

Sección del Tribunal Constitucional**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

9392 *Pleno. Sentencia 177/2015, de 22 de julio de 2015. Recurso de amparo 956-2009. Promovido por don Jaume Roura Capellera y don Enric Stern Taulats respecto de las Sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Juzgado Central Penal que les condenaron por un delito de injurias a la Corona. Supuesta vulneración de los derechos a la libertad ideológica y de expresión: quema pública del retrato de los Reyes constitutiva de una incitación al odio. Votos particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente; doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 956-2009, promovido por don Jaume Roura Capellera y don Enric Stern Taulats, representados por el Procurador de los Tribunales don Adolfo Morales Hernández-San Juan y asistidos por el Abogado don Banet Salellas Villar, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 5 de diciembre de 2008, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Central Penal de la Audiencia Nacional, con fecha de 9 de julio de 2008, en el procedimiento abreviado núm. 52-2007. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el 30 de enero de 2009 el Procurador de los Tribunales don Adolfo Morales Hernández-San Juan, en nombre y representación de don Jaume Roura Capellera y don Enric Stern Taulats, interpuso recurso de amparo contra las Sentencias judiciales citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos que fundamentan la demanda de amparo son resumidamente los siguientes:

a) La Sentencia del Juzgado Central de la Audiencia Nacional declaró probado que «sobre las 20:00 horas del día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita institucional de S.M. el Rey a la ciudad de Gerona, Jaume Roura Capellera y Enric Stern Taulats ... quemaron previa colocación boca abajo de una fotografía de SS.MM. los Reyes de España en el curso de una concentración en la plaza de Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía "300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española". Lo citados iban con el rostro tapado para no ser identificados y, tras colocar la citada fotografía de

gran tamaño de SS.MM. los Reyes en la forma expuesta, en el centro de la plaza se procedió por Enric Stern a rociarla con un líquido inflamable y por Jaume Roura a prenderle fuego con una antorcha procediendo a su quema, mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza».

La citada Sentencia consideró que los hechos que acaban de recordarse eran constitutivos de un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 del Código Penal (CP) y por este motivo condenó a los hoy recurrentes en amparo a la pena de quince meses de prisión, que fue sustituida por multa de treinta meses con una cuota diaria de tres euros, lo que arroja un total de 2.700 euros. En el criterio de la Sentencia y a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en asuntos semejantes (SSTS de 28 de noviembre y 6 de diciembre de 1985), la condena de los recurrentes se funda en la naturaleza injuriosa de los hechos que protagonizaron, toda vez que «colocan la fotografía de SS.MM. los Reyes boca abajo, para ser quemada, tras el desarrollo de una manifestación precedente a la que habían acudido portando líquido inflamable, disfrazados y, por tanto, con la intención evidente de menospreciar la figura de Sus Majestades».

La Sentencia repite este mismo razonamiento poco después, para seguidamente afirmar que «[e]s obvio que para manifestar el rechazo a la Monarquía no es necesario menospreciar y vilipendiar a SS.MM. los Reyes, quemando su fotografía, tras haberla colocado deliberadamente boca abajo», y declarar que «[e]n un Estado democrático, en el que los derechos fundamentales de los ciudadanos se encuentran plenamente garantizados, nadie necesita cubrirse la cara para ejercer los derechos que considera legítimos». Todo lo cual confirma el carácter ilegítimo del acto realizado que no puede encontrar amparo en el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de participación política de los ciudadanos.

b) Contra esta Sentencia los recurrentes interpusieron recurso de apelación, denunciando, entre otros motivos de oposición y como ya defendieron en la instancia, la vulneración de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], en relación con la libertad ideológica (art. 16.1 CE). Mediante Sentencia de 5 de diciembre de 2008 el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó desestimar el recurso por considerar que los hechos enjuiciados exceden del ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Una conclusión que el órgano judicial funda literalmente del siguiente modo:

«En la ponderación de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor, en este caso, de la Institución [de la Corona], es doctrina constitucional constante desde la STC 107/1988 que, para decidir cuál prevalece en el caso concreto es determinante comprobar si en la manifestación de la idea u opinión, sea de palabra o por medio de la acción, se han añadido expresiones injuriosas por innecesarias para la expresión pública del pensamiento que se trata de manifestar o expresiones o acciones que son formalmente injuriosas.

En el caso [considerado] el hecho inconcuso es que en el transcurso de una concentración nacionalista y antiborbónica con motivo de la visita de los Reyes a Gerona, hay desplegadas pancartas contra la visita con alusiones al rey como representante de una dinastía impuesta al pueblo catalán ("300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española", rezaba una), al tiempo que los concentrados coreaban proclamas y eslóganes en la misma línea de pensamiento.

Sin duda, esos actos y expresiones están plenamente amparados por la libertad de expresión, que no excluye la posibilidad de exteriorizar ningún punto de vista a través de medios necesarios e idóneos y, por lo tanto no lesivos para otros derechos y valores constitucionales.

Sin embargo en el curso de la meritada concentración los dos condenados, con la cara tapada, se dirigen al centro de la reunión con una fotografía de [los Reyes] y, poniéndola bocabajo, le prenden fuego entre la algarabía general, para seguidamente, retirarse e intentar confundirse con el resto de los asistentes.

Esta acción es innecesaria para defender la opinión de los concentrados y es formalmente injuriosa, sobrepasa los límites amparados por el derecho fundamental

a la libertad de expresión y lesiona el derecho al honor de la Institución, la Corona, como institución constitucional democrática.»

Una conclusión que el órgano judicial remacha seguidamente al afirmar que la acción de los acusados

«es formalmente injuriosa por el contexto en que se produce:

Los asistentes al acto de protesta estaban ejerciendo su derecho con total libertad, sus proclamas e ideas estaban siendo difundidas sin cortapisa alguna y, sin embargo, escenifican lo que gráficamente podemos como un "aquejarre" o "juicio inquisitorial" en el que colocando la representación gráfica del Jefe del Estado en posición claudicante, bocabajo, lo embadurnan con aceite u otra sustancia inflamable y le prenden fuego como expresión simbólica del desprecio y destrucción de la Institución, pues el fuego, en el contexto en que se usa, tiene una carga negativa evidente.

Por último, que los propios apelantes tenían plena conciencia de lo que hacían y del exceso que ello representaba se extrae sin forzamiento alguno tanto del uso de la imagen fotográfica ... cuanto de que ocultan su rostro para impedir ser identificados, lo que solo tiene sentido por la conciencia de la antijuricidad de la acción que tienen los propios sujetos activos del delito. De lo anterior... se extrae la concurrencia del dolo exigido por el tipo penal.»

3. En su recurso de amparo los demandantes denuncian, al igual que ya hicieran antes en la vía judicial previa, que las Sentencias impugnadas vulneraron sus derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]. Respecto del primero la demanda subraya, con cita de la STC 20/1990, de 15 de febrero, que la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE, dado su carácter esencial para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político, no tiene más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. De acuerdo con este planteamiento, y habida cuenta de la dimensión externa de la libertad ideológica y el correlativo derecho a expresarla libremente, los recurrentes afirman que las Sentencias recurridas, partiendo del carácter pretendidamente injurioso de su conducta, se han apartado de la doctrina constitucional para detenerse «más en los límites de los derechos y libertades que en el [contenido constitucionalmente protegido] de los mismos» y, en consecuencia, acabar sancionando su opción ideológica contraria a la Monarquía.

En cuanto a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] los recurrentes recuerdan, con cita igualmente de doctrina constitucional, que dicha libertad ocupa una posición preferente, como elemento esencial para la formación de una opinión pública libre, y que en tal condición es objeto de especial protección constitucional y tiene reconocido por ese motivo un amplio espacio exento de coacción, que solo excluye aquellas expresiones que sean intrínsecas y absolutamente vejatorias que resulten impertinentes e innecesarias para la exposición de la idea que se pretende expresar. Adjetivos que en modo alguno cuadran con la conducta considerada que, aunque pueda parecer, a los ojos de algunos, incorrecta o incluso de mal gusto si se quiere, no implica ningún menosprecio intrínsecamente vejatorio contra los Reyes, como así de hecho lo entendió el Voto particular formulado a la Sentencia de apelación. Menos aún si se tiene en cuenta el contexto de reivindicación o contestación política en contra de la Monarquía en el que se produjo y la condición político-pública de la institución monárquica que resulta, en consecuencia, más permeable a la crítica. Esta es, por otra parte, la solución que siguen otros Tribunales Constitucionales, como es el caso del Tribunal Supremo de los EE.UU., que en su Sentencia de 21 de marzo de 1989 (*Texas v. Johnson*), anuló la condena penal impuesta a un manifestante que en el curso de una manifestación quemó la bandera americana, precisamente por considerar dicha conducta protegida por la libertad de expresión.

4. Por providencia de 26 de abril de 2010 la Sala Primera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo previsto en el art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), admitir a trámite el presente recurso de amparo. Asimismo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó requerir atentamente a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y al Juzgado Central de lo Penal a fin de que respectivamente remitieran testimonio del rollo núm. 5-2008 y procedimiento abreviado núm. 52-2007, y se emplazase a quienes hubieran sido parte en ese procedimiento, con excepción de la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional de amparo, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

5. Por diligencia de ordenación de 27 de mayo de 2010 se acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones reclamados y, con arreglo a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, conceder al Ministerio Fiscal y a las partes personadas plazo común por veinte días para que, con vista de las actuaciones recibidas, formularan alegaciones.

6. Con fecha 23 de junio de 2010 la representación procesal de los recurrentes presentó su escrito de alegaciones ratificándose en las ya formuladas en su escrito de demanda de amparo constitucional.

7. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 1 de julio de 2010, presentó sus alegaciones interesando la desestimación del amparo solicitado. Antes, sin embargo, razona sobre el posible incumplimiento del requisito del art. 49.1 LOTC, y que obliga a justificar en cada caso la especial trascendencia constitucional del recurso. Un requisito de cuyo efectivo cumplimiento el Ministerio Fiscal duda, pero que finalmente considera no obstante satisfecho a fin de no incurrir en «rigorismos innecesarios».

En cuanto al fondo del recurso el Fiscal, tras resumir lo principal de las alegaciones formuladas en la demanda y los antecedentes del caso, descarta que las Sentencias impugnadas hayan vulnerado la libertad ideológica que denuncia los recurrentes. Entre otras razones, pero principalmente, porque su condena penal no se funda en la ideología antimonárquica que confesadamente dicen defender, sino en el modo en el que la manifestaron externa y públicamente y, por tanto, por exceder de los límites del ejercicio de la libertad de expresión. Al respecto el Fiscal no comparte tampoco las alegaciones de los recurrentes y, con amplia cita de las SSTC 20/1990 y 107/1998 y del ATC 213/2006, considera que su comportamiento, por las circunstancias en las que se produjo, tuvo efectivamente un contenido o ánimo exclusivamente injurioso y vejatorio, conforme así lo entendieron las Sentencias impugnadas y sostendrían también la generalidad de los ciudadanos. De hecho, en su criterio, así lo prueba por otra parte el que los recurrentes no hayan discutido en ningún momento «el contenido vejatorio» de su conducta y el que su intención fuera efectivamente la de «expresar su total desprecio a los monarcas y su deseo de destrucción de la institución».

8. Con fecha 28 de septiembre de 2011 el Pleno de este Tribunal Constitucional acordó, de conformidad con el art. 10.1 n) LOTC y a propuesta de la Sala Primera, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

9. Por providencia de 21 de julio de 2015 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el 22 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Los demandantes de amparo impugnan la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 2008, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2008, que les condenó como autores de un delito de injurias contra la Corona, con la circunstancia agravante de disfraz, a la pena de quince meses de prisión, que fue sustituida por multa de treinta meses, con una cuota diaria de 3 euros.

2. Como ha quedado expuesto con más detalle en los antecedentes, los recurrentes denuncian formalmente y por separado la vulneración de sus libertades ideológica (art. 16.1 CE) y de expresión [art. 20.1 a) CE]. Por razones metodológicas se estima conveniente abordar en primer lugar la denuncia atinente a la lesión del segundo de los derechos enunciados. Sobre el contenido de la libertad de expresión y sus límites existe una consolidada doctrina constitucional que puede resumirse del siguiente modo:

a) Conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, y recuerdan, entre otras, las más recientes SSTC 41/2001, de 11 de abril, FJ 4, y 50/2010, de 4 de octubre, se ha subrayado repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto que garantiza para «la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática». De modo congruente, hemos insistido también en la necesidad de que dicha libertad «goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor» (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, y 50/2010, FJ 7).

b) También hemos sostenido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» (STEDH caso *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, de 24 de febrero de 1997, § 49). En fin, en esta última Sentencia hemos recordado también que en nuestro sistema «no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución ... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas».

En ese contexto, tanto este Tribunal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han insistido en el significado central del discurso político desde el ámbito de protección de los arts. 20 CE y 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), particularmente amparable cuando se ejerce por un representante político. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la libertad de expresión adquiere unos márgenes especialmente valiosos cuando se ejerce por una persona elegida por el pueblo (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi c. España*, §50), que representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus intereses, estándole «permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones» (caso *Otegi c. España*, § 54), por lo que en ese contexto el control debe ser más estricto (STEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells c. España*, § 42). Sin perjuicio de lo cual, el sujeto interviniente en el debate público de interés general debe tener en consideración ciertos límites y, singularmente, respetar la dignidad, la reputación y los derechos de terceros.

c) La libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el art. 20.1 a) CE «no reconoce un pretendido derecho al insulto» (SSTC 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo, y 50/2010, de 4 de octubre). En consecuencia, este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del art. 20.1 a) CE «las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición

de las mismas». Es decir, las que, «en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas».

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que «[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Féret c. Bélgica*, § 64), del mismo modo que la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.

d) Estos límites deben ser, no obstante, ponderados siempre con exquisito rigor. Esta regla, que es de obligada atención con carácter general, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, lo es todavía más cuando dicha libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales, en particular el derecho al honor (art. 18 CE), y señaladamente con otros intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. Cuando esto último sucede, como es el presente caso, esas limitaciones siempre han de ser «interpretadas de tal modo que el derecho fundamental [del art. 20.1 a) CE] no resulte desnaturalizado» (STC 20/1990, de 15 de febrero; FJ 4). Lo que, obliga entre otras consecuencias, «a modificar profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión», pues su posición preferente impone «la necesidad de dej[ar] un amplio espacio al disfrute de [dicha] libertad (SSTC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 4, y 278/2005, de 7 de noviembre; FJ 4), y «convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi*», tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos (SSTC 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, y 29/2009, de 26 de enero, FJ 3). En definitiva, el Juez penal ha de tener siempre presente su contenido constitucional para «no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático» (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4, y 253/2007, de 7 de noviembre, FJ 6, y STEDH, caso *Castells*, 23 de abril de 1992, § 46).

e) Así las cosas, el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues «es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito» (por todas, últimamente, STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). Por ese motivo, como también hemos repetido en múltiples ocasiones, «la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible» (STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3), y, por lo mismo, «constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración» (SSTC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). En suma, en casos como el presente, «no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido» (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2, y 127/2004, de 19 de julio).

f) Por lo demás, en supuestos como el actual la tarea que corresponde a este Tribunal no se «circunscribe a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial, ya que no se trata aquí de comprobar si dicha resolución ha infringido o no el art. 24.1 CE, sino de resolver un eventual conflicto entre los derechos afectados, determinando si, efectivamente, aquéllos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no

vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales» (por todas, STC 158/2009, de 25 de junio).

3. Con arreglo a estos presupuestos nos corresponde dilucidar si, como defienden los demandantes de amparo, el hecho de quemar, en las circunstancias descritas, una fotografía de SS.MM. los Reyes es una conducta penalmente no reprochable por constituir un legítimo ejercicio de la libertad de expresión que garantiza la Constitución [art. 20.1 a) CE] o si, por el contrario, como declararon las Sentencias judiciales ahora recurridas y, a su vez, ha opinado también en el presente proceso constitucional el Ministerio Fiscal, dicha conducta tiene un contenido intrínsecamente injurioso y vejatorio que desborda los límites constitucionales de la libertad de expresión. Para ello será preciso analizar la concreta acción ejecutada por los recurrentes, atendiendo particularmente a los siguientes criterios:

a) En primer lugar, conviene subrayar la singular y reforzada protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona, al igual que hace con otras altas Instituciones del Estado, para defender el propio Estado Constitucional, pues así lo corrobora el hecho de que el delito de injurias a la Corona no figure en el título XI del Código Penal, relativo a los delitos contra el honor, sino en el título XXI, dedicado precisamente a los delitos contra la Constitución. Por consiguiente, en lo que ahora exclusivamente nos importa, el art. 490.3 del Código Penal (CP) tipifica un delito de naturaleza pública, a cuyo través se protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a lo que la figura del Rey representa. No obstante, el honor y la dignidad del monarca también forman parte del bien jurídico protegido por el precepto, siempre que la ofensa tenga que ver con el ejercicio de sus funciones o se produzca con ocasión de dicho ejercicio. Ahora bien, la protección penal que ofrece el art. 490.3 CP no implica que el Rey, como máximo representante del Estado y símbolo de su unidad, quede excluido de la crítica especialmente por parte de aquéllos que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales del Estado, incluido el régimen monárquico. Y ello a pesar de la posición de neutralidad que el monarca ocupa en el debate político y del hecho de no estar sujeto a responsabilidad, pues tales circunstancias no pueden suponer un obstáculo al libre debate sobre su posible responsabilidad institucional o, incluso, simbólica, dentro de los límites del respeto a su reputación (caso *Otegui c. España*, § 56).

b) En segundo lugar, debe destacarse que la destrucción de un retrato oficial posee un innegable y señalado componente simbólico. Aunque las más genuinas formas de expresión consisten en manifestaciones orales o escritas, las personas pueden igualmente comunicar o expresar sus ideas y opiniones mediante conductas, hechos o comportamientos no verbales que, en tal consideración, son también manifestaciones de la libertad de expresión. En este sentido, la Constitución garantiza el derecho fundamental a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones no sólo mediante la palabra o el escrito, sino también mediante «cualquier otro medio de reproducción» [art. 20.1 a) CE]. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado que el art. 10 CEDH no protege sólo las ideas e información objeto de expresión, sino también la forma en que se plasman, por lo que su jurisprudencia en relación con tal precepto abarca las modalidades habituales de expresión (discurso oral y escrito), pero también otros medios menos obvios de expresión, como la exhibición de símbolos o la realización de conductas aptas para transmitir opiniones, ideas o información (por todas, STEDH de 21 de octubre de 2014, caso *Murat Vural c. Turquía*, §§ 44-51).

Por ello, las personas también pueden manifestar sus ideas y opiniones mediante un lenguaje simbólico (*symbolic speech*), o bien mediante otras conductas expresivas (*expressive conduct*). El componente significativo o expresivamente inocuo de determinados símbolos, actitudes o conductas dependerá, pues, del contexto que integre las circunstancias del caso.

c) Por último interesa remarcar que, desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más

que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público. Sin embargo, esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación. De ahí, precisamente, la importancia de calibrar el significado de la conducta llevada a cabo por los demandantes, a fin de determinar si dicho comportamiento expresa un pensamiento crítico contra la Monarquía y los Reyes, —si bien exteriorizado a través de una puesta en escena caracterizada por la aspereza y la acritud— que merece la protección constitucional que brinda el art. 20.1 a) CE o, por el contrario, se trata de un acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del monarca, instrumentado mediante una liturgia truculenta.

4. Teniendo en cuenta estos criterios y la doctrina constitucional que hemos expuesto más arriba debemos enjuiciar la constitucionalidad de la condena penal de los demandantes de amparo por un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 CP, a la luz de los hechos declarados probados en la vía judicial. Tal y como hemos recordado en los antecedentes de esta resolución, las Sentencias recurridas declaran probado que los recurrentes irrumpieron con el rostro tapado —uno encapuchado y otro embozado— en la concentración que siguió a la manifestación precedente celebrada en protesta de la visita real y, previa deliberada colocación boca abajo de una fotografía de gran tamaño de los Reyes, procedieron a quemarla mientras eran jaleados por varios de los concentrados para, seguidamente, retirarse e intentar confundirse con el resto de los asistentes. De las circunstancias relatadas, los órganos judiciales coligieron el carácter delictivo de los hechos, dada la expresión simbólica de desprecio y destrucción que en el contexto en que se produjo comportó el uso del fuego, amén de la colocación del retrato de los Reyes en posición claudicante (boca abajo). Dichos órganos también escindieron nítidamente la trascendencia jurídica de la precedente manifestación antimonárquica, que consideraron amparada por el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, del subsiguiente episodio sometido a enjuiciamiento, el cual, además de ser considerado formalmente injurioso, se reputó innecesario para exteriorizar una posición crítica hacia la Monarquía. Por tanto, en el ejercicio de las funciones que les son propias, los órganos judiciales fijaron los hechos probados, previa valoración de la prueba practicada en el plenario y, a su vez, concretaron la relevancia y significación jurídica del comportamiento de los demandantes, tanto para verificar la ineludible subsunción del *factum* en la norma penal, como para esclarecer si tales hechos estaban o no amparados por el derecho a la libertad de expresión.

Desde la perspectiva que nos corresponde debemos dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia.

Cuando una idea u opinión se manifiesta, como en el caso enjuiciado, mediante la destrucción de elementos con un valor simbólico, la conducta ha de ser examinada con arreglo a un canon de enjuiciamiento particularmente atento a las concretas circunstancias del caso. Un acto de destrucción puede sugerir una acción violenta y, en consecuencia, ser susceptible de albergar mensajes que no merecen protección constitucional. Pues, como es obvio, no es jurídicamente indiferente manifestar la protesta o el sentimiento crítico utilizando medios o instrumentos inocuos para la seguridad y dignidad de las personas, que hacerlo incitando a la violencia o al menosprecio de las personas que integran la institución simbolizada o sirviéndose del lenguaje del odio.

En la STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que «no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre» (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse

en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre.

Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado «discurso del odio» son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes.

En estos términos deben valorarse los hechos ocurridos el 13 de septiembre de 2007 en la plaza mayor de la ciudad de Girona, donde, tras haber situado en la plaza mayor de la ciudad de Girona una estructura metálica en la que se sujeta una fotografía de las efigies en tamaño real de los Monarcas, puesta «boca abajo», los oficiantes, encapuchado uno y embozado otro, le prenden fuego mediante una antorcha, al tiempo que otras personas aprueban la acción con gritos y aplausos.

La escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados, sin que deba dejar de advertirse además que el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE).

Quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza.

En definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio.

Hemos de reiterar que los recurrentes actuaron al término de la manifestación previa, cuya legitimidad no se cuestiona, y lo hicieron de manera premeditada. Ello denota que los demandantes aprovecharon la celebración de la previa reunión para, una vez concluida, realizar la actuación descrita. La ausencia de espontaneidad en el comportamiento de los demandantes es patente, puesto que la quema de la fotografía no surge de forma instantánea en el contexto de la manifestación y al hilo de la crítica sobre el modelo constitucional de Estado o como expresión de la ideología antimonárquica e independentista de los recurrentes. Dicho acto fue, por el contrario, fruto de una actividad diseñada de antemano y orientada a mostrar el mayor grado de hostilidad frente a la institución de la Corona.

Los hechos así expuestos avalan categóricamente el significado netamente incitador al odio, pues en el relato histórico de la Sentencia recaída en la instancia, expresamente aceptado por el Tribunal de apelación, no figura dato alguno que sustente la tesis que los demandantes esgrimen en pro del legítimo ejercicio del derecho de crítica hacia la institución monárquica. Y ello porque, al margen de la quema de la fotografía, aquéllos no profirieron ninguna expresión, discurso, mensaje u opinión de la que quepa inferir una censura u oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes; lisa y llanamente actuaron con el propósito de incitar a la exclusión sirviéndose de una escenificación lúgubre y con connotaciones violentas.

Importa subrayar estas circunstancias porque las mismas cualifican el presente asunto, alejándolo significativamente del supuesto recientemente resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 15 de marzo de 2011 (caso *Otegui c. España*), en el que el referido Tribunal consideró que la conducta del recurrente estaba amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH). Los ahora recurrentes no eran representantes electos, ni formaban parte de ningún grupo parlamentario. Tampoco concurren, en el presente caso, las singulares circunstancias especialmente valoradas en la Sentencia citada, acerca del contexto en que se produjeron las declaraciones del entonces demandante (sospecha de torturas con motivo del cierre del diario «Egunkaria»). Pero –y esto es lo más importante– en aquel supuesto el recurrente

expresó su opinión sobre un asunto sujeto al debate político, y sus manifestaciones, en palabras del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, venían referidas a una cuestión de interés público en el País Vasco aunque fueran expuestas de manera provocativa y exagerada. Sin embargo, en el presente caso no concurre ninguna de las circunstancias indicadas, ni ninguna otra de similar naturaleza que permita reconducir la quema de los retratos al contexto de crítica política que los demandantes invocan. Por tanto, la acción merecedora de reproche penal ha de ser valorada conforme a su naturaleza intrínseca, es decir, como una muestra de exclusión de quienes los recurrentes identifican con la Corona. En estas condiciones, debemos concluir que la vertiente expresiva de la acción queda extramuros del legítimo ejercicio del derecho consagrado en el art. 20.1 a) CE.

5. A continuación, pasamos a dar respuesta a la primera de las lesiones denunciadas en la demanda que, en síntesis, se funda en el siguiente alegato: la condena impuesta por los órganos judiciales constituye un castigo por la expresión pública de unas convicciones antimonárquicas, lo que vulnera el derecho a la libertad ideológica de los demandantes (arts. 16.1 CE). Este Tribunal ha tenido ocasión de destacar la importancia del derecho consagrado en el art. 16.1 CE. Como afirmamos en la STC 20/1990, de 20 de febrero, FJ 3: «hay que tener presente que sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 CE, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaura. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978. Interpretar las leyes según la Constitución conforme dispone el art. 5.1 LOPJ, exige el máximo respeto a los valores superiores que en ella se proclaman».

Asimismo, en la STC 120/1992, de 27 de junio, FJ 8, enmarcamos el alcance y contenido de la faceta externa de ese derecho en los siguientes términos: «[c]iertamente, la libertad ideológica, como así viene a latir en el planteamiento de los recurrentes, no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos. El art. 16.1 CE garantiza la libertad ideológica sin más limitaciones en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (STC 20/1990, fundamento jurídico 3). En este sentido no hay inconveniente en reconocer, para dar respuesta a la cita que en la demanda se hace de la libertad de expresión –ausente, sin embargo, de la relación de violaciones constitucionales que se pretende declare este Tribunal–, que entre tales manifestaciones, y muy principalmente, figura la de expresar libremente lo que se piense. A la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE le corresponde "el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1 a)" (STC 20/1990, fundamento jurídico 5), aun cuando ello no signifique que toda expresión de ideología quede desvinculada del ámbito de protección del art. 16.1, pues el derecho que éste reconoce no puede entenderse 'simplemente absorbido' por las libertades del art. 20 (STC 20/1990, fundamento jurídico 3), o que toda expresión libremente emitida al amparo del art. 20 sea manifestación de la libertad ideológica del art. 16.1».

Por último, este Tribunal ha tenido ocasión de delimitar bajo qué premisas la actuación de los poderes públicos atenta contra dicho derecho: «[a]hora bien, para que los actos de los poderes públicos puedan ser anulados por violaciones de la libertad ideológica es cuando menos preciso, de una parte, que aquéllos perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento, y no simplemente que se incida en la expresión de determinados criterios. De otra, se exige que entre el contenido y sostenimiento de éstos y lo dispuesto en los actos que se

combatan quepa apreciar una relación de causalidad» (STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 8; y ATC 19/1992, de 27 de enero, FJ 2).

Una vez sintetizada nuestra doctrina, hemos de afirmar que las penas impuestas a los demandantes no vulneran el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), pues sin perjuicio del trasfondo antimonárquico de su comportamiento, de todo punto evidente, el reproche penal que realizan las Sentencias impugnadas no se fundamenta en el posicionamiento ideológico de los recurrentes, sino en el contenido de un acto episódico de naturaleza simbólica. En el ordenamiento español no existe ninguna prohibición o limitación para constituir partidos políticos que acojan idearios de naturaleza republicana o separatista, ni para su expresión pública, como evidencia la celebración de la manifestación que tuvo lugar inmediatamente antes de la comisión de los hechos sancionados. En suma, pues, la condena penal carece del proscrito efecto disuasorio respecto de la exteriorización de un determinado credo político en torno a la institución monárquica o, más concretamente, respecto de la figura del Rey, ya que tal condena se anuda, exclusivamente, al tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales de los Reyes.

Por último, resulta oportuno abordar otros dos aspectos cuya importancia no es baladí. En primer lugar debe advertirse sobre el riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y el odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan. Aunque no consta que se produjeran incidentes de orden público, la connotación destructiva que comporta la quema de la fotografía de los Reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e «incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica* § 77), o, en fin, avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los Reyes y la institución que representan, exponiendo a SS.MM. «a un posible riesgo de violencia» (STEDH de 8 de julio de 1999, caso *Sürek c. Turquía* § 62), pues, como ha advertido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica* § 73).

Por otra parte, según doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la imposición de penas de prisión por infracciones cometidas en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el art. 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto de que se difunda un discurso de odio o de incitación a la violencia, como es el caso (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi c. España*, §§ 58 a 60, por remisión a los casos *Bingöl c. Turquía*, núm. 36141/2004, ap. 41, de 22 de junio de 2010, y, *mutatis mutandis*, *Cumpănă y Mazăre c. Rumanía* [GS], núm. 33348/1996, ap. 115, TEDH 2004-XI). En cualquier caso, en el presente supuesto la inicial pena de prisión fijada en aplicación de lo previsto en el art. 490.3 CP ha sido sustituida por multa de treinta meses a razón de una cuota diaria de 3 euros, por lo que la cuantía final sería de 2.700 euros. Esta modalidad de sanción se estima proporcionada a la entidad del hecho y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos no la ha considerado contraria al Convenio (STEDH en el caso *Otegi c. España*, §§ 58 a 60), pues aunque la multa no elimina la inscripción de la condena penal en el Registro de antecedentes penales (*mutatis mutandis*, SSTEDH de 26 de junio de 2007, caso *Artun y Guvener c. Turquía*, § 33, y de 19 de febrero de 2009, caso *Martchenko c. Ucrania*, § 52), sí mitiga notablemente sus efectos. Al margen de tal dato, no puede olvidarse que la cuantía de la pena resultante no deriva exclusivamente de la subsunción en el tipo penal de los hechos, sino también a la apreciación de la circunstancia agravante de ejecutar el hecho mediante disfraz (art. 22.2 CP), que obliga a imponer una pena superior por razones diversas a la calificación de la quema de la fotografía de los Reyes como un delito de injurias, en concreto, en tanto es una circunstancia que favorece la ejecución del delito y la impunidad de sus autores.

En conclusión, por las razones ya expuestas debemos proclamar que la conducta que determinó la condena de los demandantes no está amparada constitucionalmente por los derechos invocados en la demanda a la libertad de expresión o de creencias, por lo que no merece la protección dimanante de los arts. 16.1 y 20.1 a) CE.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE EL CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Jaume Roura Capellera y don Enric Stern Taulats.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado»

Dada en Madrid, a veintidós de julio de dos mil quince.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado por el Pleno, núm. 956-2009, al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré

En ejercicio de la facultad contemplada en el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a los compañeros de Pleno cuya opinión mayoritaria ha conformado la argumentación que sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con parte de su fundamentación jurídica y con el fallo. Considero que procedía la estimación del recurso otorgando el amparo solicitado por vulneración del derecho a la libertad ideológica y de expresión [arts. 16.1 y 20.1 a) CE] ya que la conducta de los recurrentes de prender fuego a una foto oficial de los Reyes, ante otras personas, al término de una manifestación antimonárquica pacífica, se inserta en el amplio campo de protección que la Constitución garantiza al ejercicio de aquellas libertades.

1. Los derechos a la libertad de opinión, de expresión y de información conforman el sustrato básico de la sociedad abierta propia del moderno Estado constitucional, son inherentes al valor superior del pluralismo político que consagra el art. 1.1 de nuestra Constitución. El grado de firmeza y la amplitud en la tutela de estas libertades se convierten en fieles indicadores de la solidez del sistema democrático, en el que la crítica y la expresión de la disidencia garantizan la legitimidad política del sistema. Cuando se trata de manifestación de opiniones sobre aspectos políticos o institucionales, sobre la actuación de gobernantes o de quienes desempeñan poderes constitucionales, el ámbito de la libertad de expresión carece prácticamente de límites. Como tantas veces ha repetido este Tribunal, la crítica malsonante, la manifestación políticamente incorrecta, los gestos o actos desabridos, de mal gusto o de impactante exageración no quedan expulsados del campo legítimo de la libertad de expresión. Lo cual no significa, naturalmente, que no puedan ser objeto de rechazo, censura o de reprobación por sectores más o menos extensos de la opinión pública, en la dialéctica propia del necesario contraste de opiniones y convicciones. Claro es que también operan ciertos límites, como se advierte en los mismos arts. 16.1 y 20.4 CE, límites que remiten a las condiciones básicas de seguridad de la convivencia democrática y que marcan la frontera exterior donde cesa la tutela constitucional. Un primer límite es el de la ausencia de violencia, en sí misma incompatible con el significado del derecho. La violencia vehicula un mensaje, sin duda, que de inmediato queda descalificado como ejercicio del derecho fundamental, como también se

descalifica un discurso acompañado de actos de violencia o de provocación de un riesgo inminente para la seguridad de personas o cosas, o de una amenaza verosímil. Otro límite generalmente aceptado remite al «discurso del odio», presente en los mensajes que incitan a la discriminación y a la exclusión –cuando no a la agresión o la eliminación– de determinados colectivos por razón de sus características étnico-culturales, religiosas, origen nacional, sexo u orientación sexual, o factores análogos de vulnerabilidad. Así considerado, el llamado «discurso del odio», es un exponente histórico del reverso de la democracia, o del peligro de su quiebra.

La frontera de la violencia, pero también de la provocación a la misma, como límite externo de la libertad de expresión fue definida con precisión por el Juez Holmes en un célebre voto particular a una Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de principios del pasado siglo [*Abrams v. US* 250 US 616 (1919)]. En su opinión disidente, mantenía que «al igual que debe castigarse la provocación al asesinato, no puede oponerse reparo constitucional al castigo de aquel discurso que produzca, o que intente producir un riesgo claro e inminente de desencadenar un daño sustancial que el Estado constitucionalmente debe tratar de impedir». En aquel caso, mantuvo en solitario la necesidad de verificar esos dos requisitos ineludibles –peligro evidente e inminente (*clear and present danger*)– precisamente para argumentar su desacuerdo con la resolución del Tribunal que consideró conforme a la primera Enmienda la condena a prisión por la preparación y difusión de panfletos críticos con medidas del gobierno relacionados con la guerra europea. Aunque la aceptación de la doble exigencia requirió varias décadas, hoy día ha quedado consolidado como estándar operativo para demarcar el campo del discurso protegido en el marco constitucional e internacional de los derechos humanos.

En cuanto a la segunda limitación, que expulsa el «discurso del odio» del campo de protección de los derechos de libertad, si bien las primeras referencias remiten a la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, su desarrollo se precisa en la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Aquilatando los equilibrios entre la tutela de la libertad de expresión y la necesaria atención a la memoria de las víctimas del genocidio nazi y de los ulteriores crímenes contra la humanidad en suelo europeo al final del siglo, el repudio del discurso del odio pasa a ser admitido en la jurisprudencia europea como un inexcusable límite a la tutela del ejercicio de aquel derecho. La experiencia histórica con discursos y prácticas xenófobas de segregación como antesala de barbarie, han conducido a identificar el discurso del odio con cualquier forma de expresión que incite, promueva o propague el odio racial, la xenofobia, u otras formas de odio basadas en la intolerancia, mediante la creación de un clima de hostilidad y exclusión, generador de un efecto cierto de amenaza que perturba el ejercicio de la igualdad de derechos de los miembros de determinados colectivos socialmente vulnerables.

Sobre estos límites a la libertad de expresión y su significado versaron buena parte de las intervenciones durante los debates mantenidos en el Pleno sobre el presente recurso de amparo, por ello he creído conveniente este previo recordatorio; pero también porque finalmente la Sentencia de la que discrepo fundamenta el sentido del fallo en el entendimiento de que la quema de la foto real fue expresión de un verdadero «discurso del odio», y a la vez exteriorización de una amenaza y de provocación a la violencia. Interpretación que a mi juicio, no solo carece totalmente de sustento fáctico, sino que desfigura el concepto del «discurso del odio» y distorsiona peligrosamente su alcance. A ello me referiré a continuación con mayor detalle.

2. Comparto evidentemente el contenido de los fundamentos jurídicos 2 y 3 de la Sentencia donde se reitera nuestra doctrina sobre la especial dimensión institucional de la libertad de expresión como garantía de la formación de una opinión pública libre y del pluralismo, y las referencias a la amplitud del derecho que acoge la crítica molesta y la exageración; así como los aspectos concernientes a los cargos públicos o representantes institucionales, incluido el Jefe de Estado, en cuanto al mayor nivel de crítica y de incomodidad o molestia que deben soportar, con expresa cita de nuestra doctrina y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y, por supuesto, comparto el criterio

de que la violencia y el discurso del odio constituyen claros límites a la libertad de expresión, siendo especialmente adecuada a tal efecto la cita de la STEDH caso *Murat Vural c. Turquía*, §§ 44-51 donde se recuerda que el art. 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales protege no solo las ideas sino también la forma o el vehículo elegido para plasmarlas.

Dicho esto, mi discrepancia se proyecta sobre los fundamentos jurídicos 4 y 5 de la Sentencia, momento en el que la aplicación del canon y de los criterios definidos en los fundamentos precedentes los somete a una reformulación que los convierte en irreconocibles, previa reinterpretación de los datos constatados en los hechos probados recogidos en las resoluciones judiciales objeto de impugnación. Concretamente, y pese al límite que nos impone sobre este extremo el art. 44.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se reconstruyen los hechos probados para describir una versión que claramente se distancia del enfoque previo, ceñido al carácter injurioso o vejatorio atribuido al acto precisamente para condenar a los recurrentes por el delito del art. 490.3 del Código penal (CP). En cambio, en el fundamento jurídico 4 de nuestra Sentencia, inopinadamente, el parámetro de enjuiciamiento ha virado para «dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opinión política legítima que pudiera estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo al odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia». Perspectiva no invocada ni aludida por ninguna de las partes, pero que va a conducir a afirmar que los hechos tuvieron un «significado netamente incitador al odio». Un entendimiento del discurso del odio muy alejado de las definiciones contempladas en instrumentos internacionales ya avanzadas antes y sobre las que volveré posteriormente.

La reconstrucción fáctica y jurídica incluye la atribución de intención o finalidad, como elementos subjetivos que, se afirma, subyacen a la provocación a la violencia y al odio, lo cual no solo resulta insólito, por convertir a este Tribunal en una especie de tercera instancia que revisa hechos y elementos subjetivos *inaudita parte*, sino que aboca, ante todo, a una clara alteración de la calificación jurídica de los hechos, y, a continuación, a una incongruencia omisiva, porque deja sin responder al objeto del amparo: si la condena por delito de injurias al Rey, es decir el respeto al honor del Rey y/o el honor institucional de la monarquía, puede operar como límite a la libertad de expresión política. El desarrollo argumental de la Sentencia discurre por otros derroteros, por la exploración de la capacidad del discurso simbólico de convertirse en «discurso de odio» y de provocación a la violencia. La provocación a la violencia contra las personas sobrepasa, sin duda, los límites de la libertad de expresión, pero para afirmar la presencia de una provocación a la violencia es ineludible verificar seriamente el eventual riesgo de la escalada violenta, en cuanto a su claridad y a su conexión de inmediatez.

3. Las dos resoluciones judiciales previas –la Sentencia del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, y la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional– rechazaron que los hechos pudieran quedar amparados por la libertad de expresión del art. 20 CE, por tratarse de una extralimitación ya que «en abuso del ejercicio del derecho se pretende menoscabar y desprestigiar la dignidad de otro, en este caso la Institución de la Corona». Abuso de derecho y vejación innecesaria son los argumentos de la precaria fundamentación de las resoluciones impugnadas. En la Sentencia desestimando la apelación constan votos particulares de varios Magistrados rechazando que se produjera menosprecio intrínsecamente vejatorio o afectación al núcleo de la dignidad personal de los Reyes, de su fama u honor.

En la Sentencia aprobada por la mayoría de este Tribunal se considera que el castigo impuesto a los recurrentes por la comisión de un delito de injurias al Rey y a sus familiares no vulnera sus derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE) y de expresión [art. 20.1 a) CE], pero no por razón de la vejación o deshonor alegados en las Sentencias impugnadas, sino porque «quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y de odio».

Implícitamente se rechaza, por tanto, que la *ofensa* al honor o al prestigio de los Reyes, o de la institución monárquica pueda operar como límite a la tutela de la libertad de expresión. El silencio al efecto es revelador, como lo es la búsqueda de otro asidero para poder afirmar que hubo «extralimitación» o, incluso más, que los recurrentes «lisa y llanamente actuaron con el propósito de incitar a la exclusión sirviéndose de una escenificación lúgubre y con connotaciones violentas». Conclusión tan alejada de la realidad, según puede interpretarla quien se atenga a leer los hechos probados de la Sentencia de instancia, que tiene difícil explicación. La explicación que se ofrece es que «al margen de la quema de la fotografía aquéllos no profirieron ninguna expresión, discurso, mensaje u opinión de la que quepa inferir una censura u oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes». Poco más adelante, tras la referencia al caso *Otegui c. España*, se marcan las diferencias reiterando que no concurren en este caso la atribución de conductas o una crítica respecto a hechos acontecidos previamente, «ni ninguna otra [circunstancia] de similar naturaleza que permita reconducir la quema de los retratos al contexto de crítica política que los demandantes invocan». La quema del retrato no puede verse como mensaje de opinión política según la mayoría del Pleno, pese al carácter antimonárquico de la manifestación previa en la que consta que ambos demandantes de amparo participaron, dado que precisamente gracias a la grabación de la misma fueron identificados. Especialmente grave resulta la asertividad voluntarista de las afirmaciones.

En el fundamento jurídico 5 se retorna a la línea diseñada de eludir la realidad o de, lo que es más grave, reelaborarla. Así, en relación a la vulneración de la libertad ideológica, rechazando que la sanción impuesta pudiera desplegar efecto inhibitorio o de «desaliento» en el ejercicio del derecho, se niega esa posibilidad «ya que tal condena se anuda exclusivamente, al tratamiento de incitación del odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales del Rey». Basta leer las Sentencias de instancia y de apelación, o el extracto de ellas reproducido en los antecedentes de nuestra Sentencia para comprobar la ausencia de toda referencia a incitaciones al odio, o exclusión ¿de un sector de la población?; y las explícitas referencias al menosprecio de la dignidad, a la injuria o vejación innecesaria, calificaciones acordes con el sentido del fallo condenatorio.

Resulta igualmente preocupante, desde el prisma de las garantías procesales y de la tutela judicial efectiva el descubrimiento que la Sentencia de la que disiento hace de elementos intencionales hasta entonces desconocidos, como los «propósitos de incitar a la exclusión»; al parecer de la exclusión «de quienes los recurrentes identifican con la Corona».

Asimismo, en cuanto al «riesgo evidente de que el público presente en la concentración percibiera la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y el odio a la Monarquía y hacia quienes la representan» se encadenan hipótesis dudosas e inverificables como que: «pudo suscitar en los presentes reacciones violentas» o similares, una extrapolación de los hechos que no indican la presencia de un clima en el que tal hipótesis pudiera alcanzar visos de realidad. Lejos se sitúan tales hipótesis de la exigencia de constatación de que el peligro que se alegue debe reunir los caracteres de ser real, apoyado en datos fehacientes, y además acuciante, inminente. Difícilmente puede compartirse que los Reyes corrieran algún peligro cierto y próximo, consecutivo al acto de la quema del retrato; no hay atisbo de datos en los hechos probados que permitan asentar el temor en algún suelo más seguro que el de la mera suposición.

4. En cuanto al discurso del odio, como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reproduce la definición que ofrece la Recomendación núm. R (97) 20 del Consejo de Europa: «el término 'discurso del odio' abarca cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante» (STEDH caso *Feret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, § 44). Por ello, calificar la quema del retrato real como una

expresión del «discurso de odio», como se hace en la actual Sentencia, no puede considerarse sino un ejercicio errático en la búsqueda de una cobertura jurídica que se antoja imposible, tratando de justificar de cualquier manera la desestimación del presente recurso de amparo. Equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico –aquí y ahora– con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública.

En definitiva, la posición defendida por la opinión mayoritaria parece asumir implícitamente que la tutela del honor o el prestigio de la Monarquía propiamente no puede prevalecer sobre la libertad de expresión, pues no otra conclusión puede obtenerse del enfoque argumental ceñido al discurso de odio y de la violencia que la quema de la foto real expresaría. Una conclusión coherente con esa argumentación debería haber conducido a estimar el amparo porque la condena penal por injurias impuesta a los recurrentes queda sin sustento para negar el legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Conforme al argumento de la Sentencia, dado que la extralimitación proviene de la amenaza o provocación, la calificación penal pertinente compatible con tal forma de razonar debería haber sido la de un delito de amenazas, o la de un delito contra la integridad física en estadio de provocación. Si nos atenemos a la tesis del «discurso del odio», la previsión penal del art. 510 CP, que castiga como delito la provocación al odio y a la violencia contra colectivos vulnerables a la discriminación, ciertamente quedaría fuera de consideración. Hipótesis que solo a efectos dialécticos pueden ser objeto de comentario, pues en ningún caso puede tomarse en serio su concurrencia, como he pretendido poner de relieve.

Concluyo retomando mi primera reflexión: la maximización de la tutela del ejercicio de la libertad de expresión va asociada a la madurez de la democracia, pero asimismo es condición ineludible para que el sistema democrático alcance la madurez cuando todavía se está en el camino, como puede ser nuestro caso. Advertía en su día el Juez Holmes que «debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir las expresiones que aborrecemos». Cometido distintivo de la democracia es garantizar por igual la opinión crítica y la reprobación tanto de los malos gobiernos como de los gobiernos ejemplares si tal calificación fuera posible; tanto respecto a las propuestas que agradan a la mayoría como respecto a las que solo una minoría aplaude. Esta premisa subyace a mi disenso de las resoluciones impugnadas en el presente recurso que no entraron a ponderar debidamente el significado de los derechos constitucionales en juego, carencia que correspondía sanar a este Tribunal estimando el amparo que se nos solicitaba.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil quince.–Adela Asua Batarrita.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Firmado y rubricado.

Voto particular discrepante que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trías a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 956-2009

En el ejercicio de la facultad que me reconoce el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el mayor respeto a la opinión de la mayoría, debo manifestar que discrepo del enfoque ofrecido por la Sentencia para la resolución del presente caso y, por ende, de su fallo. Entiendo que el mismo debería haber tenido en cuenta, y no sólo como cuestión secundaria, sino principal y de partida, el derecho a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE.

A mi juicio, y como ya expuse en la deliberación, se hacía necesaria, como así se estimó en la STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3, una «visión globalizada de ambos derechos», sin quedar «absorbida» la libertad ideológica por la libertad de expresión. No es baladí tal consideración. De la utilización de uno u otro enfoque pueden derivar consecuencias diferentes. Se ha de tener presente que el art. 16.1 CE garantiza la libertad ideológica «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Es decir, la libertad ideológica, al

igual que la religiosa y de culto (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 5), no se encuentra sometida a más restricciones que las que puedan derivarse de la citada cláusula, pues, según se afirmó en la STC 20/1990, en la que se enjuiciaba la posible extralimitación del derecho a la libertad ideológica y de expresión en relación con la comisión de un delito de injurias leves al Jefe del Estado por el demandante de amparo, «[l]a limitación, por la singularidad y necesidad con que se precisa en el propio precepto que la determina, no puede hacerse coincidente en términos absolutos ... con los límites que a los derechos de libertad de expresión y de información reconocidos por el art. 20.1 a) y d) CE, impone el núm. 4 de esta norma. La equiparación entre una y otras limitaciones, requiere, en todo caso, que ... cuando el hecho imputado a un ciudadano afecte principalmente a su derecho a la libertad ideológica, su enjuiciamiento ha de ponderar y analizar también principalmente de qué manera a través de su manifestación externa se ha vulnerado el 'orden público protegido por la Ley'». Recordemos que el art. 20.4 CE establece que dichas 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».

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado también que «cuando el art. 16.1 CE garantiza las libertades ideológicas, religiosa y de culto 'sin más limitación, en sus manifestaciones, que el orden público protegido por la ley', está significando con su sola redacción, no sólo la trascendencia de aquellos derechos de libertad como pieza fundamental de todo orden de convivencia democrática (art. 1.1 CE), sino también el carácter excepcional del orden público como único límite al ejercicio de los mismos, lo que, jurídicamente, se traduce en la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias» (STC 46/2001, FJ 11).

Con la misma finalidad, la cláusula del orden público se ha establecido como límite constitucional al ejercicio del derecho de reunión y manifestación (art. 21.2 CE); de manera tal, que el Tribunal ha señalado que la prohibición de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, sólo podrán ser prohibidas cuando existan razones fundadas de su alteración, con peligro para las personas o bienes y no sean fruto de «una mera sospecha o posibilidad de que se vayan a producir alteraciones de orden público» (STC 301/2006, de 23 de octubre, FJ 2; y, el mismo sentido, STC 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 3); «solamente razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones a esa libertad» (SSTC 170/2008, FJ 3; y 96/2010, FJ 3). Conviene recordar en este punto, que la quema de la foto de SS.MM. los Reyes se llevó a cabo en una concentración al finalizar el transcurso de una manifestación que se encontraba encabezada por una pancarta que decía «300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española», celebrada en protesta de la visita real a la ciudad de Girona.

Este canon o estándar no ha sido, sin embargo, el utilizado por la Sentencia de la que discrepo, que centra su argumentación en la constatación de que, desde el prisma del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, los hechos acaecidos comportan «una incitación a la violencia contra la persona y la Institución que representa» y «avalan categóricamente el significado netamente incitador al odio» (FJ 3); límites establecidos como tales por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en atención al reconocimiento de la dignidad de todos los seres humanos como fundamento de una sociedad democrática y pluralista. No creo que el contenido de ambos cánones sea exactamente el mismo. Los límites del derecho a la libertad de expresión, cuando está concernida la libertad ideológica, deben ser, a mi juicio, sensiblemente distintos y así, entiendo, se puede deducir de la Constitución tal como es interpretada en las Sentencias anteriormente citadas. Evitando entrar en valoraciones sobre si nos encontramos realmente ante un supuesto que pueda reconocerse como de incitación al odio o la violencia, como así lo ha estimado la mayoría, creo que el límite establecido constitucionalmente en relación con el ejercicio del derecho a la libertad ideológica y a la expresión de la misma —es decir, el del orden público— es menos restrictivo que el mantenido en la Sentencia de la que discrepo.

No siempre el ejercicio de la libertad de expresión deriva del de la libertad ideológica, pero cuando parte de su ejercicio, la posibilidad de limitación del derecho, debe ser menor, y así, salvo la imposición por la violencia de los propios criterios y la alteración del «orden público», debe permitirse su libre exposición «en los términos que impone una democracia avanzada» (STC 20/1990, FJ 5). Como se ha señalado por el Tribunal, «[a] la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE le corresponde "el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1 a)" (STC 20/1990, fundamento jurídico 5), aun cuando ello no signifique que toda expresión de ideología quede desvinculada del ámbito de protección del art. 16.1, pues el derecho que éste reconoce no puede entenderse "simplemente absorbido" por las libertades del art. 20 [STC 20/1990, fundamento jurídico 3), o que toda expresión libremente emitida al amparo del art. 20 sea manifestación de la libertad ideológica del art. 16.1» (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 10; y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8). En el presente caso, no se encontraba en juego únicamente el ejercicio de la libertad de expresión de meros pensamientos, ideas u opiniones, sino el de la expresión de una concreta ideología, es decir, quedaba afectada la libertad ideológica.

Considero, en definitiva, que la limitación establecida por la Constitución en el ejercicio de la libertad ideológica (art. 16.1 CE) permitía, en un caso como el presente, una posición basada en el principio *clear and present danger*, tal como sostiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, fundada en la protección prioritaria de la libertad, pues:

1.º Lo que se enjuiciaba era la expresión de una determinada posición ideológica (art. 16.1 CE); en este caso, el de unas convicciones antimonárquicas.

2.º Que fue expresada a través de una actuación simbólica y, por ello, de contenido, significado y alcance mucho más opinable que el resultante de un texto escrito. Y, además, a través de la quema de un retrato oficial; en este sentido, se hace preciso traer a colación que el tipo penal previsto en el art. 490.3 del Código Penal, por el que fueron condenados los demandante de amparo, lo que sanciona es la calumnia o injuria al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas.

3.º En un espacio público, y, en concreto, al término de una manifestación cuyo objetivo era mostrar el rechazo a la visita del Monarca a Cataluña. La escenificación tenía, pues, relación con un asunto de relevancia pública en aquél momento;

4.º Y sin que, además, tras ella se produjeran conflictos o altercados de ningún tipo.

Se trata, como manifesté en el Pleno, de una decisión compleja, llena de aristas y discutible, como así lo demuestran los diferentes modelos de ponderación a los que me he referido —estadounidense y europeo—, sobre cuyo estudio y comparación se ha ocupado la doctrina científica. Dicho esto, y dado que la Constitución permitía, a mi juicio, una interpretación como la ya referida, mi postura ante esta difícil decisión ha sido optar, en este caso, por el reconocimiento de la libertad ideológica y la protección de su manifestación, pues, como se ha dicho por este Tribunal, «sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 de la Constitución, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaure», pues «[p] ara que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978» (STC 20/1990, FJ 3).

Madrid, a veintidós de julio de dos mil quince.—Encarnación Roca Trías.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 956-2009

Con respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros del Tribunal en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo. Considero que hubiera debido ser estimatoria por vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].

1. Los derechos a la libertad de expresión e información están íntimamente ligados a la democracia. La sensibilidad y la forma con que los poderes de un Estado abordan y tratan estos derechos son un indicador de la calidad de su democracia; por eso me alarma la tendencia restrictiva de estos derechos en la más reciente jurisprudencia constitucional. Es una deriva de la que no se libran ni las empresas de telecomunicaciones (STC 73/2014, de 4 de junio), ni los profesionales de la información (SSTC 176/2013, de 21 de octubre, 19/2014, de 10 de febrero, o 18/2015, de 16 de febrero), ni los miembros de organizaciones sociales (STC 65/2015, de 13 de abril). Por ese motivo, he hecho pública mi discrepancia con diversas resoluciones de este Tribunal en esa materia (así, SSTC 73/2014 y 65/2015).

De nuevo, me veo en la obligación de acudir a la posibilidad legal que me brinda el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) para mostrar mi disidencia con otro ejemplo de esa tendencia. En esta ocasión los afectados son dos ciudadanos condenados penalmente por la utilización de una forma de expresión –la destrucción o quema de fotos de representantes políticos o de símbolos políticos– que es ampliamente aceptada en los estándares internacionales de derechos humanos como una inocua manifestación del derecho a la libertad de expresión.

2. La opinión mayoritaria en que se sustenta la Sentencia considera que la sanción penal impuesta a los recurrentes –privativa de libertad y sustituida por una sanción económica– por la comisión de un delito de injurias al Rey y a sus familiares (art. 490.3 del Código Penal: CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995), con motivo de haber quemado la foto institucional del Jefe del Estado y su consorte tras una manifestación antimonárquica e independentista en Cataluña, no vulnera sus derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE) y de expresión [art. 20.1 a) CE]. El argumento para sustentar esta afirmación, separándose por completo de cuál fue la línea de razonamiento en la vía judicial para fundamentar la condena de los recurrentes, es que esa conducta simbólica no supone el «legítimo» ejercicio de esos derechos, al ser una manifestación del denominado «discurso del odio», que es uno de los límites intrínsecos a ese ejercicio.

No me voy a extender en este Voto particular sobre dos aspectos que comparto con la opinión mayoritaria, como son (i) que el lenguaje simbólico, incluyendo la destrucción mediante el fuego de fotos y otros emblemas, es un acto comunicativo que implica el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; y (ii) que el discurso del odio, en cualquiera de sus manifestaciones, incluyendo su expresión a través del lenguaje simbólico, supone una legítima restricción del derecho a la libertad de expresión. Mi discrepancia radica en que, a mi juicio, (i) la concreta conducta de destrucción mediante el fuego de una foto institucional del Jefe del Estado y su consorte como la realizada por los recurrentes y en el contexto en que fue desarrollada no es una manifestación del «discurso del odio» que suponga un ejercicio incurso en extralimitación o abusivo y, por tanto, «ilegítimo» del derecho a la libertad de expresión; (ii) que esa concreta extralimitación y por esa causa, hipotéticamente, no justifica la respuesta penal por aplicación del delito de injurias al Rey y a sus familiares que fue establecida en la vía judicial previa; y (iii) que esa concreta respuesta penal, además, no resulta necesaria y proporcionada ponderando los derechos, valores e intereses constitucionales en conflicto.

1. La banalización del discurso del odio.

3. La opinión de la mayoría, al argumentar que la conducta de los recurrentes supuso un ejercicio de la libertad de expresión incurso en extralimitación por incitar al odio contra el Jefe del Estado, banaliza el discurso del odio y su significación como restricción legítima de la libertad de expresión.

La jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han establecido dos notas distintivas para poder calificar un acto comunicativo como «discurso del odio»: (i) que suponga una incitación directa a la violencia y (ii) que se dirija contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular. Así, en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, se afirmó, «que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio", esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH caso *Gündüz c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003, § 41; caso *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006)» (FJ 5).

En coherencia con ello, el análisis que ha proyectado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio, sea tomando como enfoque el abuso del derecho del art. 17 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) –por ser una manifestación «tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el convenio»– o las propias limitaciones que a la libertad de expresión se establecen en el art. 10.2 CEDH, aparece siempre referido a supuestos de actos comunicativos que pudieran ser interpretados como de incitación a la violencia contra grupos y colectivos basados en consideraciones étnicas, religiosas, nacionales, raciales, de orientación sexual, etc., o justificativos de tratamientos discriminatorios y limitativos del disfrute de los derechos humanos por parte de estos grupos y los individuos que los integran. En ese contexto, cuando se ha pretendido aplicar la doctrina del discurso del odio a supuestos de una eventual incitación u hostilidad contra personas singulares no integradas en grupos vulnerables se ha negado que se trate de manifestaciones del discurso del odio (STEDH caso *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, § 54); o se ha contrapuesto, precisamente, a otras restricciones legítimas de la libertad de expresión para la protección de intereses individuales, como son la difamación o la incitación a ejercer violencia contra personas individuales y determinadas (STEDH caso *Delfi As c. Estonia*, de 16 de junio de 2015).

Por otra parte, en lo que se refiere a que el acto suponga por sí mismo una incitación directa al ejercicio de la violencia como resultado del discurso del odio –solo por citar supuestos de actos simbólicos que pueden servir de parámetro de enjuiciamiento en este caso– la STEDH caso *Fáber c. Hungría*, de 24 de julio de 2012, estimó que no podía ser calificado como una manifestación del discurso del odio el hecho de mostrar una bandera de polémicas connotaciones al paso de una manifestación antirracista. E, igualmente, la STEDH caso *Murat Vural c. Turquía*, de 21 de octubre de 2014, tampoco consideró que fuera un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión la conducta de cubrir de pintura efigies o estatuas de personajes representativos del Estado. Esa misma conclusión ha sido defendida por la STEDH caso *Christian Democratic People's Party c. Moldavia* (núm. 2), de 2 de febrero de 2010, § 27, en relación con la destrucción mediante el fuego de retratos de representantes políticos institucionales y banderas. Esta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no hace sino entroncar con la visión más extendida de que este tipo de actos comunicativos son comportamientos socialmente conocidos que han sido considerados como manifestación de la libertad de expresión por otros Tribunales Constitucionales, señaladamente el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América [Sentencias dictadas en el caso *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968), en relación con cartilla militar; en el caso *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), y en el caso *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990), en relación con la bandera nacional].

Por tanto, no puedo compartir que la conducta que dio lugar a la condena penal de los recurrentes pueda ser considerada ni calificada como una genuina manifestación del discurso del odio. No reúne las notas esenciales de que (i) estuviera dirigida contra los

ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular; ni de que, como se argumentará más extensamente a continuación, (ii) supusiera una incitación directa a la violencia.

4. La argumentación de la opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia, acerca de que la conducta de los recurrentes suponía una incitación a la violencia y expresaba una amenaza a las personas de los Reyes no resulta aceptable, ya que (i) se basa en una reconstrucción de los hechos declarados probados en la vía judicial previa, vedada por el art. 44.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), mediante la cual se pretende, recurriendo a la escenificación y al lenguaje emotivo, dotar al acto enjuiciado de una significación que está muy alejada de una comprensión normal de este tipo de conductas; y (ii) utiliza argumentos justificativos totalmente descontextualizados y desconectados de una normal interpretación del acto desarrollado por los recurrentes, pues se basa en exacerbar determinados elementos de carácter meramente simbólico.

La exacta descripción del relato de hechos probados ha sido reproducida en el antecedente 2 b). Los elementos fácticos que fueron considerados relevantes por el órgano judicial –el cual, con la intermediación constitucionalmente exigible, tenía la competencia de enjuiciamiento– son: (i) desde el punto de vista del contexto, que la conducta de los recurrentes se produjo –entrecomillo palabras del propio relato de hechos probados de la sentencia de instancia– «con motivo de la visita institucional de S.M. el Rey a la ciudad de Gerona» y «en el curso de una concentración en la Plaza de Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía ‘300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española’»; (ii) desde el punto de vista de la apariencia de los recurrentes, que «iban con el rostro tapado para no ser identificados»; (iii) desde el punto de vista de la dinámica del acto, que «quemaron previa colocación boca abajo ... una fotografía de SS.MM. los Reyes de España» y que «tras colocar la citada fotografía de gran tamaño de SS.MM. los Reyes en la forma expuesta, en el centro de la plaza se procedió por Enric Stern a rociarla con un líquido inflamable y por Jaume Roura a prenderle fuego con una antorcha procediendo a su quema»; y (iv) desde el punto de vista de las consecuencias, que dicha conducta se desarrolló «mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza».

Frente a estos elementos del relato de hechos probados –a los que, insisto, por mandato del art. 44.1 b) LOTIC está sujeto este Tribunal– la opinión de la mayoría opone que dos recurrentes desarrollaron esa conducta –vuelvo a citas entrecomilladas de la sentencia que se funda en dicha opinión– «tras haber situado en la plaza mayor de la ciudad de Gerona una estructura metálica en la que se sujeta una fotografía de las efigies de tamaño real de los Monarcas, puesta "boca abajo"» (FJ 4, párrafo sexto). A partir de ello se hace también referencia a que «la escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados» (FJ 4, párrafo séptimo).

Desde luego, ni la referencia a un supuesto traslado por los recurrentes de esa estructura metálica aparece en las resoluciones impugnadas ni, en lo que a mí se me alcanza, ha sido objeto de visionado por este Tribunal ningún tipo de grabación videográfica de los hechos ni ningún otro medio de prueba a partir del cual se puedan extraer consecuencias constitucionales de tal relevancia como son las relativas a la existencia de una incitación directa a la violencia, que, hay que recordarlo e insistir en ello, no fue apreciada ni mencionada en la vía judicial previa.

5. Esta reconstrucción de los hechos probados es la que sirve a la opinión de la mayoría para concluir la existencia de una incitación directa a la violencia contra el Rey, expresiva de una amenaza, tomando como fundamento los siguientes argumentos: (i) la escenificación del acto simbólico de la quema boca debajo de la fotografía; (ii) la premeditación y falta de espontaneidad de la conducta que se desarrolló con una preparación previa y con la cara oculta; y (iii) la inexistencia de ningún tipo de declaración

o manifestación verbal posterior de la que se pudiese inferir que se trataba de una mera oposición política a la monarquía.

Con este razonamiento, la opinión mayoritaria exacerba determinados elementos simbólicos, muy repetidos en este tipo de manifestaciones de protesta, hasta elevarlos a la categoría de incitación personal al odio y calificarlos como expresión de una amenaza. Así, el hecho de que los recurrentes colocaran la fotografía boca abajo, una posición que la sentencia de apelación califica expresamente de «claudicante», y por tanto, aun sin decirlo expresamente, ofensiva o denigrante, no resulta concluyente. Esta circunstancia aparece directamente conectada con una expresión de la reivindicación política de los recurrentes en favor del derrumbamiento o de la caída del sistema monárquico vigente en España y, en consecuencia, es una manifestación de su opinión hostil a la institución monárquica que simboliza la fotografía de sus majestades los Reyes y está en la línea del activismo político que anima toda la conducta de los recurrentes, según afirma la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación. Teniendo en cuenta esta opinión u opción ideológica de los recurrentes, abiertamente contraria a la Corona –opinión legítima en el marco que garantiza la Constitución– no aparece circunstancia alguna en las Sentencias recurridas que permita apreciar que la colocación de la fotografía en posición invertida busque otra cosa que manifestar una posición de rechazo de la institución como órgano constitucional. Invertir una fotografía, como una bandera, es una reiterada forma de manifestar el disgusto que acompaña estos actos reivindicativos, ajeno a la pretensión de que en conexión con ello se desarrollen actos de violencia personal.

El hecho de que los demandantes de amparo actuaran encapuchados es, en el criterio de la opinión mayoritaria, otro elemento relevante que prueba, se dice, hasta qué punto los propios recurrentes eran conscientes del carácter ilícito de su acción y premeditaron su conducta. Esta conclusión carece, sin embargo, de significación concluyente. La aplicación de los tipos penales, con carácter general, no depende de la percepción subjetiva que tengan los protagonistas sobre el grado de ilicitud de su conducta. Por otra parte, como testimonian las resoluciones judiciales que cita la Sentencia de primera instancia, existen en la jurisprudencia ordinaria casos de condena penal por hechos similares que podían explicar la percepción de quienes así actuaban, por lo que atribuir valor decisivo a aquella circunstancia equivaldría a dar valor concluyente a esos precedentes judiciales, claudicando del enjuiciamiento constitucional que nos corresponde.

Del mismo modo, tampoco resulta definitivo el argumento de que junto con la quema de la foto no se pronunciara ninguna expresión o mensaje del que cupiera inferir la oposición política a la institución monárquica por parte de los recurrentes. No creo que sea necesario insistir en el activismo político de estos ni en que el acto se realizó –como se infiere de la Sentencia de primera instancia y admite expresamente la Sentencia de apelación– sin solución de continuidad con una manifestación antimonárquica e independentista, en que se identificaba a la dinastía borbónica con la ocupación española del territorio catalán, ni en la suficiencia comunicativa, al margen de cualquier tipo de expresión verbal, de este tipo de actos simbólicos.

Por último, no me parece adecuado ni suficientemente ponderado en el contexto de la proliferación internacional de actos muy semejantes al protagonizado por los recurrentes –y que son ampliamente difundidos por los medios de comunicación hasta hacer de ellos una imagen cotidiana– que la opinión de la mayoría sustente que este acto simbólico traslada «la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados» y que ello «provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE)» (fundamento jurídico 4, párrafo séptimo, de la Sentencia). Me resulta penoso que a la banalización del odio se le una ahora una banalización de la pena de muerte. Ninguna de ellas es necesaria ni contribuye a justificar una desestimación de este recurso de amparo. Extraer del hecho de la quema de unas fotografías la conclusión de que los recurrentes estaban pretendiendo la muerte de los Reyes es un paralogismo que desborda más allá de lo imaginable la comprensión que un espectador neutral puede formarse en el ámbito del discurso racional.

6. Frente a esta forma extrema de razonamiento, considero, de manera más ponderada, que, ciertamente, un acto de destrucción puede sugerir una acción violenta y, en consecuencia, susceptible en hipótesis de albergar mensajes que no merecen protección constitucional. Pero, como es obvio, no es jurídicamente indiferente manifestar la protesta o el sentimiento crítico utilizando medios o instrumentos inocuos para la seguridad y dignidad de las personas o hacerlo incitando a la violencia o atentando contra la dignidad de las personas que integran la institución simbolizada. No cabe controvertir que el tipo de conductas como las desarrolladas por los recurrentes tiene una carga negativa evidente; pero en el caso concreto no fue acompañada de una invitación a la violencia ni suscitó reacciones de esta naturaleza ni desembocó en perturbaciones del orden público, pues ninguna consecuencia de ese tipo fue reflejada o valorada por los órganos judiciales para justificar su condena, sino solo la existencia de manifestaciones ruidosas de adhesión por parte de personas concurrentes. La Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional recurrida refiere que los dos demandantes de amparo, después de quemar la fotografía, «seguidamente [se] retiran e intenta[n] confundirse con el resto de los asistentes».

Es relevante también que la acción de los recurrentes se desarrolló en el marco y con ocasión de una concentración ciudadana convocada en protesta por la visita de los Reyes a la ciudad de Girona encabezada por una pancarta con el lema «300 años de Borbones, 300 años de ocupación española» y, por tanto, en un contexto de activismo político. En ese marco, el derecho a la libertad de expresión alcanza una mayor amplitud y resulta especialmente resistente a las restricciones que en otras circunstancias habrían de operar. El contexto de actuación de los recurrentes se relaciona, además, con cuestiones de relevancia general sobre la forma política del Estado y la vigencia de los órganos constitucionales como elementos definidores de nuestro sistema constitucional. Esta circunstancia también debe ser objeto de consideración al ponderar los intereses en juego, al igual que el hecho de que no aparece que la conducta enjuiciada implicase una crítica directa sobre aspectos personales o íntimos de los Reyes, sino que todos los datos recogidos en las sentencias de primera instancia y de apelación ponen de manifiesto que se trataba de una manifestación de hostilidad al órgano constitucional que encarnan. Estos elementos atestiguan y acentúan el carácter de crítica institucional y política de la conducta de los recurrentes ajena al núcleo de la dignidad de las personas y desde luego a su integridad física o seguridad personal. En este marco resultan ampliados los límites de la crítica constitucionalmente protegida, pues no es la misma la posición constitucional que ocupa el honor de las personas que la que ocupa la dignidad o el prestigio de las instituciones. Así, como se afirma en la STEDH caso *Morice c. Francia*, de 23 de abril de 2015, «en términos generales, si bien es legítimo que las instituciones del Estado, como garantes del orden público institucional, sean protegidas por las autoridades competentes, la posición dominante ocupada por esas instituciones requiere que las autoridades muestren una moderación en recurrir a procesos penales (véase SSTEDH caso *Castells v. España*, 23 de abril de 1992, § 46, serie A no. 236; caso *InCal v. Turkey* [GC], 9 de junio de 1998, § 54, informes 1998-IV; caso *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 de septiembre de 1998, § 57, informes 1998-VII; caso *Öztürk v. Turquía* [GC], 28 de septiembre de 1999, § 66, ECHR 1999-VI; y caso *Otegi Mondragón c. España*, Nº 2034/07, § 58, TEDH 2011)» (§ 127).

A esos efectos, tampoco cabe olvidar, como es reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no puede establecerse una protección privilegiada de los jefes de Estado frente al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información (así, SSTEDH caso *Colombani c. Francia*, de 25 de junio de 2002; caso *Artun y Güvener c. Turquía*, de 26 de junio de 2007; caso *Gutiérrez Suárez c. España*, de 1 de junio de 2010; caso *Eon c. Francia*, de 14 de marzo de 2013; caso *Couderc Et Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, de 12 de junio de 2014). Creo que, en este sentido, es paradigmática la siguiente cita de la STEDH caso *Couderc Et Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, de 12 de junio de 2014: «El Tribunal concluye igualmente que el interés de un Estado por proteger la reputación de su propio Jefe de Estado o del de un

Estado extranjero no puede justificar conferir a este último un privilegio o una protección especiales frente al derecho a informar y a expresar opiniones sobre ellos. Pensar otra cosa no se conciliaría con la práctica y la concepción política actual» (§ 58).

Esta jurisprudencia ha sido ampliada a aquellos casos, como es el de una monarquía constitucional o determinadas repúblicas, en las que el papel que juega el Monarca o el Jefe del Estado es de neutralidad política (así, S TEDH caso *Pakdemirli c Turquía*, de 22 de febrero de 2005; o caso *Otegi Mondragón c España*, de 15 de marzo de 2011). Así, la citada STEDH caso *Otegi Mondragón c España* ha proclamado, en relación con una previa condena por injurias al Rey del art. 490.3 CP, que «[e]l Tribunal considera que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y símbolo de la unidad del Estado, no podría ponerlo al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o –como en el caso– como representante del Estado que simboliza, en particular para los que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluido su régimen monárquico» (§ 56).

En conclusión, una valoración intelectual de los hechos declarados probados en la vía judicial previa solo permite concluir que la finalidad predominantemente política del mensaje que se lanzaba con la conducta desarrollada por los recurrentes no comportó, a pesar de su hostilidad a la institución monárquica, la difusión de un discurso de incitación a la violencia contra la Corona o sus titulares ni expresó amenaza alguna contra ellos. Y, en esa medida, al tratarse de un mero acto de rechazo hacia la institución monárquica, constitucionalmente protegido, no puede legitimar por sí solo ninguna restricción del ejercicio de la libertad de expresión mediante la imposición de una sanción penal.

II. Una condena frente a la libertad de expresión incoherente con el interés protegido por el tipo penal.

7. El discurso del odio, en los términos expuestos y ya criticados, ha sido el argumento utilizado por la opinión mayoritaria para justificar que la conducta de los recurrentes supuso un ejercicio del derecho a la libertad de expresión incurso en extralimitación y, por tanto, que resultaba legítima la restricción de este derecho.

Pues bien, al margen de mi discrepancia ampliamente desarrollada respecto de esa conclusión, todavía debo incidir en una segunda cuestión sobre la que disiento de la opinión mayoritaria. Estimo que en esta posición no se ha ponderado adecuadamente que lo enjuiciado en este proceso constitucional no era la conducta de los recurrentes, sino la reacción estatal frente a ella, lo que ha desfigurado, hasta hacerlo irreconocible, el juicio de constitucionalidad que hubiera sido preciso realizar. Por tanto, debo detenerme en unas breves reflexiones sobre lo que supone la reacción penal frente al ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el alcance revisor de un tribunal de garantías ante este tipo de supuestos y las disfunciones que genera la resolución de este Tribunal.

8. La opinión mayoritaria, siguiendo una doctrina jurisprudencial que comparto plenamente, acepta que el análisis de constitucionalidad que debe realizar este Tribunal bajo la invocación de derecho a la libertad de expresión no se circunscribe a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial. Debe resolver, con plena autonomía, el eventual conflicto entre los derechos e intereses constitucionales afectados atendiendo al contenido que corresponde a cada uno de ellos, aunque para este propósito sea preciso utilizar criterios distintos a los aplicados por los órganos judiciales.

Esta autonomía –respetando los hechos declarados probados, tal como exige el art. 44.1 b) LOTC– está, sin embargo, limitada también por la propia naturaleza de la resolución judicial que da lugar al recurso de amparo. A esos efectos, no puede obviarse que el objeto de impugnación en este recurso es una condena penal por injurias al Rey y a sus familiares. En el Voto particular que formulé a la STC 65/2015, de 13 de abril, expuse con amplitud que en los supuestos en que el Estado reacciona recurriendo al derecho penal frente a conductas que considera un ejercicio de la libertad de expresión abusivo o incurso en extralimitación, el análisis constitucional no puede limitarse a una mera ponderación del eventual conflicto entre el contenido de este derecho fundamental y el de

los valores o intereses constitucionales que legitiman su restricción. En tales casos, es necesario que se escrute la legitimidad constitucional de la reacción penal del Estado para la protección de esos valores o intereses que se pretenden salvaguardar con la restricción de la libertad de expresión.

En aquel supuesto, puse en relación la legitimidad constitucional de la reacción penal con la exigencia de efectuar un juicio de necesidad y de proporcionalidad en que se ponderara si el eventual exceso o abuso en el ejercicio de la libertad de expresión era de tal magnitud –y la lesión correlativa que generaba en ese otro valor o interés constitucional era de tal importancia– que resultaba justificado acudir a la imposición de penas privativas de libertad o multas penales. Ahora debo añadir que, dentro de esa labor de escrutinio de la legitimidad constitucional de la respuesta penal que compete a este Tribunal, debe incluirse también la exigencia de que exista una línea de coherencia entre el concreto límite que este Tribunal considera que justifica la restricción de la libertad de expresión y el precepto penal por el que se ha sido condenado. Considero que esta elemental exigencia no ha sido respetada en este caso.

Me explico. El art. 20.4 CE establece diversos límites constitucionales a los derechos a la libertad de expresión y de información. Unos tienen que ver con intereses o derechos subjetivos –derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen– y otros con intereses colectivos –la protección a la juventud y a la infancia–. Cabe también fundamentar una legítima restricción del derecho a la libertad de expresión en otros intereses constitucionales, incluyendo el previsto en el art. 16.1 CE para la libertad ideológica –el mantenimiento del orden público protegido por la ley– y el que se aprecia en la opinión mayoritaria referido al «discurso del odio». La eventual lesión de esos derechos subjetivos o intereses constitucionales legitimadores de la restricción del derecho a la libertad de expresión puede dar lugar a una reacción punitiva con los límites y en la medida en que esté previsto en la legislación sancionadora de referencia. Ahora bien, por tratarse de una respuesta punitiva, no resulta indiferente cuál sea el concreto límite que se afirma que ha traspasado la conducta enjuiciada. Es evidente que no es lo mismo entender justificada una restricción de la libertad de expresión mediante la reacción penal por lesionarse un derecho de la personalidad de una concreta persona que por resultar vulnerado un interés colectivo. Tampoco lo es cuando esa lesión se refiere al derecho al honor o la dignidad personal o cuando se refiere a su seguridad personal. En cada uno de esos supuestos los tipos sancionadores son, lógicamente, diferentes y es obligado que exista una correspondencia o conexión de coherencia entre el interés constitucional cuya protección justifica la restricción de la libertad de expresión y el que está protegido en el concreto tipo penal en que se fundamenta la reacción punitiva del Estado. A cualquiera se le alcanza que este Tribunal no puede considerar constitucionalmente aceptable una condena penal basada en que se ha lesionado el honor de un sujeto o la dignidad de una institución, cuando viene a concluir que no es el honor de ese sujeto o la dignidad de esa institución el interés constitucional que legitima la injerencia en la libertad de expresión del sujeto activo, sino su integridad física por haber sido sujeto pasivo de una incitación a que se ejerzan actos violentos contra él.

9. Este principio de coherencia no ha sido respetado por la opinión mayoritaria y la consecuencia, a todas luces anómica y disfuncional, ha sido que se ha acabado justificando constitucionalmente una sanción penal basada en el art. 490.3 CP –por haberse lesionado un interés institucional como es el prestigio de la institución monárquica–, cuando, por el contrario, el fundamento que dicha opinión defiende como legitimador de la injerencia en el ámbito de la libertad de expresión es la incitación directa a la violencia y la expresión de una amenaza contra el Rey, lo que, en su caso, tiene su ámbito específico de protección penal en el art. 490.2 CP que regula las amenazas contra el Rey y sus familiares.

Insisto en ello: como el objeto directo de nuestro enjuiciamiento criminal no era la conducta de los recurrentes, sino la reacción penal consistente en su condena por un delito de injurias del art. 490.3 CP, incluso aceptando que esa conducta fuera una manifestación del discurso del odio, solo se podría estar de acuerdo con la premisa de que el acto de los recurrentes supuso un ejercicio de la libertad de expresión incurso en

extralimitación, pero no con la conclusión de que está justificada la concreta reacción penal que era el objeto de nuestro análisis de constitucionalidad.

Por tanto, una posición como la defendida por la opinión mayoritaria y reflejada en la sentencia, que alteraba de manera sustancial el razonamiento en virtud del cual se justificaba la restricción de la libertad de expresión y la condena en vía judicial, hubiera debido llevar, en su caso, a la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas.

III. Una respuesta sancionadora desproporcionada en relación con el ejercicio de un derecho fundamental.

10. El último de los aspectos respecto de los que discrepo de la posición de la mayoría consiste en que mantengo que, en el caso en que estuviera justificada una restricción de la libertad de expresión frente a este tipo de conducta, la respuesta estatal consistente en una reacción punitiva con una pena privativa de libertad (quince meses de prisión) sustituida por una sanción pecuniaria de 2.700 euros, no resulta proporcionada.

En efecto, este Tribunal ha establecido una serie de reglas que deben ser tomadas en consideración por los órganos judiciales penales a la hora de enjuiciar este tipo de conductas para efectuar el adecuado juicio de ponderación. Entre ellas cabe destacar que:

(i) El eventual conflicto entre las libertades reconocidas en el art. 20 CE, de expresión e información, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, no puede resolverse mediante la consideración de que sean absolutos los derechos y libertades contenidos en la Constitución, pero tampoco puede atribuirse ese carácter absoluto a las limitaciones a que han de someterse esos derechos y libertades. De ese modo, en la aplicación de los tipos penales que suponen un límite al ejercicio de las libertades de expresión e información, no cabe estimar preponderante en todo caso uno de los derechos en cuestión, protegiendo siempre la buena fama afectada, o el derecho a informar o a expresarse libremente, sino que, tomando en consideración todas las circunstancias, deberá ponderarse si la conducta enjuiciada se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente o, por el contrario, si se ha transgredido ese ámbito, pero valorando que mientras la conducta se atenga a los fines y objetivos constitucionalmente previstos no podrá considerarse que ha afectado ilegítimamente la buena fama o el honor de una persona, o el prestigio de una institución, de modo que quepa una sanción penal al respecto (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 3).

(ii) La determinación de que una conducta se ha desarrollado dentro del ámbito protegido constitucionalmente por la libertad de expresión ha de realizarse teniendo presente el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga, de modo tal que no puede incluirse entre los supuestos sancionables aquellos que son un legítimo ejercicio de la libertad de expresión, ya que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 3).

(iii) Incluso en el caso en que se concluyera que la conducta no constituye el legítimo ejercicio del derecho fundamental y aun cuando esté prevista legítimamente como delito en un precepto penal, no puede reaccionarse sancionando penalmente esa conducta sin realizar un previo juicio de proporcionalidad (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5). El enjuiciamiento que debe desarrollar el juzgador penal en relación con este tipo de delitos debe tener también muy presente el criterio de la proporcionalidad, que tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan estas de normas o de resoluciones singulares. Conforme a este principio, debe negarse legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos y exigir que toda acción penalmente deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos (STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4). La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de

elementos esenciales del ordenamiento jurídico permiten afirmar que no basta con la constatación de que la conducta enjuiciada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3; o 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). En última instancia, atendiendo al carácter especialmente aflictivo de una sanción penal, tampoco cabe concebir un sistema en que solo conviva el terreno de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible penalmente (STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6).

(iv) El instrumento penal solo será constitucionalmente lícito cuando, tras realizar de una manera adecuada los juicios de ponderación y proporcionalidad anteriormente señalados, pueda concluirse que la conducta enjuiciada se desarrolló bajo la sola apariencia del ejercicio de un derecho fundamental, habida cuenta de que, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, suponía desnaturalizar el ejercicio del derecho y se situaba, objetivamente, al margen del contenido propio del mismo (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5).

El hecho de que la sanción privativa de libertad fuera sustituida por una multa penal de 2.700 euros no resulta significativo a los efectos del necesario juicio de necesidad y proporcionalidad, ya que, como ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo relevante es que la utilización y el recurso a la máxima expresión del poder punitivo del Estado determina un efecto disuasorio en el ejercicio de estos derechos fundamentales (así, STEDH caso *Morice c Francia*, de 23 de abril de 2015, § 127).

11. No voy a volver a insistir en que la conducta de los demandantes se desarrolló en el contexto de las libertades ideológicas y de expresión y en que con ella no se incidió de manera directa en ningún derecho constitucional subjetivo del titular de la jefatura del Estado o en el prestigio de la institución. En ese sentido, recurrir al derecho penal para sancionar el contenido comunicativo del acto simbólico desarrollado es una medida innecesaria y desproporcionada en una sociedad democrática. Entre las posibles limitaciones constitucionales que pueden imponerse al ejercicio de unos derechos tan vinculados al sistema democrático como son las libertades ideológica y de expresión no cabe colocar la mera y simple defensa de las instituciones, aunque sean básicas en la actual concepción constitucional del Estado, frente a las más aceradas críticas, máxime tomando en consideración, como ya se ha afirmado, que nuestra Constitución no se configura como una democracia militante (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4).

De ese modo, la única y eventual limitación oponible al ejercicio de estos derechos por parte de los recurrentes no podría venir derivada del hecho de la idea u opinión que se manifestaba, sino solo de la forma en que se hizo. A ese respecto, como ya se ha expuesto, una de las limitaciones constitucionales a cualquier manifestación de las libertades ideológica y de expresión es la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Desde esa perspectiva, el relato de hechos probados recogido en las resoluciones impugnadas recoge determinados elementos que, con independencia del inocuo contenido del mensaje que se pretendía transmitir por los demandantes con su conducta, hipotéticamente podrían haber sido valorados como susceptibles de poner en riesgo la seguridad de bienes ajenos y personas, como son las circunstancias de que se portara líquido inflamable y una antorcha encendida y que se prendiera fuego en el marco de una alta concentración de personas a una foto que se dice de grandes dimensiones. Todas estas circunstancias sobre el modo en que se desarrolló el acto comunicativo hubieran quizá servido, hablando en términos hipotéticos, para su eventual subsunción en algún tipo sancionador penal o administrativo de gravedad y naturaleza muy distinta.

Ahora bien, como ya se ha expuesto, la función que debe desarrollar un tribunal de garantías constitucionales en este tipo de supuestos de reacción penal ante el ejercicio supuestamente incurrido en extralimitación del derecho a la libertad de expresión no puede ser la búsqueda imaginativa de cualquier límite hipotéticamente concurrente que no haya

sido el que concretamente justificaba la reacción penal y fue objeto de contradicción en el proceso de instancia. Por tanto, al igual que antes ha sucedido con el discurso del odio, no merece la pena insistir en una opción o posibilidad ajena al proceso penal seguido, a los principios de contradicción y defensa a los que este está sujeto, y, por lo tanto, a nuestro enjuiciamiento.

12. En conclusión, al no constar la demostración de la concurrencia de circunstancias aptas para probar el exceso en la conducta expresiva de los recurrentes ni desde la perspectiva del honor o prestigio de la Corona o su titular –como ha sido sostenido en vía judicial– ni desde la perspectiva del «discurso del odio» –como sostiene la posición de la mayoría en que se funda la Sentencia– debe concluirse que la condena penal de los recurrentes por la conducta enjuiciada supuso una decisión judicial ilegítimamente restrictiva del ejercicio de las libertades ideológica y de expresión, por innecesaria y desproporcionada. Y, por tanto, lo procedente hubiera sido otorgar el amparo solicitado y la anulación de las resoluciones judiciales recurridas.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil quince.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.