

Voto particular que formulan el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de amparo avogado núm. 526-2019.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de nuestros compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia, manifestamos nuestra discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de esta. Consideramos que hubiera debido ser estimatoria por vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE].

I. La libertad de expresión y el sistema punitivo estatal.-

1. Este es el segundo voto particular que, en una misma sesión plenaria, creemos necesario formular sobre la libertad de expresión. Proclamada en las declaraciones de principios como uno de los derechos que constituyen un pilar esencial de la democracia, necesita ser defendida frente a las nuevas realidades en las que tiene que desenvolverse y las amenazas que la acechan provenientes de la tantas veces desmedida reacción punitiva estatal contra quienes la ejercen. El derecho a la libertad de expresión, eje del sistema de control de los poderes institucionales y fácticos por la sociedad civil, es dinámico como las sociedades democráticas y los retos que plantean y está en permanente construcción. La protección de la libertad de expresión en este contexto problemático y evolutivo debe tener su reflejo en la jurisprudencia de los tribunales y, especialmente, en la jurisprudencia constitucional.

2. La evolución en las conquistas de este derecho ha sido notable en muchos terrenos. En algunos sectores –como, por ejemplo, los relativos a los profesionales de la información o al debate político– se ha consolidado una doctrina que concede a la libertad de expresión un ejercicio razonablemente inmune al efecto disuasorio que puede suponer la larga lista de delitos de expresión que figura en nuestra normativa penal. En estas situaciones se ha asumido en grado suficiente el deber de tolerancia hacia las expresiones críticas, incluso las más ácidas, insultantes y ofensivas, y en sus formas más incisivas o llamativas.

En otros contextos, sin embargo, se arrastran serias reticencias a cualquier expresión crítica de fondo o a maneras de manifestarlas menos convencionales y más efectistas. El magistrado y la magistrada firmantes de este voto particular opinan, sin embargo, que en la sociedad de la comunicación una expresividad contundente o impactante puede resultar justificada para la expresión de una idea u opinión en un contexto de economía de la atención. Como dijera el juez Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos, lo que es grosería para unos es poesía para otros. La contundencia en el mensaje puede ser irremplazable para el emisor modesto que no cuenta con medios o potencia suficiente para la dura competencia instalada en las sociedades globalizadas y altamente tecnológicas. La construcción del derecho a la libertad de expresión y su protección jurisdiccional no puede permanecer ajena a estas nuevas realidades. A nuestro juicio, debería ser una prioridad para nuestra jurisdicción constitucional establecer los límites del poder punitivo del Estado frente al ejercicio –legítimo o extralimitado– de la libertad de expresión en este terreno.

3. El efecto disuasorio que tiene el recurso al sistema de justicia penal sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no se produce solo cuando culmina con la imposición de una pena, sino que se hace realidad con el inicio del procedimiento, dados los perjuicios de toda índole derivados de la sustanciación de un proceso penal, que pueden llegar a traducirse en gravosas medidas cautelares de naturaleza personal y material.

La proliferación de los delitos de expresión en la ley penal, junto con una interpretación abierta muchas veces a interpretaciones poco restrictivas y a una frecuente utilización del proceso penal para sancionar determinadas expresiones que admitirían la aplicación de mecanismos estatales de inferior gravedad, amenaza con instalar de manera inquietante la imagen de una sociedad sometida y en actitud disciplinada poco conforme con lo que debe ser el ejercicio de la crítica en una sociedad democrática avanzada.

4. A nuestro juicio es imperativo que la justicia constitucional coadyuve, de acuerdo con el alto papel que tiene encomendado, a normalizar que, dentro de un sistema constitucional democrático, los sujetos intervinientes en la vida social e institucional deben soportar, dentro de los límites constitucionales, expresiones críticas, lacerantes, hirientes y hasta insultantes sin que estas sean objeto de una respuesta punitiva o, en su caso, desproporcionada. La libertad de expresión, como dijera el juez Holmes, es libertad para el pensamiento que odiamos.

En la más reciente jurisprudencia constitucional se han registrado serias divergencias de criterio sobre el alcance de la libertad de expresión en determinados contextos singularizados por el objeto de la expresión crítica y/o por la manera en que fue expresada. A modo de ejemplo, se pueden citar la STC 65/2015, de 13 de abril, en relación con críticas a las resoluciones judiciales; la STC 177/2015, de 22 de junio, en relación con la quema pública de unas fotos del jefe del Estado; las SSTC 112/2016, de 20 de junio, y 35/2020, de 25 de febrero, en relación con comentarios sobre víctimas del terrorismo; o la STC 190 /2020, de 15 de diciembre, en relación con expresiones proferidas sobre la bandera española. En la abrumadora mayoría de estos supuestos el tribunal ha aceptado por mayoría que el Estado sancionara las conductas consideradas como no protegidas por el derecho a la libertad de expresión y lo hiciera, además, a través del sistema penal.

En el caso que se enjuicia en este proceso, se plantea al Tribunal un supuesto singular porque el mensaje crítico se produjo en el desarrollo de un acto religioso y motivó su interrupción. A nuestro juicio, la respuesta ha sido inadecuada desde el punto de vista constitucional. La opinión mayoritaria entendemos que se ha limitado a un enjuiciamiento de la eventual colisión que se planteaba entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad religiosa. No ha profundizado, sin embargo, en un problema que, en el caso examinado, estimamos nuclear desde la perspectiva constitucional: la eventual desproporcionalidad de la respuesta estatal al conflicto mediante la imposición de una pena privativa de libertad.

Hay dos aspectos que, aun estando ya suficientemente consolidados con carácter general en la jurisprudencia constitucional, creemos que debieran haber sido ponderados especialmente en este caso por la opinión mayoritaria: (i) la diferenciación entre las categorías del ejercicio legítimo y extralimitado del derecho a la libertad de expresión; y (ii) los niveles de tolerancia y las expectativas de protección penal en los casos de ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión.

Tratamos de explicarlo a continuación.

II. Sobre los límites constitucionales del recurso al derecho penal frente al ejercicio extralimitado de la libertad de expresión.-

5. La jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de pautas para el enjuiciamiento de la legitimidad del recurso al sistema penal en los supuestos en que, a consecuencia de manifestaciones de expresión, se pudiera incidir en otros derechos o intereses constitucionales. La regla general es que el eventual conflicto de la libertad de expresión con otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos no puede resolverse mediante la consideración de que sean absolutos los derechos y libertades contenidos en la Constitución ni tampoco las limitaciones a las que han de someterse esos derechos y libertades. En la aplicación de los tipos penales que suponen un límite al ejercicio de la libertad de expresión –los llamados delitos de expresión– deberá ponderarse, por tanto, si la conducta enjuiciada se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente de la libertad de expresión 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 cabe el recurso a una sanción penal (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 3).

De ese modo, si la conducta, en atención al haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga el derecho a la libertad de expresión, se ha desarrollado plenamente dentro del ámbito protegido constitucionalmente por este derecho –esto es, representa un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión– no cabe que pueda ser considerada una conducta sancionable. 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).

Ahora bien, incluso cuando la conducta no pueda considerarse como legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión y esté prevista como delito en la normativa penal, no cabe la imposición de una sanción penal sin realizar un previo juicio de proporcionalidad (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5). 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. Es necesario 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 resulte 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. 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 afflictivo de una sanción penal, no cabe concebir un sistema en que, como parece entender la mayoría del Tribunal, sean estrictamente colindantes el terreno de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible penalmente (STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6). Es preciso, en aras a una debida ponderación de todos los intereses en conflicto, valorar también en los casos de ejercicio extralimitado de la libertad de expresión la procedencia de acudir a subsistemas jurídicos de resarcimiento de daños que no sean los estrictamente sancionatorios –por ejemplo, indemnizaciones civiles– y, en su caso, dentro de los sancionatorios, optar por aquellos que resulten los menos afflictivos –por ejemplo, las sanciones administrativas–, atendiendo, además, a la naturaleza de *ultima ratio* propia de una rama del ordenamiento jurídico como es el derecho penal, que tiene como consecuencia jurídica nuclear la privación de derechos esenciales, entre ellos, la libertad. Como admite implícitamente la STEDH de 17 de julio de 2018, *as. Mariya Alekhina y otras contra Rusia* (especialmente §§ 227 y 228), y subraya la jueza Elósegui en su opinión parcialmente disidente (§ 2 del voto), el hecho de que una conducta no deba calificarse como penal no significa que no pueda ser castigada mediante una sanción administrativa o civil.

6. En el presente caso, la opinión mayoritaria entendemos que no considera este aspecto esencial de la proporcionalidad en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la sanción penal impuesta al recurrente. A pesar de la posición manifestada por el magistrado y la magistrada que suscriben este voto particular durante la deliberación en favor de atender a este aspecto, parece haberse renunciado, una vez que se ha considerado que la conducta del recurrente no suponía el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, a ponderar si dicha conducta, aunque fuera de una manera extralimitada, se atenía a los fines y objetivos constitucionalmente previstos del derecho a la libertad de expresión y, por tanto, resultaba necesario efectuar un juicio de proporcionalidad de la reacción punitiva impuesta al recurrente.

III. Sobre la desproporcionalidad de la reacción estatal frente a la conducta del recurrente.-

7. En nuestra opinión, un análisis de estas características sobre la proporcionalidad de la reacción penal frente a la conducta del recurrente –que, según entendemos, es el que mejor entronca con la jurisprudencia constitucional y con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, hubiera llevado a la doble conclusión de que (i) la conducta del recurrente, aun en el caso de no haberse considerado un ejercicio legítimo del derecho fundamental, se atenía en su contenido y forma a fines y objetivos constitucionalmente vinculados con la libertad de expresión; y (ii) la respuesta penal, aun siendo la mínima prevista en el código penal español, resultaba desproporcionada tanto desde una perspectiva cualitativa –imposición de una pena de prisión– como cuantitativa –seis meses de duración–.

8. Hay elementos en los hechos probados de las resoluciones judiciales impugnadas que ponen de manifiesto que la conducta del recurrente se movía en el contexto de los fines y objetivos constitucionalmente vinculados con la libertad de expresión. De ser así, resultaba improcedente no haberlo considerado, al menos, un ejercicio extralimitado de este derecho a los efectos de valorar la proporcionalidad de la respuesta punitiva.

La mera circunstancia, considerada concluyente por la opinión mayoritaria, de que la conducta del recurrente había provocado la interrupción de un acto religioso y de que existían alternativas de actuación del recurrente más deferentes y respetuosas con el derecho a la libertad religiosa no tiene –al menos en nuestra estimación– la fuerza argumental suficiente para excluir que se estaba ante una conducta de expresión. A nuestro juicio no pueden obviarse elementos nucleares de la conducta como son los siguientes:

(i) El contexto social de debate sobre las políticas públicas en materia de derechos a la salud sexual y reproductiva y la relevante intervención e influencia que en dicho debate estaba teniendo la confesión religiosa afectada.- Esta confesión estaba interviniendo en este debate no solo en el seno de su organización respecto de la posición moral que debían adoptar sus fieles sobre el ejercicio de dichos derechos, sino también con la pretensión de ejercer una legítima influencia social, política e institucional respecto de los contenidos y límites que debía tener una concreta regulación legal de ámbito general para toda la ciudadanía, toda vez que estaba en

proceso de debate parlamentario una modificación de esa normativa. En estas circunstancias la posición que fue objeto de crítica por medio de la conducta del recurrente –cualquiera que fuera el origen de aquella, aunque se tratara del credo de una confesión religiosa– era un elemento de interés social. Por tanto, el recurrente, al amparo del derecho a la libertad de expresión, haciendo ahora abstracción de los medios utilizados, podía intervenir en ese intercambio de ideas (incluso si se parte de la dimensión originaria de la libertad de expresión bajo postulados utilitaristas formulada por Stuart Mill). En un contexto más avanzado de protección de los derechos constitucionales, que es el propio de nuestra época, este debate público es indicativo de que, en principio, la conducta del recurrente se desarrollaba dentro del ámbito de protección del derecho fundamental.

(ii) El contenido de las expresiones utilizadas y su línea de coherencia con ese debate público.- La conducta desarrollada por el recurrente, dentro de un grupo de una quincena de personas, consistió, según la declaración de hechos probados, en arrojar pasquines, gritar la consigna “*avortament, lliure i gratuït* [aborto libre y gratuito]” y exhibir una pancarta en la que se leía “*fora rosaris dels nostres ovaris*” [fuera rosarios de nuestros ovarios]”. El contenido de los mensajes era plenamente coherente con la pretensión de intervenir en el debate público abierto sobre la posición de una determinada confesión religiosa en una materia de alto interés público. Se trataba de expresiones y eslóganes que, aunque referidos a una figura retórica impactante y llamativa, eran conocidos y usados habitualmente en el debate público para oponerse a la conocida posición de aquella confesión religiosa en esta materia. Por tanto, también este es un elemento relevante indiciario de la presencia del halo protector de la libertad de expresión en el desarrollo de la conducta del recurrente.

(iii) La forma no violenta como se desarrollaron los actos de expresión y la nula alteración del orden público general provocado.- Las sentencias impugnadas ponen de manifiesto en el relato de hechos probados que la conducta del recurrente consistió en que el grupo en que se integraba se levantó una vez comenzada la ceremonia religiosa y se limitó a la citada actuación de arrojar pasquines, gritar eslóganes y desplegar una pancarta. Ninguna mención se hace a que hubiera ningún tipo de enfrentamiento ni provocación personal o individual a la persona que dirigía el acto o a las allí reunidas. En la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia se destaca que “ninguno de los feligreses fue físicamente molestado, y continuaron todos ellos en el banco que ocupaban sin enfrentarse a los manifestantes, y tampoco lo fue el oficiante, que se limitó a sentarse en una de las sillas laterales de la zona del altar a esperar, según sus propias

palabras, a que parase ‘*el ruixat*’ [el chaparrón]”. Junto a esta encomiable actitud irónica de los afectados por la protesta, tampoco aparece relatada ninguna incidencia dentro del inmueble en que se desarrollaba la reunión de la confesión ni en el exterior derivada de la conducta del recurrente. Cabe concluir que la actitud no violenta ni intimidatoria, al margen de los efectos de interrupción de la reunión que se estaba celebrando, se desarrollaba atendiendo a los fines y objetivos constitucionalmente previstos para el derecho a la libertad de expresión.

Consideramos, por tanto, que, a partir de estas circunstancias, solo podía concluirse que la conducta que estaba siendo objeto de enjuiciamiento penal por las resoluciones impugnadas en amparo no era ajena, en contra de lo que sostiene la opinión mayoritaria, al ámbito protector que en una sociedad democrática debe aportar el derecho a la libertad de expresión. Si esto es cierto, hubiera sido necesario proyectar un juicio de proporcionalidad sobre la reacción punitiva del Estado en la sanción de esa eventual extralimitación.

9. La eventual extralimitación que en el ejercicio de este derecho fundamental pudiera haberse producido cifrada en la interrupción de un acto de una confesión religiosa no justifica la reacción penal adoptada por las resoluciones judiciales impugnadas, que, por consiguiente, entendemos que debe considerarse desproporcionada.

En este juicio de proporcionalidad resultan relevantes –además de las circunstancias ya señaladas *supra* de que la interrupción del acto tuviera como único objetivo manifestar una discrepancia con la posición de una confesión religiosa respecto de asunto de interés general y de que se hiciera de forma no violenta ni intimidatoria y con una nula alteración del orden público– las consecuencias mínimamente incisivas de la conducta del recurrente en el ámbito del derecho a la libertad religiosa de los allí reunidos por la forma y la duración de los hechos. El acto que se estaba celebrando no tuvo que suspenderse, sino que, según el relato de hechos probados de la sentencia condenatoria, el recurrente desarrolló su conducta “paralizando la celebración de la misma durante unos dos o tres minutos, tras lo cual abandonó voluntariamente, junto con el resto de los manifestantes, la iglesia”. Tampoco en el relato de hechos probados se incluye ninguna referencia a que se produjera una efectiva ofensa en los sentimientos de los allí reunidos. Así hay que derivarlo de la circunstancia de que en aquel relato este elemento solo aparece como una eventual posibilidad en la intención del sujeto, ya que la referencia literal referente a este extremo consiste en decir que la conducta se realizó “sabiendo que con su acción podría llegar a ofender los sentimientos religiosos de los feligreses allí congregados”.

Por tanto, considerando (i) el contexto de debate social sobre un asunto de interés público en que se desarrolló la conducta del recurrente; (ii) la coherencia de sus actos de expresión con ese debate, que no implicaba ningún ataque directo a la confesión sino a su posición en este asunto de interés general; (iii) la forma no violenta de la actuación y la inexistencia de algún tipo de alteración de la seguridad o del orden público; (iv) la muy limitada perturbación del acto religioso, que solo fue momentáneamente interrumpido y no suspendido; y (v) la ausencia de referencia alguna a que hubiera quedado acreditada ninguna ofensa a los sentimientos de los reunidos, debió haberse concluido, en el debido juicio de proporcionalidad, que la condena penal del recurrente supuso una decisión judicial incompatible con la protección constitucional del derecho a la libertad de expresión y la evitación de un efecto disuasorio de su ejercicio, ya que la conducta enjuiciada, independientemente de su extralimitación, se produjo en el ámbito de influencia de este derecho y la reacción penal era innecesaria para proteger la libertad religiosa de terceros o cualquier otro interés constitucional.

El “*Informe sobre la relación entre la libertad de expresión y la libertad de religión: la cuestión de la regulación y el enjuiciamiento de la blasfemia, el insulto religioso y la incitación al odio religioso adoptado por la Comisión de Venecia en su 76ª sesión plenaria (Venecia, 17-18 de octubre de 2008)*” [CDL-AD(2008)026-e], toma posición por que la única respuesta penal frente a la lesiones del derecho a la libertad religiosa en el contexto del ejercicio del derecho a la libertad de expresión sea para reprimir el discurso del odio contra la religión (§§ 90-93). No es controvertido que esta circunstancia está ausente de la conducta del recurrente.

Por su parte, la STEDH de 17 de julio de 2018, *as. Mariya Alekhina y otras contra Rusia*, § 227, en un asunto con grandes semejanzas con el ahora enjuiciado, consideró desproporcionada la respuesta penal por los desórdenes públicos generados al intentar cantar dentro de una catedral una canción compuesta como crítica a la Iglesia ortodoxa por el apoyo a diversas medidas del gobierno ruso, al haberse acreditado que los actos de las demandantes no contenían elementos violentos ni fomentaron o justificaron la violencia, el odio o la intolerancia de los creyentes. El TEDH reiteró que, en principio, las formas de expresión pacífica o no violenta no deberían verse amenazadas por la imposición de penas privativas de libertad, recordando que la injerencia en la libertad de expresión mediante sanciones penales puede tener un efecto disuasorio en el ejercicio de este derecho y que esta circunstancia es un elemento que debe tenerse en cuenta al evaluar la proporcionalidad de dicha injerencia.

En conclusión, estimamos que lo procedente hubiera sido otorgar el amparo solicitado y anular las resoluciones judiciales recurridas.

Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil veinte.

Fdo. Juan Antonio Xiol Ríos

Fdo. María Luisa Balaguer Callejón