

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) C.E., 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 TEDH, 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 C.E. 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.U), 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:

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

2º) 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.

3º) 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;

4º) 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, veintidós de julio de dos mil quince.