

## **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 LOTC 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 CP, en la redacción dada por la LO 19/1995), 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 *Gündüz c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003, § 41; *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006)” (FJ 5).

En coherencia con ello, el análisis que ha proyectado el TEDH sobre el discurso del odio, sea tomando como enfoque el abuso del derecho del art. 17 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 *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 *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 *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 *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 *Christian Democratic People’s Party c Moldavia (nº 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 TEDH 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 *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968), en relación con cartilla militar; y *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) y *United States v. Eichman*, 396 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) LOTC, 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 inmediatez 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) LOTC 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 exagera 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)” (FJ 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 *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 *Castells v. España*, 23 de abril de 1992, § 46, serie A no. 236; *InCal v. Turkey* [GC], 09 de junio de 1998, § 54, informes 1998-IV; *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 de septiembre de 1998, § 57,



informes 1998-VII; *Öztürk v. Turquía* [GC], 28 de septiembre de 1999, § 66, ECHR 1999-VI; y *Otegi Mondragón c. España*, N° 2034/07, § 58, TEDH 2011)” (§ 127).

A esos efectos, tampoco cabe olvidar, como es reiterado por la jurisprudencia del TEDH, 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 *Colombani c Francia*, de 25 de junio de 2002; *Artun y Güvener c Turquía*, de 26 de junio de 2007; *Gutiérrez Suárez c España*, de 1 de junio de 2010; *Eon c Francia*, de 14 de marzo de 2013; *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 *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, SSTEDH *Pakdemírlí c Turquía*, de 22 de febrero de 2005; u *Otegi Mondragón c España*, de 15 de marzo de 2011). Así, la citada STEDH *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 2700 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 2700 euros no resulta significativo a los efectos del necesario juicio de necesidad y proporcionalidad, ya que, como ha reiterado el TEDH, 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 *Morice c Francia*, de 24 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.