de la reputación o los derechos de los demás, en el sentido del artículo 10.2 del Convenio. En este caso, la controversia se refiere a si la injerencia era "necesaria en una sociedad democrática" (*Leroy c. Francia*, nº 36109/03, § 43, de 2 de octubre de 2008; *Stomakhin c. Rusia*, nº 52273/07, § 83, de 9 de mayo de 2018; *Atamanchuk c. Rusia*, nº 4493/11, §§ 40-42, de 11 de febrero de 2020).

1. Alegaciones de las partes

27. El demandante afirmó que de su discurso y de las posiciones que había adoptado públicamente en varias ocasiones se desprendería que su objetivo no era la comisión de actos violentos, sino la persecución de los objetivos políticos que decía querer defender mediante un proceso exclusivamente democrático y pacífico, en ausencia de toda violencia. En su opinión, aunque se puede considerar que la injerencia en su libertad de expresión tenía una base legal y una finalidad legítima, no se puede concluir que fuera necesaria en una sociedad democrática.

28. El demandante también mantuvo que sus comentarios eran de naturaleza política, dado el importante papel que dijo haber desempeñado siempre en el movimiento independentista vasco, habiendo sido durante diecinueve años concejal de la ciudad de Bilbao y del País Vasco. Además, afirmó que Argala perteneció a la organización terrorista ETA durante la dictadura española y que se benefició de una ley de amnistía, no habiendo sido nunca condenado ni siquiera procesado

29. El demandante alegó que el acto de conmemoración organizado en memoria de la muerte de Argala había sido legal: afirmó a este respecto que el acto había sido autorizado por las autoridades y que éstas no habían procesado a los organizadores. La policía acudió al acto en cuestión y redactó un informe en el que se señalaba que no había habido ninguna conducta penalmente reprochable. Además, el discurso se pronunció supuestamente ante unas cincuenta personas, la mayoría de las cuales eran familiares de la víctima y la habían conocido personalmente. Según el interesado, también debe tenerse en cuenta el hecho de que las declaraciones controvertidas se realizaron oralmente, sin posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retirarlas.

30. Además, el demandante afirmó que su intervención se enmarcaba en un debate de interés público de vital importancia en el País Vasco, a saber, la elección de medios exclusivamente democráticos y pacíficos para perseguir los objetivos políticos del movimiento independentista vasco. En este sentido, considera que el margen de apreciación del que gozaba el Estado era especialmente limitado. También señaló que, durante el desarrollo de todo el proceso, ETA había anunciado el alto el fuego definitivo de la organización, por lo que consideró encontrarse en un contexto de ausencia de violencia por parte del movimiento independentista.

31. Por último, el demandante alegó que la sanción impuesta no es en absoluto proporcionada, habida cuenta de que, como político, durante muchos años no pudo ejercer actividades institucionales.

32. El Gobierno afirmó, en primer lugar, que en el momento de los hechos, en 2008, ETA seguía en plena actividad criminal, habiendo cometido una veintena de actos terroristas durante ese año. Afirmó que el homenajeado, Argala, lo había sido en su calidad de dirigente de la organización terrorista ETA y que en el cartel de invitación al acto aparecía

una cita atribuida a él que terminaba con las palabras "la lucha armada es indispensable para el progreso". Por tanto, según el Gobierno, en su discurso el demandante se había referido a la necesidad de continuar la lucha armada mientras se llevaban a cabo las negociaciones con las autoridades nacionales. En su opinión, como resultado, ETA había seguido el camino defendido por el demandante y, por esa razón, se habían producido nuevos atentados durante 2008.

33. El Gobierno consideró que las palabras del demandante habían apoyado y justificado las actividades criminales llevadas a cabo por ETA. En su opinión, un homenaje a una persona que había sido un importante dirigente de la organización sólo podía ser interpretado por los partidarios de ETA como un acto de apoyo a la actividad terrorista. La aplicación del derecho penal contra ese acto de apología del terrorismo ha demostrado ser una medida proporcionada en una sociedad democrática.

34. Por último, el Gobierno argumentó que el discurso del odio no podía excusarse sobre la base de la naturaleza política de las declaraciones o de la personalidad del individuo que las hacía. Concluir lo contrario sería admitir un comportamiento completamente irresponsable, como, en este caso, un intento de adoctrinamiento de masas. El Gobierno también consideró que el hecho de que el debate fuera de interés público no podía justificar la incitación al odio asociada a las declaraciones en cuestión. Consideró que el único interés público que debía prevalecer en el presente caso era la erradicación de la violencia terrorista. Por lo que se refiere al carácter oral de las declaraciones en cuestión, también debe tenerse en cuenta que el demandante había preparado su discurso con antelación y, por tanto, había tenido la oportunidad de reflexionar sobre ellas.

2. Valoración del Tribunal

a) Principios generales

35. Los principios generales que deben seguirse para determinar si una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión es "necesaria en una sociedad democrática" en el sentido del artículo 10 § 2 del Convenio están consolidados en la jurisprudencia del Tribunal. Se han reiterado en varias ocasiones (*Mouvement raëlien suisse v. Suiza* [GS], nº 16354/06, § 48, CEDH 2012, *Animal Defenders International c. Reino Unido* [GS], nº 48876/08, § 100, CEDH 2013, y *Perinçek c. Suiza* [GS], nº 27510/08, § 196, CEDH 2015) y pueden resumirse como sigue:

i. La libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo individual. Salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10, no solo se aplica a las "informaciones" o "ideas" que son acogidas favorablemente o se consideran inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofenden, hieren o molestan: es la esencia del pluralismo,

la tolerancia y la apertura, sin las cuales no hay "sociedad democrática". Tal y como se recoge en el artículo 10, está sujeta a excepciones que, sin embargo, deben interpretarse de forma restrictiva, y la necesidad de limitarla debe establecerse de forma convincente.

ii. El adjetivo "necesario" del apartado 2 del artículo 10 implica una necesidad social imperiosa. Las Altas Partes Contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para determinar si existe tal necesidad, pero ello va unido a un control europeo tanto del derecho como de las decisiones que lo aplican, incluso cuando emanan de un tribunal independiente. Por lo tanto, el Tribunal tiene la última palabra sobre si una "restricción" es compatible con la libertad de expresión.

iii. No es tarea del Tribunal ocupar el lugar de las autoridades nacionales competentes, pero sí revisar sus decisiones en virtud del artículo 10. De ello no se desprende que aquel deba limitarse a examinar si el Estado demandado ejerció esta facultad de apreciación de buena fe, con diligencia y de manera razonable: debe examinar la injerencia en cuestión considerando el asunto en su conjunto para determinar si fue proporcionada al objetivo legítimo perseguido y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla parecen pertinentes y suficientes. Al hacerlo, el Tribunal debe cerciorarse de que las autoridades nacionales aplicaron normas conformes con los principios previstos en el artículo 10 y, además, sobre la base de una evaluación adecuada de los hechos relevantes.

36. El artículo 10 § 2 del Convenio deja escaso margen para las restricciones a la libertad de expresión en la esfera del discurso y del debate político - donde resulta de suma importancia - o en asuntos de interés público. Sin embargo, esto no significa que la libertad de expresión en el ámbito de la crítica política sea ilimitada. El Tribunal recuerda que la tolerancia y el respeto de una dignidad igual para todos los seres humanos son la base de una sociedad democrática y pluralista. De ello se deduce que, en principio, puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar o incluso impedir toda forma de expresión que propague, fomente, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia (incluida la religiosa), si se procura que las "formalidades", "condiciones", "restricciones" o "sanciones" impuestas sean proporcionales al fin legítimo que se persigue (véase, en relación con el discurso del odio y la apología de la violencia, *Sürek* (nº 1), antes citada, § 62, *Gündüz*, antes citada, § 40, y *Stern Taulats y Roura Capellera v. España*, nº 51168/15 y 51186/15, § 33, de 13 de marzo de 2018).

37. Así, a la hora de determinar si la injerencia de los poderes públicos en el derecho a la libertad de expresión es "necesaria en una sociedad democrática", el Tribunal ha subrayado que una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco de un debate político sólo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales y que el elemento esencial que debe tenerse en cuenta es si el discurso insta a

usar la violencia o constituye un discurso de odio (véase, entre otras muchas, *Gerger v. Turquía* [GS], nº 24919/94, § 50, de 8 de julio de 1999, *Wingrove v. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1996, § 58, Informes 1996 V, *Otegi Mondragón c. España*, nº 2034/07, §§ 50 y 54, TEDH 2011, y *Stern Taulats y Roura Capellera*, antes citada, § 34).

38. Para determinar si ha habido discurso del odio, hay que tener en cuenta una serie de factores, que aparecen de forma sistemática, entre otros, en el asunto *Perinçek* (citado anteriormente, §§ 204-207, con las referencias allí citadas):

i. Si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso. Si este es el caso, el Tribunal generalmente acepta que alguna forma de injerencia con tales declaraciones puede estar justificada.

ii. La cuestión de si el discurso, debidamente interpretado y evaluado en su contexto inmediato o más amplio, puede considerarse un llamamiento directo o indirecto a la violencia o una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia. Al considerar esta cuestión, el Tribunal es especialmente sensible con las declaraciones categóricas que atacan o denigran a colectivos enteros, ya sean étnicos, religiosos o de otro tipo.

iii. El Tribunal también tiene en cuenta la forma en que se hicieron las declaraciones y su capacidad -directa o indirecta- de causar daño.

39. En los casos mencionados, fue la combinación de estos diferentes factores, y no uno de ellos por separado, lo que desempeñó un papel decisivo en el resultado. Por lo tanto, el Tribunal aborda los casos de este tipo teniendo sumamente en cuenta contexto (*Perinçek*, citada anteriormente, § 208).

b) Aplicación de dichos principios al presente caso

40. En primer lugar, cabe señalar que, aunque el demandante es una persona de cierta importancia política, dada su pasada larga trayectoria política en el País Vasco y su posición como referente en el movimiento independentista vasco, en el momento de los hechos no estaba actuando en calidad de político (véase el párrafo 11 anterior). En efecto, no habló en calidad de miembro electo de un grupo parlamentario o de un partido político, ya que no tenía esa condición en el momento de los hechos ni desde hacía muchos años (véase, *a contrario*, *Otegi Mondragón*, antes citada, § 51, y *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992, § 6, Serie A nº 236).

41. No obstante, el Tribunal considera que los comentarios del demandante eran de interés general en el contexto de la sociedad española, y en particular del País Vasco. De hecho, la cuestión de la independencia del País Vasco ha sido durante mucho tiempo un tema recurrente en la sociedad española, al igual que el debate sobre el uso o no de la lucha armada para lograr la independencia del País Vasco. En este sentido, la cuestión de la integridad territorial de España es un tema sensible que genera diferentes

puntos de vista y opiniones en el seno de la sociedad española, a menudo fuertes y apasionadas. Este es un debate que no suele dejar indiferente a la sociedad española, sino todo lo contrario. Se trata, pues, de un debate público de interés general (véanse, *mutatis mutandis*, *Mamère c. Francia*, nº 12697/03, § 20, CEDH 2006 XIII, *Hertel c. Suiza*, de 25 de agosto de 1998, § 47, Informes 1998 VI, *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega* [GS], nº 21980/93, § 62, CEDH 1999 III, *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Suiza*, nº 24699/94, §§ 70 y 72, CEDH 2001 VI, y *Steel y Morris v. Reino Unido*, nº 68416/01, §§ 88-89, CEDH 2005 II).

42. Sin embargo, el hecho de que sea un asunto de interés público no implica que el derecho a la libertad de expresión en este ámbito sea ilimitado. Como se ha recordado en los párrafos 37 y 38, la tolerancia y el respeto a la igual dignidad de todos los seres humanos son la base de una sociedad democrática, pluralista y pacífica. Por lo tanto, es necesario determinar si el discurso del demandante en el presente caso instaba al uso de la violencia o si puede considerarse como un discurso de odio o de alabanza o justificación del terrorismo. A tal efecto, el Tribunal debe determinar si la sanción impuesta al demandante puede considerarse proporcionada al fin legítimo perseguido, teniendo en cuenta los distintos factores que caracterizan el discurso del odio o la exaltación o justificación del terrorismo y que se han mencionado en los apartados 40 y 41 supra. En particular, debe tenerse en cuenta el contexto en el que se produjeron los hechos del caso (véase *Perinçek*, citada anteriormente, § 208).

43. En cuanto al primero de los criterios del discurso del odio, el Tribunal observa que las declaraciones del demandante se hicieron en un contexto político y social tenso. El Tribunal ya ha evaluado la situación en España con respecto al terrorismo durante varios años y el hecho de que el País Vasco se considere una "región políticamente sensible" (*Herri Batasuna y Batasuna c. España*, nº 25803/04 y 25817/04, § 89, TEDH 2009). Observa, en particular, que los hechos descritos en los apartados 18 y 19 reflejan claramente que el contexto era de tensión política y social.

44. Por lo que respecta al segundo de los criterios mencionados, es necesario examinar si las observaciones impugnadas, correctamente interpretadas y evaluadas en su contexto inmediato o más general, pueden considerarse un llamamiento directo o indirecto a la violencia o una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia. El Tribunal señaló que el interesado había participado como orador principal en un acto destinado a honrar y ensalzar a un miembro reconocido de la organización terrorista ETA. Sin embargo, el Tribunal considera que el discurso leído en su conjunto no incita a utilizar la violencia ni a la resistencia armada, ni directa ni indirectamente (véase *Gerger c. Turquía* [GS], ya citada, § 50, y *Faruk Temel c. Turquía*, nº 16853/05, § 62, de 1 de febrero de 2011). De hecho, el demandante expresó explícitamente la opinión de que se debe elegir el camino más adecuado para conducir al pueblo hacia un escenario

democrático. Aunque algunas de las expresiones utilizadas por el demandante podrían considerarse ambiguas (véase el apartado 10 supra), no puede concluirse que tuviera la intención de incitar a utilizar la violencia mientras justificaba y alababa la violencia terrorista. A este respecto, cabe recordar que el artículo 10 § 2 del Convenio deja poco margen para las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito de la expresión y el debate políticos (véase el apartado 38 anterior).

45. El Tribunal señala que existen varias ambigüedades en cuanto al contexto del acto y a las razones aducidas por el demandante para asistir. De hecho, aunque el demandante alega que se trataba de un acto familiar, también afirma que era un acto político. El demandante alega, además, que se trataba de un acto privado pero celebrado en un lugar público en el que se discutía un asunto de interés general. También afirma que los asistentes ascendían a 50 entre amigos y familiares, aunque en realidad asistieron finalmente 250 personas. Asimismo hay que tener en cuenta que las autoridades no fueron informadas de la naturaleza real del acto que finalmente tuvo lugar. Por otra parte, el Tribunal observa, en particular, que el demandante no era ni el organizador del acto ni la persona encargada de mostrar las fotografías de los miembros de ETA encapuchados (véanse los apartados 5 a 7 supra). Estima que la mera participación del demandante en el acto no puede considerarse en sí misma como un llamamiento a utilizar la violencia ni que constituya un delito de odio (*Nejdet Atalay c. Turquía*, nº 76224/12, § 20, de 19 de noviembre de 2019).

46. Por último, en lo que respecta al tercero de los criterios que caracterizar en discurso del odio, es decir, la forma en que se hicieron las declaraciones y su capacidad -directa o indirecta- de causar daño, el Tribunal observa que las declaraciones del demandante se hicieron oralmente en un acto al que asistieron partidarios del movimiento independentista vasco y, en particular, de Argala. A este respecto, por la forma en que se hicieron las declaraciones no se desprende una especial tendencia de causar daño (véase *Gerger*, antes citada, § 50, y, a contrario, *Féret*, antes citada, § 76, y *Vejdeland y otros c. Suecia*, nº 1813/07, § 56, de 9 de febrero de 2012).

47. Si la motivación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos sobre los límites de la libertad de expresión cuando están en juego los derechos de terceros es suficiente y se ajusta a los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal, deben existir razones fundadas para que el Tribunal se pronuncie de manera diferente a los órganos jurisdiccionales internos (*MGN Limited c. Reino Unido*, nº 39401/04, §§ 150 y 155, de 18 de enero de 2011, y *Palomo Sánchez y otros c. España* [GC], nº 28955/06 y otras 3, § 57, CEDH 2011). No obstante, teniendo en cuenta todos los criterios mencionados en relación con el contexto del caso, el Tribunal no puede ajustarse a la valoración de los hechos relevantes realizada por el tribunal nacional al condenar al demandante. En efecto, a la vista de las

circunstancias que rodearon el acto en cuestión, el discurso del demandante no supuso un "discurso del odio". Aunque el discurso se pronunció en el marco de un acto de homenaje a un miembro de la organización terrorista ETA, el Tribunal no puede concluir que el demandante tratara de justificar actos terroristas o de enaltecer el terrorismo. Por el contrario, de las palabras del demandante se desprende que abogaba por la reflexión para emprender una nueva vía democrática. El Tribunal es muy consciente de que, en el momento de los hechos, la violencia terrorista de ETA era todavía una dura realidad (véanse los párrafos 18 y 19 supra). Sin embargo, este factor no puede justificar la condena del demandante, que fue considerado responsable de todos los actos realizados en relación con el homenaje de Argala.

48. Por último, el Tribunal recuerda que la naturaleza y la gravedad de las penas impuestas son también factores que deben tenerse en cuenta para apreciar la proporcionalidad de la injerencia (*Kubaszewski c. Polonia*, nº 571/04, § 46, de 2 de febrero de 2010). En particular, el Tribunal ya ha declarado en varias ocasiones que una pena de prisión impuesta en casos de difamación sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido gravemente perjudicados, como por ejemplo, en el caso de que se divulguen discursos de odio o de incitación a la violencia (*Amorim Giestas y Jesús Costa Bordalo v. Portugal*, nº 37840/10, § 36, de 3 de abril de 2014). De las conclusiones anteriores, se desprende que la condena del demandante no puede considerarse una medida proporcionada.

49. A la vista de cuanto antecede y, en particular, de que no se ha probado la existencia de una incitación directa o indirecta a la violencia terrorista y de que el discurso del demandante parecía más bien abogar por una vía democrática para alcanzar los objetivos políticos de la izquierda *abertzale*, la injerencia de las autoridades públicas en el derecho a la libertad de expresión del demandante no puede calificarse de "necesaria en una sociedad democrática".

50. El Tribunal concluye que en el presente asunto se ha producido una vulneración del artículo 10 del Convenio.

II. RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

51. El artículo 41 del Convenio establece que:

“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”.

A. Daños

52. El demandante reclamó 20.000 euros por los daños morales que considera haber sufrido, haciendo referencia al asunto *Otegi Mondragon*, anteriormente citado, §§ 70-72.

53. El Gobierno consideró que no debía concederse cantidad alguna al demandante, ya que no había demostrado que hubiera sufrido daño alguno como consecuencia de su suspensión del derecho de sufragio pasivo durante siete años.

54. El Tribunal concede al demandante 6.000 euros por daños morales, más el importe que pueda corresponder a esta suma en concepto de impuestos.

B. Gastos y costas

55. El demandante reclama 3.000,80 euros por las costas y gastos incurridos ante los tribunales nacionales y 5.000 euros en concepto de gastos incurridos en el procedimiento seguido ante este Tribunal.

56. El Gobierno considera excesivos los importes reclamados por el demandante.

57. De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, un demandante tiene derecho al reembolso de sus costas y gastos únicamente si se demuestra que son reales, necesarios y razonables en cuanto a su cuantía. En el presente caso, a la vista de la documentación que obra en su poder, el Tribunal considera que no se ha acreditado la veracidad de las costas y gastos incurridos ante los tribunales internos. Por lo tanto, considera razonable conceder al demandante la cantidad de 5.000 euros, más cualquier otro importe que pueda corresponderle en concepto de impuestos.

C. Intereses de demora

58. El Tribunal considera adecuado aplicar un tipo de interés moratorio sobre la base del tipo de interés marginal interbancario establecido por el Banco Central Europeo incrementado en tres puntos porcentuales.

POR CUANTO ANTECEDE, ESTE TRIBUNAL,

1. *Declara*, por unanimidad, admitir la demanda;
2. *Considera*, por cuatro votos contra tres, que se ha vulnerado el artículo 10 del Convenio;
3. *Considera*, por cuatro votos contra tres:

- a) Que el Estado demandado deberá abonar al demandante, en un plazo de tres meses desde la firmeza de la presente sentencia, de conformidad con el art. 44.2 del Convenio, los siguientes importes:
 - i. 6.000 euros (seis mil euros), más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños morales;
 - ii. 5.000 euros (cinco mil euros), más cualquier impuesto exigible al demandante, en concepto de costas y gastos;
 - b) Que desde el vencimiento de los citados tres meses hasta su liquidación, se abonará un interés simple sobre las cantidades anteriores igual al tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo durante el periodo de mora, incrementado en un tres por ciento;
4. *Desestima*, por unanimidad, el resto de la demanda de satisfacción equitativa.

Redactado en francés y notificado por escrito el 22 de junio de 2021, de conformidad con la Regla 77 §§ 2 y 3 del Reglamento del Tribunal.

Milan Blaško
Secretario

Paul Lemmens
Presidente

De conformidad con el artículo 45 § 2 del Convenio y la Regla 74 § 2 del Reglamento del Tribunal, se incluyen los votos particulares de los siguientes jueces:

- voto concurrente del juez Lemmens;
- voto discrepante del juez Dedov.

P.L.
M.B.

VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ LEMMENS

1. Coincido con mis colegas de la mayoría en que se ha producido una vulneración del artículo 10 del Convenio en el presente caso.

Sin embargo, mientras que mis colegas sitúan la vulneración únicamente en el nivel de las decisiones de los tribunales nacionales, en mi opinión ya está en el nivel de la legislación aplicable. Además, me parece que la sentencia es algo ambigua en cuanto al discurso, en relación con el terrorismo, que podría justificar una reacción de las autoridades.

Principios generales aplicables: llamamiento a la violencia y discurso de odio.

2. La sentencia recuerda que la libertad de expresión no solo se aplica a la información o a las ideas “que ofenden, hieren o molestan” (párrafo 37.i de la sentencia). Recuerda asimismo que el artículo 10 del Convenio “deja poco margen para las restricciones a la libertad de expresión en la esfera del discurso y del debate político - donde resulta de suma importancia - o en asuntos de interés general” (párrafo 38 de la sentencia).

Mientras que el discurso relacionado con asuntos de interés público exige una fuerte protección, el discurso que “defiende o justifica la violencia, el odio, la xenofobia u otras formas de intolerancia” no suele estar protegido por el artículo 10 (*Perinçek c. Suiza* [GS], nº 27510/08, § 230, CEDH 2015 (extractos)).

3. Entre los tipos de discurso que escapan al alto nivel de protección están, en primer lugar, los *llamamientos a la violencia*. En el caso de un discurso político pronunciado en el contexto de la tensión existente entre un Estado central y una región que reclama su autonomía, puede tratarse de una incitación “a la resistencia armada o al levantamiento” (véase *Gerger c. Turquía* [GS], nº 24919/94, § 50, de 8 de julio de 1999). En un escenario de terrorismo, puede tratarse de una llamada a cometer un acto terrorista (véase el artículo 5 del Convenio para la Prevención del Terrorismo, firmado el 16 de mayo de 2005, citado en el párrafo 21 de la sentencia, que obliga a los Estados Partes a tipificar como delito la “provocación pública para cometer delitos terroristas”; para los supuestos de aplicación: *Gürbüz y Bayar c. Turquía*, nº 8860/13, § 42, de 23 de julio de 2019, y *Mehdi Tanrikulu c. Turquía* (nº 2), nº 33374/10, § 64, de 19 de enero de 2021).

Puede tratarse de llamamientos directos o indirectos (véase *Perinçek*, antes citada, § 206, *Kaboğlu y Orán c. Turquía*, nº 1759/08 y otras 2, § 82, de 30 de octubre de 2018, y *Altıntaş c. Turquía*, nº 50495/08, § 31, de 10 de marzo de 2020).

4. A continuación está el *discurso del odio*.

Este concepto abarca "todas las formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio basado en la intolerancia" (*Gündüz c. Turquía*, nº 35071/97, § 40, CEDH 2003 XI; para una definición más detallada, véase el anexo de la Recomendación R (97)20 del Comité de Ministros de 30 de octubre de 1997 sobre el "discurso del odio", citado en el apartado 20 de la sentencia). El Tribunal ha citado como ejemplo "las declaraciones categóricas que atacan o denigran a colectivos enteros, ya sean étnicas, religiosas o de otro tipo" (*Perinçek*, citada anteriormente, § 206). Tales declaraciones "son incompatibles con los valores de tolerancia, paz social y no discriminación que subyacen en el Convenio y quedan fuera del derecho a la libertad de expresión consagrado en ella" (*S.A.S. c. Francia* [GS], nº 43835/11, § 149, CEDH 2014 (extractos); véanse, en este sentido, *Norwood c. Reino Unido* (dec.), nº 23131/03, CEDH 2004 XI, y *Pavel Ivanov c. Rusia* (dec.), nº 35222/04, de 20 de febrero de 2007).

La incitación al odio no implica necesariamente un llamamiento explícito a un acto de violencia u otros actos delictivos (*Féret v. Bélgica*, nº 15615/07, § 73, de 16 de julio de 2009, *Vejdeland y otros c. Suecia*, nº 1813/07, § 55, de 9 de febrero de 2012, *Dmitriyevskiy c. Rusia*, nº 42168/06, § 99, de 3 de octubre de 2017, *Ibragim Ibragimov y otros c. Rusia*, nº 1413/08 y 28621/11, § 94, de 28 de agosto de 2018 y *Atamanchuk c. Rusia*, nº 4493/11, § 52, de 11 de febrero de 2020).

5. En muchos casos, el Tribunal ha considerado que las declaraciones controvertidas, aunque puedan ser virulentas, no contienen ningún llamamiento al uso de la violencia y no constituyen un discurso de odio. En estos casos, señala que se trata de un "elemento esencial que debe tenerse en cuenta" (véase, por ejemplo, *Erdost v. Turquía*, nº 50747/99, § 47, de 8 de febrero de 2005, *Erdal Taş v. Turquía* (nº 3), nº 17445/02, § 33, de 20 de septiembre de 2007, *Savgın v. Turquía*, nº 13304/03, § 45, de 2 de febrero de 2010, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turquía*, nº 20641/05, § 75, TEDH 2012 (extractos), *Önal c. Turquía*, nº 41445/04 y 41453/04, § 42, de 2 de octubre de 2012, y *Bülent Kaya c. Turquía*, nº 52056/08, § 41, de 22 de octubre de 2013). Dicho elemento lleva al Tribunal a considerar que el margen de apreciación de las autoridades nacionales respecto a las declaraciones controvertidas es limitado.

Además, en un caso en el que un demandante fue procesado y condenado por "propaganda a favor de una organización terrorista", el Tribunal consideró que se había producido una violación del artículo 10 porque los tribunales nacionales no habían evaluado si las declaraciones controvertidas podían considerarse como una incitación a la violencia o constituían un delito de odio (*Özer c. Turquía* (nº 3), nº 69270/12, § 39, de 11 de febrero de 2020). El mensaje es claro: el mero hecho de expresar una opinión

positiva sobre una organización terrorista no puede justificar la injerencia de las autoridades en la libertad de expresión.

La exaltación del terrorismo con arreglo al artículo 578 del Código Penal español

6. Ello nos lleva a profundizar en la tipificación del enaltecimiento, la apología o la exaltación del terrorismo, delito previsto en el artículo 578 del Código Penal español (véase el párrafo 17 de la sentencia) y por el que el demandante fue condenado en el presente caso.

El Tribunal "acepta que ciertas formas de identificación con una organización terrorista y, especialmente, la exaltación de ésta *pueden* considerarse como apoyo al terrorismo e incitación a la violencia y al odio. Asimismo, el Tribunal acepta que la divulgación de mensajes que alaben al autor de un atentado... [*puede*] constituir [un acto] de incitación a la violencia terrorista" (*Yavuz y Yaylali c. Turquía*, nº 12606/11, § 51, de 17 de diciembre de 2013, y *Güler y Uğur c. Turquía*, nº 31706/10 y 33088/10, § 52, de 2 de diciembre de 2014; cursiva añadida por quien suscribe). Sin embargo, restringir la libertad de expresión basándose en la exaltación del terrorismo "será escrupulosamente examinado por el Tribunal" (*Yavuz y Yaylali*, antes citada, § 51).

Si el enaltecimiento del terrorismo no puede considerarse, en las circunstancias concretas del caso, como una incitación a la violencia o un discurso de odio, en principio no constituye un motivo suficiente para justificar la condena de su autor (véase, entre otros, *Yavuz y Yaylali*, antes citada, § 52, y *Belge c. Turquía*, nº 50171/09, §§ 33-36, de 6 de diciembre de 2016, junto a las referencias allí citadas; compárese, en un asunto relativamente antiguo en el que la exaltación de un acto terrorista, en este caso el atentado contra las Torres Gemelas de Nueva York, se consideró en sí misma una razón pertinente y suficiente para justificar una sanción impuesta al autor del mensaje, a pesar de que sus intenciones no fueron examinadas por los tribunales internos, *Leroy c. Francia*, nº 36109/03, §§ 41-46, de 2 de octubre de 2008¹).

7. El artículo 578 § 1 del Código Penal español dispone que «el enaltecimiento o la justificación (...) de los delitos [terroristas] o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con una pena de prisión (...) y con una multa (...)»

¹ Para una crítica rigurosa de la sentencia *Leroy*, véase en particular M. Scheinin, "Limits to freedom of expression: lessons from counter-terrorism", en T. McGonagle e Y. Donders (eds.), *The United Nations and Freedom of Expression and Information. Critical Perspectives*, Cambridge University Press, 2015, (428), 437-438.

Es comprensible el sufrimiento de quienes, directa o indirectamente, han sido víctimas de atentados terroristas. El terrorismo no puede justificarse jamás.

Sin embargo, la disposición mencionada es demasiado amplia en términos del artículo 10 del Convenio. Tipifica como delito el enaltecimiento o la justificación del terrorismo, sin exigir que la opinión expresada pueda considerarse incitación a la violencia o discurso de odio. No obstante, esta consideración es un "elemento esencial" de la justificación de la injerencia basada en la exaltación del terrorismo (véase el apartado 5 anterior).

De hecho, la ley española ha sido duramente criticada por esta misma razón, incluso por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa², que se refirió a una posición anterior de cinco relatores especiales de la ONU sobre la modificación de las disposiciones del Código Penal español en materia de terrorismo³.

Hubiera preferido que el Tribunal afirmara explícitamente que el problema de la injerencia desproporcionada tiene su origen en la propia ley. En cualquier caso, las autoridades competentes del Estado demandado deberán extraer todas las consecuencias de la condena formulada por el Tribunal en esta sentencia.

Las resoluciones de la jurisdicción interna

8. Es cierto que los tribunales nacionales podrían haber aplicado el artículo 578.1 del Código Penal de forma que se excluyeran las declaraciones que no contienen una incitación a la violencia ni discurso de odio.

Como se explica en la sentencia, lamentablemente no aprovecharon esa oportunidad. Por el contrario, sus sentencias mantienen el concepto amplio de "exaltación del terrorismo". Además, en su apreciación de los hechos, los tribunales no tuvieron suficientemente en cuenta los propios términos del discurso del demandante, que reclamaba específicamente un "escenario democrático" para construir el futuro del País Vasco, ni el contexto de dicho discurso, en concreto el carácter conmemorativo y pacífico de la reunión.

² *El mal uso de la legislación antiterrorista amenaza la libertad de expresión*, Comentarios sobre Derechos Humanos del 4 de diciembre de 2018 (<https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/misuse-of-anti-terror-legislation-threatens-freedom-of-expression>). [versión francesa]

³ "Dos proyectos de reforma legal socavan los derechos de manifestación y expresión en España", declaración de 23 de febrero de 2015 (<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15597&LangID=S>).

Coincido plenamente con la conclusión del párrafo 51 de la sentencia. La condena del demandante constituye una injerencia en su derecho a la libertad de expresión que no puede calificarse de "necesaria". En otras palabras, la condena quedó fuera del margen de apreciación que el Convenio deja a los Estados para evaluar la necesidad de dicha injerencia.

Unas palabras sobre el uso del término "justificación de la violencia, el odio o la intolerancia"

9. Hay un último punto que me gustaría comentar. Creo que la mayoría, al valorar las decisiones de los tribunales nacionales, utiliza en algunas partes de la sentencia una terminología ambigua y que podría dar lugar a interpretaciones que no se ajustan a las exigencias del Convenio.

En efecto, mientras que la jurisprudencia del Tribunal se refiere generalmente a los discursos que constituyen una incitación a la violencia o un discurso de odio (véanse los apartados 3 y 4 *supra*), la presente sentencia se asocia en algunos aspectos a los discursos que constituyen un "enaltecimiento" o una "justificación" del terrorismo (véanse los apartados 44, 46 y 49 de la sentencia)⁴. Como he tratado de explicar anteriormente, el "mero" hecho de enaltecer el terrorismo o justificar los actos terroristas, sin que tales declaraciones se consideren llamamientos a la violencia o al discurso de odio, no es suficiente para sustraer tales opiniones a la protección del artículo 10.

En efecto, en su sentencia de referencia en el asunto *Perinçek*, citada en el párrafo 40 de la presente sentencia, el Tribunal declaró, entre otras cosas, que uno de los factores que debían tenerse en cuenta era "determinar si las palabras, correctamente interpretadas y valoradas en su contexto inmediato o más general, podían considerarse como una llamada directa o indirecta a la violencia o como una *justificación* de la violencia, el odio o la intolerancia" (véase *Perinçek*, antes citada, § 206; cursiva añadida por el que suscribe). Sin embargo, dicha "justificación" debe leerse en su contexto: en mi opinión, se refiere a un tipo concreto de discurso de odio, a saber, el que pretende justificar la violencia, el odio o la intolerancia dirigidos contra colectivos específicos de la población (véase, por ejemplo, *Féret*, antes citada, § 73, *Vejdeland y otros*, antes citada, § 55, *Dmitriyevskiy*, antes citada, § 99, *Ibragim Ibragimov y otros*, antes citada, § 94 y *Atamanchuk*, antes citada, § 52). El demandante no tenía ese discurso, centrado en el

⁴ La terminología de "justificación" también se utiliza en otras dos sentencias recientes de la Sección Tercera del Tribunal, que aún no son firmes y por ello no se citan en la presente sentencia: *RID Novaya Gazeta y ZAO Novaya Gazeta c. Rusia*, nº 44561/11, § 91, de 11 de mayo de 2021, y *Kilin c. Rusia*, nº 10271/12, § 71, de 11 de mayo de 2021. Lamento no haber apreciado en estos asuntos el problema de interpretación que podría plantear dicha terminología.

futuro del País Vasco sin dirigirse a ningún colectivo concreto de la población española como adversario.

Por tanto, sería mejor evitar transmitir que la "justificación" de la violencia (o del odio o la intolerancia) es una tercera categoría de discurso que puede justificar una respuesta de las autoridades, además de los llamamientos a la violencia y el discurso del odio.

Conclusión

10. En definitiva, aunque coincido plenamente con la conclusión a la que llega la mayoría, creo que el problema en este caso no son sólo las resoluciones de los tribunales nacionales, sino también la base legal de la condena, es decir, el artículo 578 del Código Penal.

Además, creo que sería mejor abandonar el ambiguo término "justificación de la violencia, el odio o la intolerancia", o al menos utilizarlo sólo tras aclarar el alcance previsto.

VOTO DISCREPANTE DEL JUEZ DEDOV

Quisiera señalar brevemente que, en lo que respecta al contexto de la forma de expresión como uno de los criterios que permiten determinar si la injerencia era necesaria para combatir la exaltación del terrorismo y como forma de alcanzar objetivos políticos, hay que prestar atención a diversos símbolos asociados al medio de expresión (como el retrato del líder de una organización terrorista). En el momento del acto, el demandante pronunció un discurso rodeado de estos símbolos. Puede que no haya sido una pieza clave en la organización y planificación del acto, pero ha desempeñado un papel fundamental en la puesta en escena de todo el ideario que lo rodea. Por tanto, en mi opinión, no hubo vulneración del artículo 10 del Convenio.