

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 versus 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 TEDH. 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 *Murat Vural c. Turquía*, §§ 44-51 donde se recuerda que el art. 10 CEDH 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) LOTC, 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 CP. En cambio, en el FJ 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 FJ 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 *Feret c. Belgica*, 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 disentimiento 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 22 de julio de 2015