

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1124** *Pleno. Sentencia 190/2020, de 15 de diciembre de 2020. Recurso de amparo 1691-2018. Promovido por don Pablo Frago Dacosta en relación con las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña y un juzgado de lo Penal de Ferrol que le condenaron por un delito de ultrajes a España. Supuesta vulneración de los derechos a la libertad ideológica y de expresión: respuesta punitiva proporcionada a un mensaje de menosprecio a la bandera no amparado por la libertad de expresión. Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2020:190

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón, y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1691-2018, promovido por don Pablo Frago Dacosta, contra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña de 8 de febrero de 2018, que desestimó el recurso de apelación núm. 1173-2017, interpuesto contra la sentencia dictada el día 22 de marzo de 2017 por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol en el procedimiento abreviado núm. 32-2016, que condenó al recurrente como autor de un delito de ultrajes a España. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Antonio Narváez Rodríguez.

**I. Antecedentes**

1. La procuradora de los tribunales doña Carmen García Martín, en nombre y representación de don Pablo Frago Dacosta, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento, mediante escrito registrado en este tribunal el día 27 de marzo de 2018.

2. Los hechos en los que se fundamenta la demanda de amparo, relevantes para la resolución del asunto, son los siguientes:

a) Por sentencia de 22 de marzo de 2017, recaída en el procedimiento abreviado núm. 32-2016, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol condenó al ahora demandante de amparo como autor de un delito de ultrajes a España del artículo 543 del Código penal (en adelante CP) y le impuso la pena de siete meses de multa con una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, prevista en el artículo 53 CP.

La sentencia declara probado, en virtud de la testifical practicada en el juicio oral, que, sobre las 08:00 horas del día 30 de octubre de 2014, en la puerta del dique del

arsenal militar de Ferrol, durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada, el recurrente en amparo, que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, valiéndose de un megáfono y, según refiere la sentencia, «con intención de menospreciarla», gritó: «aquí tedes o silencio da puta bandeira» y «hai que prenderlle lume a puta bandeira» (esto es, en castellano, «aquí tenéis el silencio de la puta bandera» y «hay que prenderle fuego a la puta bandera»).

La sentencia considera que estos hechos probados son constitutivos de un delito de ultrajes a España del artículo 543 CP, tipo que castiga «las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas». Estima que concurren todos los elementos constitutivos de este tipo penal, toda vez que se trata de graves ofensas de palabra a la bandera española, ejecutadas con publicidad, pues las expresiones injuriosas fueron proferidas con un megáfono en presencia de los miembros de las fuerzas armadas que desarrollaban un acto oficial solemne y de una treintena de manifestantes.

Considera que el encausado actuó con ánimo de menospreciar o ultrajar, por cuanto las expresiones proferidas constituyeron su concreta respuesta a una previa solicitud de la autoridad militar a los representantes sindicales de los trabajadores, para que rebajasen el tono de las protestas que venían realizando desde hacía meses ante el establecimiento militar durante el izado de bandera.

Concluye la sentencia que esos ultrajes de palabra no pueden entenderse amparados en la libertad de expresión, a diferencia de lo que sucedería con otras consignas que se gritaron durante las protestas relacionadas con los derechos laborales que reclamaban los trabajadores concentrados (así, «a bandeira non paga as facturas», en castellano «la bandera no paga las facturas»), o con las pitadas, abucheos y empleo de artilugios sonoros en esas mismas protestas. La conducta enjuiciada es subsumible por tanto en el delito tipificado en el artículo 543 CP, siendo irrelevante a estos efectos que un sector doctrinal se muestre partidario de la desaparición de ese tipo penal.

b) El demandante de amparo interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol. El recurso (núm. 1173-2017), en el que se denunciaba la indebida aplicación del artículo 543 CP, por estar los hechos enjuiciados amparados en la libertad ideológica y la libertad de expresión, fue desestimado por sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña de 8 de febrero de 2018, que confirmó la condena impuesta.

La sentencia dictada en apelación razona que la Constitución no reconoce ningún derecho al insulto y señala que las expresiones enjuiciadas eran de tal modo ofensivas que el ánimo de injuriar se encontraba ínsito en las mismas. Considera asimismo que el hecho se produjo con publicidad, en un acto solemne militar, lo que añadía «la nota de capacidad de alteración de la normal convivencia ciudadana. Véase que los trabajadores concentrados no jalearon la acción del recurrente, sino que algunos protestaron». Añade que las expresiones proferidas generaron en la autoridad y personal militar, ajenos al conflicto laboral, «un intenso sentimiento de humillación, proporcional a la gravedad del ultraje» y que, «con independencia de opiniones doctrinales sobre el precepto aplicado, por lo demás siempre respetables, los jueces y tribunales españoles están sujetos únicamente al principio de legalidad, y tratándose el artículo 543 del CP de una norma en vigor, la única respuesta que merece el caso es la penal legalmente prevista». Por todo ello se confirma la sentencia recurrida, por sus propios pronunciamientos.

c) Con fecha 31 de julio de 2018, el recurrente ingresó en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol el importe de la multa a la que fue condenado (1260 € en total), dictándose por el juzgado auto de 1 de marzo de 2019 por el que se declara extinguida la responsabilidad penal.

3. La demanda de amparo se fundamenta en la vulneración de los derechos a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) y a la libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE]. Aduce que ambos derechos han sido vulnerados por las resoluciones judiciales impugnadas, que consideran punibles dos manifestaciones verbales inocuas,

pronunciadas en el contexto de una concentración de protesta convocada por un sindicato con motivo de un conflicto laboral.

La condena impuesta al recurrente haría caso omiso de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión, que protege no solo las ideas que pueden resultar favorables a los Estados o los gobiernos, o que puedan ser consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también las que puedan resultar chocantes, molestas o incluso crear una cierta división, como esencia del pluralismo, la tolerancia y la apertura de mente que modelan una sociedad democrática. Se vulnera así el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), pues la interpretación constitucional del derecho fundamental ha de tomar en consideración las pautas suministradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.2 CE.

No existió ninguna necesidad de sancionar por vía penal las expresiones proferidas por el recurrente, «líder de un sindicato de trabajadores nacionalista, y en un contexto de conflicto laboral»; se trataría de expresiones inocuas, que no provocaron alteración alguna del orden público, carentes de relevancia y desprovistas de la gravedad suficiente para justificar la necesidad de injerencia a la que alude el artículo 10.2 CEDH, que, en cualquier caso, las sentencias no reflejan. La condena penal impuesta constituiría por tanto una reacción desproporcionada, que vulneraría los derechos fundamentales del recurrente a la libertad ideológica y a la libertad de expresión.

Se justifica la especial trascendencia constitucional del recurso señalando, entre otros extremos, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado en reiteradas ocasiones a nuestro país por no respetar sus jueces y tribunales el derecho a la libertad de expresión en circunstancias tan discutibles como la del presente caso. El debate sobre los límites de la libertad de expresión y las leyes que la definen y castigan sus supuestos excesos, así como la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha corregido incluso la interpretación del propio Tribunal Constitucional sobre la materia (cita la STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*), exigen un pronunciamiento al respecto, según el recurrente.

4. La Sección Segunda de este tribunal acordó, por providencia de 25 de febrero de 2019, admitir a trámite el recurso de amparo, tras apreciar que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional [artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)], porque plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)].

Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 LOTIC, acordó requerir atentamente a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 1173-2017. Asimismo acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol para que en el mismo plazo remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 32-2016 y emplazase a quienes hubieran sido parte en dicho procedimiento, a excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desean, en el presente proceso constitucional.

5. Recibidas las actuaciones requeridas, la secretaría de justicia de la Sala Primera de este tribunal, por diligencia de ordenación de 22 de marzo de 2019, acordó dar vista de las actuaciones del presente recurso de amparo al recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el artículo 52.1 LOTIC.

6. La representación procesal del recurrente, mediante escrito registrado en este tribunal el 25 de abril de 2019, reiteró las alegaciones contenidas en la demanda, solicitando que se le otorgue el amparo.

Aduce, en síntesis, que las sentencias impugnadas han vulnerado sus derechos a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) y a la libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE]. Habría sido indebidamente condenado como autor de un delito de ultrajes a España del artículo 543 CP por haber proferido unas expresiones inocuas y que no eran sino la pública manifestación de sus opiniones personales. Sostiene que en el sistema constitucional español, regido por principios como el pluralismo político e ideológico, el Estado no puede imponer una actitud favorable hacia la Nación española y sus símbolos. Se trata de uno de los delitos más controvertidos que recoge el Código penal y no faltan sectores doctrinales que dudan de su constitucionalidad por afectar a las libertades ideológica y de expresión.

Considera que el análisis de constitucionalidad que debe realizar este tribunal, bajo la invocación de tales derechos, no puede circunscribirse 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.

Entiende el recurrente que ese enjuiciamiento constitucional, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe conducir a la estimación de su recurso de amparo, pues las expresiones que profirió, en su calidad de representante sindical y con ocasión de una más de las protestas que se venían sucediendo en el mismo lugar, para reclamar los derechos de los trabajadores del servicio de limpieza de las instalaciones militares, constituyen una manifestación totalmente inocua del derecho a la libertad de expresión. No hubo disturbios ni alteración alguna del orden público.

Además, conforme a esa misma jurisprudencia en relación con la quema de retratos de representantes políticos y de banderas (coincidente con la sentada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en asuntos similares), no puede establecerse una protección privilegiada de los símbolos del Estado frente al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información. En fin, la condena penal impuesta resultaría una reacción desproporcionada, provocando un efecto desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales concernidos.

7. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones ante este tribunal el día 8 de mayo de 2019, interesando la estimación del recurso de amparo.

Tras recordar los antecedentes del asunto y exponer los argumentos en los que el recurrente fundamenta la vulneración de los derechos a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) y a la libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE], el Ministerio Fiscal trae a colación la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión, que igualmente invoca el recurrente en apoyo de su pretensión. De esta jurisprudencia se desprende que, como resulta del artículo 10.2 CEDH, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y sus restricciones deben estar motivadas de forma convincente por responder a una necesidad social acuciante.

Por otra parte, como quiera que el presente recurso se dirige contra sentencias del orden penal, es necesario tener en cuenta que, conforme a la doctrina constitucional (por todas, STC 24/2019, de 25 de febrero), cuando se alega que la conducta enjuiciada por vía penal constituye el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, el control constitucional no puede limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de las resoluciones judiciales impugnadas en amparo, sino que debe analizar si esas resoluciones han respetado las exigencias constitucionales al enjuiciar los hechos probados; aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los empleados por la jurisdicción penal en el caso.

En el presente supuesto resulta que, según el Ministerio Fiscal, cabe apreciar que las sentencias impugnadas no han ponderado debidamente ciertos aspectos esenciales para determinar la necesidad y proporcionalidad de la condena penal atendidos los límites del ejercicio de los derechos fundamentales concernidos; en particular, el

contexto, la forma, el lugar, la finalidad y el alcance de la protesta laboral en cuyo ámbito se profirieron las expresiones por las que el recurrente fue condenado como autor de un delito de ultraje a los símbolos y emblemas de España; así como la condición de representante sindical de este, el contenido de esas expresiones y su finalidad, y las circunstancias relativas a los destinatarios o receptores de las mismas.

Las expresiones por las que ha sido condenado el recurrente fueron proferidas en el contexto de una concentración de trabajadores en la puerta del dique del arsenal de Ferrol como las que se venían realizando en ese mismo lugar desde hacía tiempo, en protesta por la falta de pago de salarios por parte de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones de Defensa en Ferrol. En esas concentraciones, que se extendían al acto de izado de bandera que diariamente se llevaba a cabo en aquel lugar, se realizaban pitadas, abucheos, etc., y se gritaban consignas para llamar la atención de los viandantes sobre la protesta laboral. Es decir, se trataba de cuestionar la actuación de las autoridades de Defensa, a las que se reprochaba su pasividad ante el incumplimiento de los derechos de los trabajadores por parte de una empresa adjudicataria del servicio de limpieza de las instalaciones militares. Además, el recurrente venía interviniendo en esas protestas en calidad de representante sindical (de la Confederación Intersindical Galega) de los afectados por el conflicto laboral, y como tal ejercitaba su libertad de expresión para la defensa del interés colectivo de los trabajadores y en el marco por tanto de la libertad sindical garantizada por el artículo 28.1 CE, aunque este derecho no haya sido formalmente invocado.

En cuanto al contenido de las expresiones proferidas por el recurrente, es cierto que aisladamente consideradas pueden entenderse como excesivas y ofensivas con el símbolo de la Nación española que es su bandera; pero su consideración como un grave ultraje constitutivo de delito resultaría ayuno de la necesaria proporcionalidad, atendiendo al contexto de reivindicación laboral en que se produjeron e incluso al dato de la orientación ideológica del sindicato al que pertenece el recurrente, en la órbita del nacionalismo gallego, y por ello sustancialmente desafecto con el destinatario último de la acción sindical ejecutada (el Estado español) y los emblemas que singularmente lo distinguen. La intención principal del recurrente al proferir las expresiones en cuestión en el referido contexto de protesta laboral sería la de mostrar la insatisfacción de los concentrados por los incumplimientos de su empresa y la pasividad de la administración pública para la que se prestan los servicios de limpieza, más que la de ultrajar un símbolo o emblema nacional, por más que las autoridades y miembros de las Fuerzas Armadas que escuchaban tales expresiones pudieran considerarlas con razón, desde su perspectiva, como ofensivas e incluso hirientes.

Conforme a la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 226/2016, de 22 de diciembre) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 23 de abril de 2015, asunto *Morice c. Francia*, y de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, entre otras), la crítica está amparada por la libertad de expresión incluso cuando resulta desabrida y pueda molestar, inquietar y disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. Además, cuando la libertad de expresión se ejerce por los representantes sindicales en el marco de una reivindicación laboral que se ejerce frente a quienes realizan funciones públicas, el ejercicio de ese derecho fundamental alcanza el nivel máximo de protección, convirtiéndose en prácticamente inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar (por todas, STC 109/2018, de 15 de octubre).

Por otra parte, tratándose de enjuiciar ilícitos penales, no basta con constatar que la conducta enjuiciada sobrepasa las fronteras de la libertad de expresión, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad un sacrificio innecesario o desproporcionado de esa libertad, o un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio del derecho fundamental (STC 110/2000, de 5 de mayo, por todas).



En fin, debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en casos de quema de banderas e imágenes de representantes políticos, ha señalado que no puede establecerse una protección privilegiada de los símbolos del Estado frente al ejercicio de los derechos a la libre expresión e información (así, SSTEDH de 25 de junio de 2002, asunto *Colombani y otros c. Francia*; de 26 de junio de 2007, asunto *Artun y GÜvener c. Turquía*; de 1 de junio de 2010, asunto *Gutiérrez Suárez c. España*; de 14 de marzo de 2013, asunto *Eon c. Francia*; de 10 de noviembre, asunto *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. Francia* [Gran Sala], y de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*).

Por todo ello concluye el Ministerio Fiscal que debe otorgarse el amparo, reconociendo que han sido vulnerados los derechos del recurrente a la libertad ideológica y la libertad de expresión y declarando la nulidad de las sentencias impugnadas. La condena que le fue impuesta como autor de un delito de ultrajes a España resultaría desproporcionada atendidas las circunstancias concurrentes, que los órganos judiciales no ponderaron adecuadamente.

8. A propuesta de la Sala Primera, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó, en reunión celebrada el 15 de julio de 2019 y conforme establece el artículo 10.1 n) LOTC, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

9. Habiendo declinado la ponencia el magistrado Excmo. señor don Andrés Ollero Tassara, mediante acuerdo de 19 de noviembre de 2020 del Excmo. señor presidente de este tribunal y al amparo de lo dispuesto en el artículo 80 LOTC en relación con el artículo 206 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, designó como nuevo ponente de este recurso al Excmo. señor don Antonio Narváez Rodríguez.

10. Mediante providencia de 15 de diciembre de 2020, se señaló ese mismo día para deliberación y votación de la presente sentencia.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del recurso y pretensiones de las partes.

El objeto del presente recurso de amparo consiste en determinar si las sentencias impugnadas, que han condenado al demandante de amparo como autor responsable de un delito de ultrajes a España del artículo 543 del Código penal (en adelante, CP), a la pena de siete meses de multa con una cuota diaria de seis euros, han vulnerado sus derechos a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) y la libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE].

Considera el recurrente que las expresiones que han dado lugar a su condena penal constituyen un ejercicio legítimo de esos derechos fundamentales. A su parecer, las expresiones proferidas son objetivamente inocuas, pronunciadas en el transcurso de una protesta laboral desarrollada ante las puertas de un establecimiento militar, y no provocaron actos violentos ni alteraciones del orden público. En consecuencia, la condena penal impuesta supondría una injerencia en la libertad de expresión que no resulta proporcionada ni necesaria en una sociedad democrática, atendiendo a los criterios sentados por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por todo ello, solicita el otorgamiento del amparo, la declaración de haber sido vulnerados los derechos fundamentales invocados y la nulidad de las sentencias impugnadas.

El Ministerio Fiscal apoya la pretensión del recurrente con argumentos sustancialmente coincidentes con los expuestos por este, conforme ha quedado reflejado en el relato de antecedentes, al que procede remitirse. Interesa por ello la estimación del recurso de amparo.

La especial trascendencia constitucional de este recurso, en los términos enunciados sin pretensión de exhaustividad en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, radica, conforme se anticipó en la providencia de admisión, en la posibilidad de que este

tribunal, como supremo intérprete y garante de los derechos fundamentales, tenga la oportunidad de pronunciarse acerca de una cuestión hasta ahora no planteada ante la jurisdicción constitucional, esto es, sobre el eventual conflicto que puede surgir entre la aplicación del delito de ultrajes a España (artículo 543 CP) y el derecho a la libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE], en conexión con el derecho a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE). En definitiva, el presente asunto permite examinar la legitimidad de la condena penal impuesta por proferir unas expresiones ofensivas dirigidas a uno de los símbolos políticos de España, como es la bandera (artículo 4.1 CE).

## 2. El ámbito de enjuiciamiento.

Debe advertirse con carácter previo que, si bien el recurrente alude, como ya lo hiciera en el proceso judicial *a quo*, al carácter controvertido del delito de ultrajes a España que tipifica el artículo 543 CP y a las opiniones doctrinales que postulan su supresión, lo que se discute en el recurso de amparo no es la norma penal aplicada, sino su aplicación judicial al caso concreto, en cuanto se refiere a una conducta relacionada con el ejercicio de los derechos fundamentales invocados.

Dicho de otro modo, el problema constitucional planteado en el presente recurso no tiene que ver con la previsión legal abstracta de protección que establece nuestro ordenamiento jurídico, de una parte, en el artículo 10.1 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, que castiga, conforme a lo dispuesto en las leyes, «los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el artículo 4», al que se refirió la STC 119/1992, de 18 de septiembre, FJ 2, que declaró conforme a la Constitución, en lo sustancial, un precepto equivalente al vigente artículo 543 CP. Y, de otro lado, en el propio artículo 543 CP, como delito de «ultrajes a España». Además, esta figura penal aparece tipificada, también, en códigos penales de otros Estados miembros de la Unión Europea, con semejantes o incluso con penas más agravadas que la prevista en el precepto español [Código penal alemán, artículos 90 a) y 104; Código penal francés (artículo 433.5.1), o Código penal italiano (artículos 291 y 292)], por la relevancia del bien jurídico protegido. En cambio, el objeto de este recurso de amparo se limita exclusivamente a enjuiciar la licitud o ilicitud constitucional de la respuesta penal aplicada a este caso.

En efecto, la norma penal de referencia persigue un fin legítimo, no es indeterminada y está prevista en la ley de forma accesible y previsible. Ninguna duda razonada cabe sobre la relevancia y legitimidad de la finalidad del tipo penal, pues se dirige a proteger los símbolos y emblemas del Estado constitucional, entre los que se encuentran las banderas, únicos símbolos expresamente constitucionalizados (artículo 4 CE). Así lo corrobora el hecho de que el delito de ultrajes a España (artículo 543 CP) figure dentro del título XXI del Código penal, dedicado precisamente a los delitos contra la Constitución.

Por consiguiente, en lo que ahora es de interés, el artículo 543 CP tipifica un delito de naturaleza pública y perseguible de oficio, que protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a la función de representación que los símbolos y emblemas identificadores de España y sus comunidades autónomas desempeñan.

Cabe recordar en este sentido que, en la STC 94/1985, de 29 de julio, FJ 7, se declaró que «[n]o puede desconocerse que la materia sensible del símbolo político [...] trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el símbolo político acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada; de aquí la protección dispensada a los símbolos políticos por los ordenamientos jurídicos. Al símbolo político

corresponde, pues, al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles».

### 3. Libertad ideológica y libertad de expresión: Doctrina constitucional.

El demandante invoca de forma conjunta sus derechos a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) y a la libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE], por cuanto aduce que las expresiones por las que ha sido condenado fueron proferidas por el recurrente, dirigente de un sindicato nacionalista gallego, en el contexto de una reivindicación laboral. Es decir, que lo enjuiciado sería la expresión verbal de una determinada convicción ideológica, realizada durante una concentración de protesta por motivos laborales en un espacio público, sin que se produjeran altercados o alteraciones del orden público, después de la misma.

El estrecho vínculo existente entre la libertad ideológica y la libertad de expresión ha sido destacado por la doctrina de este tribunal, pues, a la libertad ideológica que consagra el artículo 16.1 CE, le corresponde el correlativo derecho a expresarla, que garantiza el artículo 20.1 a) CE (por todas, SSTC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5, y 177/2015, FJ 5), aun cuando ello no signifique que el derecho que el artículo 16.1 CE reconoce pueda entenderse «simplemente absorbido» por la libertad de expresión del 20.1 a) CE (STC 20/1990, FJ 3), ni que toda expresión libremente emitida al amparo del artículo 20.1 a) CE sea manifestación de la libertad ideológica del artículo 16.1 CE (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 10; 137/1990, de 19 de julio, FJ 8; 120/1992, de 27 de junio, FJ 8, y 177/2015, FJ 5).

Conforme a esta misma doctrina, hay que tener presente que sin la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 CE para constituir el Estado social y democrático de Derecho que en este precepto se instaura. Ello hace necesario, a su vez, que el ámbito del derecho a la libertad ideológica no se recorte ni tenga «más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley», como expresamente determina el artículo 16.1 CE (SSTC 20/1990, FJ 3; 120/1992, FJ 8, y 177/2015, FJ 5).

Sobre el contenido de la libertad de expresión y sus límites existe, asimismo, una consolidada doctrina constitucional, que se remonta a las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, y recuerdan, entre otras, las SSTC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; 112/2016, de 20 de junio, FJ 2, y 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3 a). Esta doctrina subraya repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto que garantiza para «la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática». De modo congruente, hemos insistido también en la necesidad de que dicha libertad «goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor» (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4; 50/2010, de 4 de octubre, FJ 7; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; 112/2016, de 20 de junio, FJ 2, y 35/2020, de 25 de febrero, FJ 2).

La libertad de expresión comprende desde luego la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues «así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells c. España*, § 42, y de 29 de febrero de 2000, caso *Fuentes Bobo c. España*, § 43). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» (STEDH de 24 de febrero de 1997, caso *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, § 49).



Quedan fuera de la protección del artículo 20.1 a) CE las expresiones que en las concretas circunstancias del caso sean indudablemente injuriosas, ultrajantes u oprobiosas, es decir, las expresiones ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, toda vez que el referido precepto constitucional «no reconoce un pretendido derecho al insulto» (entre otras muchas, SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; 112/2016, de 20 de junio, FJ 2, y 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3).

En suma, el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto, sino que tiene, como todos los demás derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional. En tal sentido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que «la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Féret c. Bélgica*, § 64; en el mismo sentido STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, § 40 a 42), del mismo modo que la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios, como también ha recordado la doctrina constitucional (SSTC 177/2015, FJ 2; 112/2016, FJ 2, y 35/2020, FJ 4, por todas).

Esos límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser, no obstante, ponderados siempre con rigor por el juez penal, como igualmente ha advertido reiteradamente este tribunal (por todas, STC 177/2015, FJ 2; 112/2016, FJ 2, y 35/2020, FJ 4). Esta regla, que es de obligada atención con carácter general cuando aquel derecho fundamental entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión en nuestro ordenamiento como sustento del pluralismo y del orden político (artículos 1.1 y 10.1 CE), lo es todavía más cuando, como ocurre en el supuesto enjuiciado, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se encuentra en relación con el derecho a la libertad ideológica.

Cuando esto último sucede, como es el presente caso, la posibilidad de limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión ha de ser menor, de suerte que, salvo los casos de insulto, de incitación a la violencia («discurso del odio») y alteración del orden público protegido por la ley, debe permitirse su libre exposición «en los términos que impone una democracia avanzada» (STC 20/1990, FJ 5). Dicho de otro modo, esas limitaciones a la libertad de expresión siempre han de ser «interpretadas de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado» (SSTC 20/1990, FJ 4; 177/2015, FJ 2; 112/2016, FJ 2, y 35/2020, FJ 4). En consecuencia, el juez penal ha de tener siempre presente su contenido constitucional para «no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático» (entre otras, SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4; 253/2007, de 17 de diciembre, FJ 6; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; 112/2016, de 20 de junio, FJ 2, y 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4; y STEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells c. España*, § 46).

#### 4. El control por parte del Tribunal Constitucional.

En supuestos como el que nos ocupa, en que se alega la vulneración del contenido de derechos fundamentales sustantivos por una condena penal, el problema sometido a nuestro enjuiciamiento ha de ser resuelto conforme a criterios específicos que derivan, no solo de la naturaleza y límites de nuestra jurisdicción de amparo (que se endereza únicamente a restablecer o preservar los derechos fundamentales cuando se ha alegado

una vulneración concreta y efectiva de los mismos), sino también del contenido de los derechos en juego y de la naturaleza penal de la sanción impuesta.

En consecuencia, el control que a este tribunal corresponde realizar no ha de ser un mero juicio externo, que verse sobre la razonabilidad de las valoraciones efectuadas por los jueces y tribunales en las resoluciones judiciales impugnadas en amparo, sino que hemos de aplicar a los hechos declarados probados por estas, siempre dentro de los límites que impone el artículo 44.1 b) LOTC, las exigencias dimanantes de la Constitución, para determinar si, al enjuiciarlos, han sido o no respetados esos derechos fundamentales. Todo ello aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este tribunal, ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales (entre otras muchas, 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 13; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 11, y 177/2015, 22 de julio, FJ 2).

De este modo habremos de examinar si la interpretación y aplicación de la norma penal realizada por los órganos judiciales en las sentencias impugnadas en amparo es compatible con el contenido constitucional de la libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE], en conexión con la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) y, por tanto, si la condena penal impuesta al recurrente constituye o no una decisión constitucionalmente legítima, ya que, como este tribunal ha señalado reiteradamente, los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FFJJ 5 y 6; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3).

Por ello, para poder determinar si la aplicación del artículo 543 CP realizada en el presente supuesto vulnera los referidos derechos, es necesario precisar inicialmente si la conducta objeto de sanción penal constituye, en sí misma considerada, lícito ejercicio de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se encuentra amparada por estos. Se trata de un análisis que no se sitúa en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho fundamental, sino en el previo de la delimitación de su contenido y finalidad (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5, y 127/2004, de 19 de julio, FJ 2). Este escrutinio permite identificar aquellos supuestos en los que la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturaliza el ejercicio del derecho y se sitúa objetivamente al margen del contenido propio del mismo y, por ello, en el ámbito de lo punible; dicho de otro modo, se trata de aquellos casos en los que la invocación del derecho fundamental se erige en mero pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos (por todas, SSTC 185/2003, FJ 5, y 104/2011, FJ 6).

Fuera de tales supuestos, cuando la conducta penalmente reprochada se sitúa inequívocamente en el ámbito del contenido del derecho y, además, respeta los límites establecidos para su ejercicio, esa conducta no puede ser objeto de sanción penal, aunque la subsunción de los hechos probados en la norma fuera conforme a su tenor literal. Como este tribunal ha afirmado reiteradamente, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico, impone a los órganos judiciales, al aplicar una norma penal, la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales en juego, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de esos derechos o tengan un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los mismos (entre otras muchas, SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 2/2001, de 15 de enero, FJ 3; 196/2002, de 28 de octubre, FJ 6, y 104/2011, de 20 de junio, FJ 6).

Si la conducta enjuiciada penalmente forma parte del ámbito de protección propio de los derechos y libertades que han sido alegados, será preciso examinar en segundo término si, por ser ejercicio plenamente legítimo de su contenido, tal circunstancia opera como causa excluyente de su antijuridicidad (entre otras, SSTC 104/1986, de 13 de agosto, FFJJ 6 y 7; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 136/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 19/1996,

de 12 de febrero, FJ 2; 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5, y 24/2019, de 25 de febrero, FJ 3).

Dicho de otro modo, el análisis que este tribunal ha de realizar en un recurso de amparo contra una sentencia penal condenatoria se dirigirá entonces a determinar si la conducta del demandante se sitúa inequívocamente en el ámbito del contenido del derecho fundamental invocado y si, además, respeta los límites establecidos para su ejercicio (por todas, SSTC 111/1993, FFJJ 5 y 6; 137/1997, FJ 2; 110/2000, FJ 4; 88/2003, FJ 8; 104/2011, FJ 6, y 177/2015, FJ 2). En tal caso, la conducta enjuiciada no podría sufrir reproche penal alguno, lo que conduciría a estimar el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia condenatoria.

En suma, el control de constitucionalidad que a este tribunal corresponde llevar a cabo en este tipo de supuestos debe quedar limitado, antes de entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal –que, en su caso, podrían ser objeto de control bajo la invocación del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE)–, a verificar si las sentencias impugnadas, al imponer la condena penal, han valorado como cuestión previa si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE] y si, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso, pues así lo impone el principio de supremacía de la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales, como hemos tenido ocasión de recordar recientemente en la STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4.

#### 5. Aplicación al caso concreto.

a) De acuerdo con la doctrina constitucional expuesta y a partir de los hechos declarados probados por aquellas resoluciones, nos corresponde ahora examinar las circunstancias del presente caso y determinar si la conducta por la que ha sido condenado el recurrente en amparo puede ser calificada como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE], en conexión con el derecho a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE).

Se destaca en las resoluciones impugnadas que personas trabajadoras de Cleanet, empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones militares del arsenal de Ferrol, que se encontraban en huelga por el impago de sus salarios, se venían concentrando todos los días, a partir del mes de octubre de 2014, frente a la fachada principal del arsenal militar de Ferrol, haciéndolo minutos antes de las 08:00 horas de la mañana, que era el momento en que tenía lugar la ceremonia del acto solemne de izado de la bandera española con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada.

También queda recogido en aquellas resoluciones que todos los días en que se realizaron aquellas concentraciones (entre los meses de octubre de 2014 y marzo de 2015), los trabajadores y trabajadoras en huelga hacían ruido, realizaban pitadas o abucheos, con pitos, vuvucelas, ollas, sartenes y megáfonos, durante el acto de izado, y proferían consignas como «a bandeira non paga as facturas», para llamar la atención de los viandantes.

En tales circunstancias, sobre las 08:00 horas del día 30 de octubre de 2014, en que, como era habitual, tenía lugar el acto de izado de la bandera y las personas en huelga volvían a concentrarse para continuar con sus gritos, protestas y formulación de consignas del mismo tono e intensidad que en jornadas anteriores, en un momento determinado el ahora demandante de amparo, que era representante de un sindicato nacionalista gallego (Confederación Intersindical Galega), que estaba en el lugar para defender los intereses laborales de los que realizaban la huelga, valiéndose de un megáfono, dijo las frases «aquí tedes o silencio da puta bandeira» y «hai que prenderlle lume á puta bandeira».

Consideran las sentencias impugnadas que aquellas expresiones, proferidas por el recurrente en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional, constituyen ultrajes de palabra a la bandera

española, realizados con publicidad, que no pueden entenderse amparados en la libertad de expresión. Ello, a diferencia de lo que sucedió con otras consignas que se gritaron en concentraciones celebradas en días anteriores, acaecidas en el mismo lugar, a la misma hora y con ocasión del mismo acto.

Se razona en las sentencias que el encausado actuó con ánimo de menospreciar o ultrajar, por cuanto las expresiones proferidas constituyeron su concreta respuesta a una previa solicitud de la autoridad militar a los representantes sindicales de los trabajadores, para que rebajasen el tono de las protestas que venían realizando desde hacía meses ante el establecimiento militar durante el izado de la bandera nacional, con interpretación del himno y guardia de honor en posición de arma presentada. Se añade en la sentencia de apelación que tales expresiones generaron en la autoridad y personal militar, ajenos al conflicto laboral, «un intenso sentimiento de humillación, proporcional a la gravedad del ultraje». También se argumenta en esta sentencia que el hecho de que las expresiones enjuiciadas se profirieran con publicidad, a las puertas del dique del arsenal militar de Ferrol, durante un acto solemne militar, añade «la nota de capacidad de alteración de la normal convivencia ciudadana». Por todo ello la conducta enjuiciada no se considera amparada en el derecho a libertad de expresión y se entiende subsumible en el delito tipificado en el artículo 543 CP, lo que determina la condena impuesta.

b) Estos razonamientos ponen de manifiesto que ya la sentencia condenatoria, así como la de apelación que la confirma, hacen un examen de la eventual afectación en el caso concreto del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión del acusado. En todo caso, es preciso que este tribunal realice un juicio de ponderación entre el reclamado ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la protección del interés general que entraña la defensa de los símbolos del Estado.

Sin embargo, los hechos declarados probados en la vía judicial previa aportan una serie de elementos que no pueden escapar a nuestra valoración:

(i) El momento en que las expresiones fueron proferidas: se trataba del momento del izado de la bandera nacional, con interpretación del himno nacional y la guardia militar en posición de arma presentada, es decir, la ceremonia más solemne de todas las que tienen lugar en un acuartelamiento militar, en la que se hace un acto de especial respeto y consideración a símbolos del Estado, en este caso a la bandera y al himno nacional.

(ii) La utilización del término «puta» para calificar a la «bandeira» y, además, ambas palabras insertadas en la expresión «hai que prenderlle lume á puta bandeira», que nunca fue utilizada hasta aquel momento por las personas concentradas, según se deduce de los hechos declarados probados por las resoluciones judiciales impugnadas.

(iii) La innecesariedad de las dos expresiones proferidas para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas por los concentrados.

(iv) La falta de vínculo o relación de las expresiones utilizadas con la reivindicación laboral que estaban llevando a efecto las personas concentradas.

(v) Además del «intenso sentimiento de humillación» que, según refiere la sentencia de apelación, sufrieron los militares presentes en el acto, también la manifestación de algunas de las trabajadoras participantes en la concentración, que dijeron «no, eso no».

c) Todos los elementos anteriores deben ser ahora objeto de nuestra valoración. Con extensa exposición doctrinal, hemos declarado *supra* que el artículo 20.1 a) CE no ampara las expresiones ofensivas, que no guarden relación con las ideas u opiniones que se manifiestan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas.

Pues bien, en el caso de autos, el ahora demandante de amparo utilizó dos expresiones en las frases que pronunció, las de «puta» y «bandeira», que, unidas, encierran un mensaje de menosprecio hacia la bandera, que cumple una función integradora de la comunidad, que puede ser la nacional, como sucede en el caso de autos, o la de cualquier comunidad autónoma, en cuanto símbolo político que refuerza el sentido de pertenencia a ella.

Además, aquellas expresiones eran de todo punto innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas por los trabajadores y trabajadoras de Cleanet. Estas personas se estaban concentrando todos los días frente a la puerta principal de las instalaciones militares para expresar su protesta. Incluso, en sus consignas, habían puesto en relación la bandera con sus reivindicaciones salariales, pero nunca hasta aquel momento y en boca de ninguno de ellos se habían escuchado aquellas expresiones. En alguna ocasión se había utilizado la frase «a bandeira non paga as facturas», que ha quedado fuera del reproche penal, porque se entendía que, aunque con expresión de tono ácido y desabrido, era conforme al ejercicio de la libertad de expresión de los reclamantes pretender llamar la atención y poner en conocimiento del resto de la ciudadanía el objeto de sus reivindicaciones laborales por impago de salarios. Por tanto, aquellos vinculaban la bandera, el momento de su izado y el lugar, frente a las instalaciones militares en la que realizaban su trabajo, con la administración y esta, a su vez, con sus reivindicaciones salariales.

Sin embargo, a diferencia de aquella frase que, desde la perspectiva del ejercicio de la libertad de expresión, sí podía entenderse que ponía en relación la referencia a la bandera con las reclamaciones salariales de los concentrados, las utilizadas, en cambio, por el demandante, además de no poner de manifiesto ninguna conexión entre la bandera y aquellas reclamaciones laborales, pues no contenían ninguna palabra que permitiera asociarlas con el fin reivindicativo expresado, eran unas expresiones que no añadían nada más a aquella finalidad.

Uno de los dos mensajes difundidos a través del megáfono solo sirvió para transmitir a la opinión pública la idea de que había que prenderle fuego a la «puta bandera», sin añadir ninguna otra palabra más que asociara ese expresado deseo a las reivindicaciones laborales defendidas en la concentración. Este dato es relevante para nuestro enjuiciamiento toda vez que se trataba de expresiones proferidas por el demandante, singulares y aisladas del resto de los actos de concentración y de las consignas expresadas en los mismos, que no guardaban relación con lo que defendían los concentrados. El recurrente, a quien, conforme a los hechos declarados probados por las resoluciones judiciales impugnadas, le son imputadas las frases proferidas, y que sostiene haber participado en la concentración como miembro de un sindicato nacionalista, tampoco ha justificado en la demanda cuál habría podido ser el objetivo que perseguía al utilizar los términos empleados y cuál la eventual relación de las frases con las reivindicaciones laborales que ha alegado defender. Esta carga, que correspondía al recurrente, no puede ser suplida por este tribunal.

También son relevantes, para el enjuiciamiento de este caso, otros dos elementos.

En primer lugar, el contexto en que aquellas frases fueron proferidas. Si bien, hasta aquella fecha y en jornadas posteriores, las personas concentradas eligieron el momento y el lugar que, a su juicio, era el más relevante para hacer del público conocimiento sus reivindicaciones laborales, esto es el del acto de izado de la bandera, con la guardia formada e interpretación del himno nacional, tales actos no han sido objeto de enjuiciamiento por la jurisdicción penal, al hallarse amparados por la libertad de expresión. Sin embargo, este mismo contexto cobra, también, especial importancia para nuestro enjuiciamiento porque, precisamente, en aquella jornada y única ocasión, el demandante se sirvió del referido momento solemne para proferir aquellas expresiones, innecesarias y desvinculadas de la reivindicación laboral.

Y, en segundo término, aunque íntimamente conectado con el anterior elemento, es preciso valorar, también, que cuando se escucharon aquellas expresiones en alta voz, algunas de las personas concentradas declararon «no, eso no» (así lo recoge la sentencia del juzgado de lo penal). Tales palabras reflejan el sentimiento de aquellas personas, participantes en la concentración, que no compartieron lo que el demandante había dicho y expusieron el expreso rechazo a aquellas con su negación.

d) A partir de los anteriores elementos, debemos ahora enjuiciar la constitucionalidad de la condena penal del demandante por delito de ultraje a la bandera del artículo 543 CP.



Ya hemos anticipado que el uso de la palabra «puta» para referirse a la bandera de España, denota en sí mismo un contenido de menosprecio a este símbolo del Estado.

Pero, si a dichas palabras y en una de las dos frases pronunciadas, quien las profiere utiliza los términos «hai que prenderle lume», es decir, en lengua castellana, «hay que prenderle fuego», las expresiones realizadas configuran el conjunto de un mensaje que conlleva una carga, no solo de rechazo hacia la simbología política que representa la enseña nacional y, por tanto, menospreciativa de los sentimientos de unidad y de afinidad que muchos ciudadanos puedan sentir por aquella, sino también, lo que revela es el mensaje de beligerancia que mostró el recurrente hacia los principios y valores que aquella representa.

Además, la expresión de ese deseo supone, no ya el de la mera destrucción material de la bandera por el fuego, sino también la difusión a los demás de un sentimiento de intolerancia y de exclusión que se proyecta con su afirmación a todos aquellos ciudadanos que sientan la bandera como uno de sus símbolos de identidad nacional y propios. Buena prueba de ello es que, cuando el recurrente, sirviéndose de un megáfono, hizo pública aquella frase a un conjunto de personas (militares, concentrados y ciudadanos que transitaban por el lugar), incluso algunas de las que formaban parte de la concentración reivindicativa llegaron a no compartir aquellas afirmaciones suyas y mostraron expresamente su rechazo a lo dicho.

Cierto es que, como hemos dicho anteriormente, tanto la doctrina de este tribunal (SSTC 177/2015, 112/2016 o 35/2020, por todas) como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 15 de marzo de 2011, asunto *Otegi Mondragón c. España*; de 14 de marzo de 2013, asunto *Eón c. Francia*; o de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, por todas) conceden un amplio margen al ejercicio de la libertad de expresión, permitiendo incluso la puesta en escena de actitudes provocadoras, que se utilizan para llamar la atención de la opinión pública y transmitir un mensaje crítico, aunque lo sea con expresiones hirientes o mal sonantes para los personajes con relevancia pública. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que, en el caso de autos, aquellas expresiones no fueron dirigidas contra personas que tuvieran relevancia pública o lo fueran en razón de un asunto o cuestión de interés público. No se trataba, por tanto, de una crítica hacia personas que, por su función, están sometidas a un especial escrutinio ciudadano, en el contexto de una concentración antimonárquica y de protesta por la visita de los reyes a una ciudad, como ocurrió en el precitado asunto *Stern Taulats y Roura Capellera contra España*, sino de unas expresiones objetivamente ofensivas hacia un símbolo, la enseña nacional, en un marco reivindicativo completamente ajeno a los valores que la bandera representa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en alguna resolución (STEDH de 2 de febrero de 2010, asunto *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo c. Moldavia*), ha reconocido «el derecho a expresar de forma abierta sus opiniones sobre asuntos controvertidos que afectan a la comunidad» (§ 25), habiendo reconocido que la quema de una bandera de la Federación Rusa y de una imagen del presidente de dicha federación son manifestaciones del ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, el supuesto concreto que determinó el reconocimiento de la prevalencia de los derechos a la libertad de expresión y de reunión que hizo el tribunal europeo en aquella ocasión no puede ser equiparado al del caso de autos. Los hechos sobre los que se asentó aquel enjuiciamiento tuvieron que ver con la actuación de miembros de un determinado partido político moldavo que defendía el respeto por los derechos humanos y que protestaba contra la presencia del ejército ruso en el territorio de Transdniestrina, dentro del conflicto político surgido entre la Federación Rusa y la República de Moldavia. En aquel contexto, los manifestantes quemaron una bandera de la Federación Rusa y una imagen del presidente de Rusia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos vino a destacar entonces que «los eslóganes del partido demandante, incluso cuando fueran acompañados por la quema de banderas y fotografías, era una forma de expresar una opinión con respecto a un asunto de máximo interés público, en concreto la presencia de las tropas rusas en el territorio de Moldavia» (§ 27).

En el caso de autos, el contexto es muy diferente, puesto que no tiene lugar en el ámbito de un conflicto político entre Estados independientes, en el que ciudadanos de uno de los Estados partícipes del conflicto queman la bandera y una imagen del presidente del otro Estado, por su repulsa a este y no al Estado propio. En el caso presente no partimos, por fortuna, de aquel presupuesto de violencia y de hostilidad hacia el símbolo de otro Estado en conflicto con el propio, en que hubo de situarse el Tribunal Europeo. Ahora, el presupuesto de hecho es muy distinto pues se trataba de una concentración pacífica por motivos laborales que tenía lugar frente a unas instalaciones militares, y en la que, en un momento determinado, una de las personas participantes, actuó individualmente y profirió dos frases contra la bandera de España que eran innecesarias para los fines reivindicativos laborales que defendían los concentrados y que ninguna relación guardaba con aquellas reclamaciones. Incluso algunas de las personas concentradas mostraron su rechazo expresamente, en signo de disconformidad con aquellas expresiones.

Cuando, como ocurre en el caso de autos, la expresión de una idea u opinión se hace innecesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en este caso la reivindicación laboral; cuando aparece de improviso y no tiene que ver, por su desconexión, con el contexto en que se manifiesta; cuando, además, por los términos empleados, se proyecta un reflejo emocional de hostilidad; cuando, en definitiva, denota el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos, el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión.

No obstante lo anterior, este tribunal debe hacer una última valoración para determinar que, excluido aquel ejercicio regular del derecho fundamental, es posible entender que, al menos, lo haya sido en un ejercicio excesivo de aquella libertad, que, sin embargo, no haya alcanzado a desnaturalizarlo o desfigurarle, porque, en tales casos, «la gravedad que representa la sanción penal supondría [también] una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio» (STC 62/2019, de 7 de mayo, FJ 7).

Con fundamento en los presupuestos de hecho que ahora enjuiciamos, hemos de adelantar que la conducta del recurrente queda fuera del ámbito protector de los derechos a la libertad de expresión e ideológica invocados por aquel y que no es posible apreciar, siquiera, una mera extralimitación en los medios empleados en el contexto de un ejercicio, en principio legítimo, de aquel derecho.

En el caso de autos, lo que hizo el recurrente fue invocar de forma retórica el ejercicio de aquellos derechos para pretender justificar su conducta materializada en las expresiones proferidas contra la bandera de España. Tales expresiones incorporaban términos, que unidos, contenían en sí mismos significaciones de menosprecio («aquí tedes o silencio da puta bandeira»; «hai que prenderlle lume á puta bandeira»); resultaban innecesarios y, además, habían sido proferidos, al margen del contexto y sin vinculación alguna al objetivo legítimo de formular unas reivindicaciones laborales, provocando, incluso, sentimientos de rechazo por parte de algunas de las personas que secundaban la protesta. Finalmente, tampoco el recurrente, en su demanda de amparo, ha explicado cuál era el objetivo que perseguía al utilizar los términos empleados y cuál la eventual relación de las frases pronunciadas con las reivindicaciones laborales que ha alegado defender.

En consecuencia, ni siquiera es posible apreciar una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, pues su conducta, por las razones expresadas, no puede quedar amparada por este derecho, dado que no contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre.

e) Si, a la vista de la ponderación realizada, la conducta expresiva del recurrente no queda amparada por el ejercicio de la libertad de expresión, es necesario ahora determinar si la respuesta penal prevista en el artículo 543 CP resulta proporcionada a la entidad de aquella.

El tipo penal recogido en el artículo 543 CP castiga con pena de multa de siete a doce meses la conducta consistente en «las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad».

Se configura, pues, como un delito doloso castigado con una pena menos grave [artículo 33.3 i) CP], concretamente la de multa con el ámbito temporal antedicho de entre siete y doce meses. Adopta, pues, el Código penal para este precepto la previsión del sistema escandinavo de días-multa, que se abona mediante cuotas diarias cuyo importe han de fijar los jueces y tribunales en la sentencia, teniendo en cuenta «para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo».

Es decir, la previsión legislativa establece que las conductas de ultrajes sean configuradas como tipos penales menos graves, sancionados únicamente con pena de multa, que no conllevan otro tipo de pena principal o accesoria. La duración de la pena aplicable lo será mediante una labor judicial de individualización, conforme a las reglas generales previstas en el Código penal; y, en lo que respecta a la determinación de su importe, este vendrá computado conforme al sistema de días-multa, teniendo en cuenta exclusivamente la capacidad económica del condenado. Ciertamente es que el impago de la multa acarrea una responsabilidad personal subsidiaria, prevista en el artículo 53.1 CP, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas, como también, de modo alternativo, que dicho precepto prevé que aquella responsabilidad subsidiaria se ejecute mediante trabajos en beneficio de la comunidad, a razón de un día de trabajo por cada día de privación de libertad, pero se trata de una responsabilidad subsidiaria que no tiene por qué ser finalmente aplicada si se abona la multa.

A partir del marco legal expuesto, debe analizarse ahora el caso concreto para comprobar si la pena impuesta al recurrente, por la apreciada comisión del delito de ultraje a la bandera, resultó proporcionada a la gravedad de la conducta apreciada. En este sentido, la pena de siete meses de multa, impuesta al recurrente, fue la mínima legalmente prevista y la cuota diaria de seis euros (multa de 1260 € en total, según estableció el auto de 7 de junio de 2018), fue abonada en su totalidad por este, resultando extinguida su responsabilidad penal por auto de 1 de marzo de 2019. En consecuencia, no ha llegado a hacerse efectivo el cumplimiento subsidiario de la pena de multa impuesta, mediante responsabilidad personal o de trabajos en beneficio de la comunidad.

Con fundamento, pues, en estos antecedentes hemos de llegar a la conclusión de que la respuesta punitiva aplicada al recurrente resultó proporcionada a la entidad de la conducta delictiva apreciada. La pena de multa prevista en el artículo 543 CP fue aplicada en su grado mínimo; la cuota diaria asignada, de seis euros (1260 € en total), era adecuada a su capacidad económica, como lo ha acreditado que el recurrente la abonara de una vez y en su integridad; y, finalmente, la responsabilidad personal subsidiaria no ha llegado a tener efecto.

f) En conclusión, por las razones expuestas, debemos declarar que la conducta que determinó la condena del demandante no está amparada constitucionalmente por los derechos invocados en la demanda a las libertades de expresión e ideológica y, siendo la sanción penal proporcionada, procede la desestimación de la demanda.

#### FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Pablo Frago Dacosta contra las sentencias de fechas 22 de marzo de 2017 y 8 de febrero de 2018, dictadas,

respectivamente, por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol y por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de diciembre de dos mil veinte.—Juan José González Rivas.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Alfredo Montoya Melgar.—Ricardo Enríquez Sancho.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.

*Voto particular discrepante que formula la magistrada doña Encarnación Roca Trías a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1691-2018*

1. En el ejercicio de la facultad que me reconoce el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el mayor respeto a la opinión de la mayoría, debo manifestar mi discrepancia con la decisión de la mayoría. No puede ser otra mi postura después del voto particular emitido en el recurso de amparo núm. 956-2009. En aquella ocasión el tribunal, en la STC 177/2015, no otorgó el amparo a los recurrentes por entender la quema de la foto de SS.MM. los Reyes, que 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, no quedaba amparada por el derecho a la libertad de expresión. Tras el dictado de la referida STC 177/2015, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por sentencia de 13 de marzo de 2018, condenó al Reino de España en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*; sentencia que es alegada por el demandante de amparo en defensa de su derecho a la libertad de expresión.

En aquella ocasión consideré que se debería haber tenido en cuenta, y no solo como cuestión secundaria, sino principal y de partida, el derecho a la libertad ideológica garantizado por el artículo 16.1 CE. En el presente recurso, la sentencia asume esta misma posición que comparto, pero llega a un resultado diferente al que yo defendí en el Pleno. Como ya expresé entonces, no siempre el ejercicio de la libertad de expresión deriva del de la libertad ideológica, pero, cuando parte de su ejercicio, debe ser menor la limitación del derecho y así, debe permitirse su libre exposición «en los términos que impone una democracia avanzada» salvo la imposición por la violencia de los propios criterios y la alteración del «orden público» (SSTC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 5).

En estos casos siempre nos encontramos ante una decisión compleja, llena de aristas y discutible, y lo demuestran los diferentes modelos de ponderación – estadounidense y europeo–, como así manifesté en el citado voto particular. Por ello, mi postura ha sido optar, como lo hice en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera*, por el reconocimiento de la libertad ideológica y la protección de su manifestación; incluso cuando la sanción penal no sea de prisión, sino de multa, por la capacidad disuasoria que pueda conllevar su ejercicio.

2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera*, de 13 de marzo de 2018, recuerda los principios fundamentales en relación al artículo 10 del Convenio europeo de derechos humanos (§ 29 a 35):

(i) «La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno» que vale no solo para «las ‘informaciones’ o ‘ideas’ acogidas favorablemente o que se consideran inofensivas o resultan indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o importunan: así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna ‘sociedad democrática’».

(ii) La libertad de expresión «lleva aparejada unas excepciones que requieren sin embargo una interpretación restrictiva, y la necesidad de restringirla debe estar motivada de forma convincente».

(iii) «El artículo 10.2 del Convenio no deja apenas margen para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y del debate político –en el que esta adquiere la más alta importancia– o cuestiones de interés general».

(iv) «[E]n principio se puede juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar, incluso prevenir, todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela por que estas ‘formalidades’, ‘condiciones’, ‘restricciones’ o ‘sanciones’ impuestas sean proporcionales a la finalidad legítima perseguida».

(v) «[E]s absolutamente legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional», pero «la posición dominante que ocupan estas instituciones exige a las autoridades dar muestras de contención en la utilización de la vía penal».

(vi) «[U]na pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco del debate político solo es compatible con la libertad de expresión en unas circunstancias excepcionales y el elemento esencial que se debe considerar es el hecho de que el discurso incite al uso de la violencia o que constituya un discurso de odio».

(vii) En materia de insulto contra un jefe de Estado, «una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio».

En aplicación de estos principios, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la quema de una fotografía de los reyes, de grandes dimensiones, colocada boca abajo, fue un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión por cuanto: (i) se enmarcaba en el ámbito de la crítica política, y no personal, de la institución de la monarquía en general y en particular del Reino de España como nación; (ii) no incitaba al uso de la violencia ni constituyó un discurso de odio, debiendo ser un acto que debe ser interpretado como expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta, (iii) ni fue acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público.

Tras el dictado de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en atención al relato de hechos probados, ¿cómo considerar ahora que en este caso sí existió una extralimitación del derecho a la libertad de expresión o un ejercicio no legítimo del mismo?

3. En el presente recurso de amparo se recurre la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol, confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de A Coruña, que condena al demandante de amparo como autor de un delito de ultrajes a España del artículo 543 del Código penal, a la pena de siete meses de multa con una cuota diaria de seis euros, por proferir, valiéndose de un megáfono, durante el acto oficial solemne de su izado, las siguientes expresiones: «aquí tedes o silencio da puta bandeira» y «hai que prenderlle lume a puta bandeira». Esto es, en castellano, «aquí tenéis el silencio de la puta bandera» y «hay que prenderle fuego a la puta bandera».

Defendí en el Pleno que dichas expresiones debieron quedar amparadas por el derecho a la libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE], en conexión con la libertad ideológica (artículo 16.1 CE), en vez de recibir un reproche penal (artículo 543 CP), en aplicación de los referidos principios. Se debió tener en cuenta que aunque se utilizara un lenguaje «duro y agresivo», «innecesario» o incluso «ultrajante», se realizaron en un determinado contexto y circunstancias que debieron llevar a considerar que las injerencias producidas eran «necesarias en una sociedad democrática». En el presente caso, las frases proferidas lo fueron contra un símbolo del Estado, por un representante sindical, en un acto de reivindicación laboral en el que se reprochaba a los miembros de las fuerzas armadas su pasividad ante el impago de salarios por parte de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones militares, y sin incitar a la violencia ni provocar alteraciones del orden público.



Se examinan a continuación los hechos:

(i) Las frases por las que fue condenado penalmente el recurrente se profirieron frente a un símbolo del Estado.

Como recuerda el fiscal en su escrito de alegaciones, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en casos de quema de banderas e imágenes de representantes políticos, ha señalado que no puede establecerse una protección privilegiada de los símbolos del Estado frente al ejercicio de los derechos a la libre expresión e información (SSTEDH de 25 de junio de 2002, asunto *Colombani y otros c. Francia*; de 26 de junio de 2007, asunto *Artun y Güvener c. Turquía*; de 1 de junio de 2010, asunto *Gutiérrez Suárez c. España*; de 14 de marzo de 2013, asunto *Eon c. Francia*; de 10 de noviembre de 2015 [Gran Sala], asunto *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. Francia*; y de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*). En concreto, en relación con la figura del Jefe de Estado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, como ya ha quedado señalado, «que una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio (*Colombani y otros c. Francia*, núm. 51279-99, § 66 a 69, CEDH 2002-V, *Pakdemirli c. Turquía*, núm. 35839-97, § 51 a 52, 22 de febrero de 2005, *Artun y Güvener c. Turquía*, núm. 75510-01, § 31, 26 de junio de 2007, y *Otegi Mondragón c. España*, núm. 2034-07, § 55 a 56, CEDH 2011)» (sentencia de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, § 35).

(ii) Se profirieron en el contexto de una reivindicación laboral.

El contexto en el que se profirieron las frases que dieron lugar a la sanción penal se produjeron en una manifestación reivindicativa consecuencia de una situación de tensión y de conflicto laboral, y que, al contrario de lo que se considera en la sentencia, no se encontraban desligadas de dicho acto. Las expresiones «aquí tedes o silencio da puta bandeira» y «hai que prenderlle lume a puta bandeira», unidas a otras proferidas como «a bandeira non paga as facturas», encontraban el sentido reivindicativo de la concentración. Manifestaban una opinión del demandante de amparo acerca del comportamiento de aquellos a quienes, honrando la bandera, se reprochaba su pasividad por el impago de salarios a los trabajadores de Cleanet por parte de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones del Ministerio de Defensa. Existió, por tanto, una conexión suficiente entre la crítica vertida por el recurrente y los hechos de base.

Se ha de tener en cuenta, asimismo, que el Pleno de este tribunal afirmó, en la STC 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3 letra c), que la reivindicación laboral, que se ejerce frente a personas que realizan funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, «alcanza el nivel máximo de protección, convirtiéndose en prácticamente inmune a restricciones que en otros ámbitos serían admisibles constitucionalmente». Y el Tribunal añadía: «En tal sentido, al mayor ámbito de libertad y protección reconocida a la libertad de expresión en el ámbito sindical cuando se ejerce por representantes de los trabajadores, se le añade la existencia de un contexto de debate útil para la formación de la opinión pública. Cuando este concurre, cualifica el contenido y el alcance de la libertad de expresión, que adquiere entonces, ‘si cabe, una mayor amplitud que cuando se ejerce en otro contexto’, y deviene ‘especialmente resistente, inmune a las restricciones que es claro en otro contexto habrían de operar’ (SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 136/1999, de 20 de julio, FJ, 13, y 39/2005, de 28 de febrero, FJ 2, y ATC 231/2006, de 3 de julio)».

La reivindicación se hacía ante el personal del Ministerio de Defensa, como así se pone de manifiesto en el fundamento primero de la sentencia del juzgado, y en presencia de miembros de las fuerzas armadas. En el fundamento jurídico 5 c) de la sentencia de la que discrepo, se dice que el recurrente «sostiene haber participado en la concentración como miembro de un sindicato nacionalista», y el juzgado afirma que resultaba acreditado que se desarrolló «una reunión entre el almirante y representantes sindicales entre los que se encontraba el acusado», como así se recoge en las alegaciones del fiscal.

(iii) Ausencia de incitación a la violencia: naturaleza y contundencia del lenguaje empleado.

La palabra «puta», que calificaba a la «bandeira» y la petición de que se prendiera fuego a la misma, se encontraban desprovistas, a mi juicio, de la gravedad suficiente para justificar la necesidad de la injerencia en la libertad de expresión. Eran expresiones innecesarias, ofensivas e irrespetuosas, pero, a mi juicio, dichas palabras reflejaban el descontento por la pasividad del personal allí presente ante la situación laboral existente y debieron entenderse como una provocación en la transmisión de un mensaje reivindicativo, acorde con la orientación ideológica nacionalista del sindicato al que pertenece el recurrente, y no, como considera la sentencia, un «mensaje de beligerancia [...] hacia los principios y valores que aquella representa» [fundamento jurídico 5 d)]. Se trataba de presionar a la administración de Defensa delante de sus instalaciones, con la finalidad de que interviniera en la resolución del conflicto laboral existente.

En cualquier caso, el mensaje de una insatisfacción y protesta no fue acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público. De hecho, la capacidad de influencia de las palabras del condenado fue reducida, como así lo pone de manifiesto que personas allí congregadas mostraran su disgusto ante dichas expresiones.

4. Por todo lo dicho, entiendo que la conducta del recurrente se desarrolló dentro de los márgenes permitidos del legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1 a) CE, en conexión con el derecho a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE), y que la imposición de una sanción penal constituyó una reacción penal innecesaria en una sociedad democrática, que puede producir un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. Su consideración como un ultraje constitutivo de delito no está de acuerdo con la necesaria proporcionalidad. Y ello aunque se produjera en un momento como el del izado de la bandera nacional, con interpretación del himno nacional y la guardia militar en posición de arma presentada, es decir, como se dice en la sentencia en «la ceremonia más solemne de todas las que tiene lugar en un acuartelamiento militar, en la que se hace un acto de especial respeto y consideración a símbolos del Estado, en este caso a la bandera y al himno nacional» [fundamento jurídico 5 b)]. Momento, precisamente, en el que, desde fuera del recinto podían hacer llegar a los militares allí presentes sus reivindicaciones.

De ahí mi discrepancia con el fallo de la sentencia y por lo que, a mi juicio, debió otorgarse el amparo al recurrente.

Madrid, a quince de diciembre de dos mil veinte.—Encarnación Roca Trías.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el magistrado don Andrés Ollero Tassara, en relación con la sentencia dictada en recurso de amparo avocado al Pleno núm. 1691-2018*

1. Con el mayor respeto a la opinión de los magistrados que han apoyado la tesis mayoritaria reflejada en la sentencia, debo no obstante, haciendo uso de la facultad establecida en el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, expresar mi criterio discrepante respecto del fallo desestimatorio del recurso de amparo al que llega la sentencia.

A mi entender, en virtud de los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno y que, resumidamente, expongo a continuación, debiera haberse dictado una sentencia otorgando al recurrente el amparo solicitado.

2. No es este, cumplidos más de ocho años de mi función como magistrado de este tribunal, mi primer voto particular. Ninguno sin embargo más accidentado, por variadas circunstancias coyunturales. El borrador de la ponencia original, de la que fui ponente, tardó más de un año en verse incluido en el orden del día del Pleno, por razones para mí no inteligibles. Habría bastado un mero sondeo para constatar que el borrador de mi

ponencia no contaría con el apoyo de una mayoría, sin más riesgo que la problemática necesidad de hacer entrar en escena al voto de calidad del presidente; innecesario, al fin, por la dimisión de uno de los magistrados.

Declinada mi ponencia, por incapacidad para elaborar neutramente una nueva versión, defendiendo lo contrario de lo ya expuesto ante el Pleno, fue encomendada una nueva a otro magistrado. Este, ejerciendo su archiprobada honestidad, mantuvo los iniciales fundamentos jurídicos 3 y 4, reproduciéndolos literalmente con los números 4 y 3; lo que yo no hubiera podido hacer, dado mi prurito de neutralidad. Salvo haberse rotulado con titulares todos los fundamentos de la nueva versión e incluido mínimos retoques, sugeridos por varios magistrados en la deliberación final, debo pues admitir mi *copyright* sobre 273 líneas (del segundo borrador), a las que se han añadido las 175 del nuevo fundamento jurídico 5, destinado a respaldar el fallo. Las mismas premisas, sirvieron pues para argumentar un fallo contrario; nada novedoso, en lo que a argumentación jurídica se refiere.

3. Por si fuera poco, los medios de comunicación nunca renuncian a atribuir camisetas a unos y otros magistrados, correspondiéndome a mí, por lo visto, la de conservador; invitando todo a indicar que la habría traicionado; porque al parecer la bandera española es, a estas alturas, de derechas. La verdad es que de mi paisano Antonio Machado, vía Juan de Mairena, aprendí aquello de: «este es el problema del conservadurismo – ¿qué es lo que conviene conservar?»; con lo que acabo viéndome incluido, para bien o para mal, entre «esos buenos conservadores a quienes siempre lapidan sus correligionarios, y sin los cuales todas las revoluciones pasarían sin dejar rastro».

En realidad no hice más que tener en cuenta el bien conocido artículo 10.2 de nuestra Constitución: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Me creí pues obligado a tener en cuenta el Convenio de Roma del Consejo de Europa, firmado con absoluta libertad por el Reino de España y, en consecuencia, asumir la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. Sin convertirse en canon constitucional, sí es criterio de interpretación libremente aceptado por nuestro país. Ahorraba así a mi querida España una nueva condena, como las ya coleccionadas sobre cuestiones similares. Podría sin duda, henchido de ardor patrio, tomármelo a beneficio de inventario, pero no me pareció serio.

Quede, en todo caso, constancia, de que dudo de que cualquiera de mis compañeros del Tribunal sienta, por nuestra bandera y lo que ella significa, mayor afecto que el mío. Debo sin embargo reconocer que me afecta más, personalmente, la situación de los trabajadores protagonistas de esta sentencia, a los que se niegan los salarios derivados de su cumplida tarea. Habían limpiado a diario una instalación militar, cuya máxima autoridad, en vez de respaldar sus justas reivindicaciones –o mantener al menos una actitud comprensiva– los abronca por su tenaz empeño manifestante, con ocasión del cotidiano izado de la bandera, que preside –a notable altura– su fachada externa hacia una concurrida plaza.

4. El honesto trastoque de los fundamentos 3 y 4 por parte de mi sucesor en la ponencia resulta muy de agradecer, porque ayuda a testimoniar lo que ya había apuntado por mi parte en el borrador original.

Llama la atención, sin embargo, que la sentencia acaba experimentando lo que, en términos meteorológicos, cabría caracterizar como *eclipse de fiscal*. En efecto, los representantes de la fiscalía habían acusado al recurrente en instancias previas, pero el de ahora –conocedor de la jurisprudencia de Estrasburgo– solicitó la concesión del amparo, lo que dio paso a una pintoresca situación, en la que se le acaba negando a quien, en el proceso constitucional, nadie acusa.

Había quedado ya clara, en el fundamento 1, «la especial transcendencia constitucional» de su recurso, al dar al Tribunal, «la oportunidad de pronunciarse acerca de una cuestión hasta ahora no planteada». Lo mismo ocurre, en el fundamento 2, al resaltarse que «lo que se discute en el recurso de amparo no es la norma penal aplicada», que tipifica un ultraje a España, «sino su aplicación judicial al caso concreto».

Ya originariamente, en el ahora fundamento 4, se resaltaba que las expresiones del recurrente, «dirigente de un sindicato nacionalista gallego», se producen «en el contexto de una reivindicación laboral». Se recordaba que «sin la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 CE para constituir el Estado social y democrático de Derecho». Se aludía también a que «[s]obre el contenido de la libertad de expresión y sus límites existe, asimismo, una consolidada doctrina constitucional, que se remonta a las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo». Se resaltaba que la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto garantía para la «formación y existencia de una opinión pública libre», la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática».

Se señalaba también cómo «[l]a libertad de expresión comprende desde luego la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues ‘así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática’». Se citaban sentencias de Estrasburgo de 22 de abril de 1992 (*Castells c. España*) y 29 de febrero de 2000 (*Fuentes Bobo c. España*), provocadas por recurrentes españoles, en las que España acaba siendo condenada por vulnerar la libertad de expresión, como ha ocurrido en no menos de seis más.

De especial interés es la referencia a que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población». Aprovecho para adelantar, como hice en la deliberación, que los calificativos utilizados por el recurrente me molestaron personalmente, sin perjuicio de la relevancia del conflicto laboral existente y de la frustración de los intentos de que la autoridad militar mediara para su solución. Resultaba, a mi modo de ver, problemático el sentido que cupiera atribuir a las referencias del líder sindical a la bandera, al ser novedosas respecto a las utilizadas en manifestaciones anteriores desarrolladas en el mismo escenario. Las entiendo destinadas a molestar a la autoridad militar más que a cualquier otra circunstancia. En modo alguno me parecen enderezadas a generar odio o intolerancia, que merecerían diverso tratamiento en la doctrina aludida.

A ello podemos añadir la necesidad de «no correr el riesgo de hacer del derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión», aludido en la sentencia del Tribunal Constitucional 105/1990 y otras tantas como la STC 287/2000. No deja de resultar significativa la doble alusión pasajera a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018, sin profundizar en su contenido, contrario al fallo de desestimación que se pretendía apoyar. Sin embargo, en el fundamento posterior se trata con detenimiento la sentencia *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo c. Moldavia*, de 2 de febrero de 2010, pese a no tener nada que ver con el caso ahora analizado; lo que, por otra parte, no deja de reconocerse en la sentencia de la que discrepo.

5. En el fundamento 4 (antes 3) se insistía y se insiste ahora en la necesidad de, en casos como este, «verificar si las sentencias impugnadas, al imponer la condena penal, han valorado como cuestión previa si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión». Ese análisis previo descarta, según la doctrina expuesta, el establecimiento inmediato de una ponderación entre derechos, como de forma errónea –a mi modo de ver– se hace en el nuevo fundamento 5, para poder sacar adelante el fallo desestimatorio. Lo que debería haber entrado previamente

en juego sería el análisis de una circunstancia del caso que «opera como causa excluyente de su antijuridicidad», anterior a ponderación alguna.

El nuevo fundamento 5 hace constar que los asalariados sin salario «se venían concentrando todos los días, a partir del mes de octubre de 2014, frente a la fachada principal del arsenal de Ferrol, haciéndolo minutos antes de las 08:00 horas de la mañana, que era el momento en que tenía lugar la ceremonia del acto solemne de izado de la bandera española con interpretación del himno nacional». Así continuó ocurriendo hasta marzo de 2015. Sería el 30 de octubre de 2014, después de la frustrada entrevista con el almirante, al que se atribuye pasividad ante el conflicto laboral, cuando la consigna «a bandeira non paga as facturas» se verá sustituida por «aquí tedes o silencio da puta bandeira» y se invitaba a prenderle fuego.

No faltaron en algunos medios de comunicación de notable tirada las *fake news* – incluso con foto de otro escenario– informando (¿?) de una inexistente quema de la bandera. Adecuadamente custodiada por el personal militar e izada a metros de altura absolutamente fuera del alcance de los manifestantes, por más que su líder les sugiriera, «hai que prenderlle lume á puta bandeira», no se produjo eficacia performativa alguna. Que España pudiera sentirse ultrajada por esa salida de tono no me parece probable, dado el trivial alcance del reprochable término, que pierde toda substantividad cuando se usa como adjetivo. Quizá habría que contabilizar las veces que el autor del mensaje, que no parece presumir de bienhablado, utiliza a diario calificativo tan habitual en más de un ambiente popular. Fue incluso reprochado por algunos de sus compañeros –molestos sin duda, como yo– por la circunstancia.

No comparto, en todo caso, la afirmación del ponente de que no existiera ninguna «conexión entre la bandera y aquellas reclamaciones laborales». Es más, doy por hecho que el almirante la encontró sin especial esfuerzo.

6. El deseo de desestimar el amparo encuentra difícil logro ante el elocuente *eclipse de fiscal*. «El Ministerio Fiscal apoya la pretensión del recurrente con argumentos sustancialmente coincidentes con los expuestos por este», se nos anuncia en el fundamento 1. A partir de ahí el bueno del fiscal deja de existir. Ya en el nuevo fundamento 5, desaparece por ejemplo toda referencia a alegaciones originariamente resaltadas tales con esta: «como bien señala en sus alegaciones el fiscal ante el Tribunal Constitucional, las sentencias impugnadas omiten esa ponderación, o no atribuyen significación suficiente a ciertos aspectos que son esenciales para determinar si el recurrente en amparo hizo un uso legítimo de su derecho fundamental». Omite asimismo la sentencia su observación de que el recurrente actuó «en calidad de delegado sindical», así como su puesta de relieve de que lo hizo «en relación concretamente» con «el impago de los salarios adeudados a los trabajadores». Ni rastro tampoco en la ya sentencia de la atinada observación del fiscal de que «la intención del recurrente al proferir las expresiones en cuestión en el referido contexto de protesta laboral no sería en realidad la de ultrajar la bandera nacional, sino la de hacer patente la insatisfacción de los trabajadores, concentrados a las puertas del dique del arsenal militar de Ferrol, por lo que estos entendían como indebida pasividad de la administración de Defensa ante los incumplimientos de la empresa contratista del servicio de limpieza de las instalaciones militares, por más que los miembros de las fuerzas armadas y otras personas que escuchaban tales expresiones pudieran sin duda considerarlas como hirientes y ofensivas para sus sentimientos de pertenencia a la Nación española simbolizada por su bandera (artículo 4.1 CE)».

La sentencia obvia igualmente la reflexión posterior del fiscal, según la cual las «malsonantes expresiones dirigidas por el recurrente a la bandera de España han de ser situadas en el contexto de reivindicación laboral en que se produjeron y sin desatender el dato de la orientación ideológica del sindicato al que pertenece el recurrente, sustancialmente desafecto con la administración del Estado a la que se dirigían las protestas, y con los símbolos y emblemas que la distinguen». Igualmente su sugerencia sobre la necesidad de «ponderar también el hecho de que las expresiones proferidas, si bien rechazables, son susceptibles de ser interpretadas como manifestaciones emitidas



con la intención de criticar a la administración de Defensa por lo que el recurrente, en su condición de representante sindical, entendía como indebida pasividad de aquella ante los incumplimientos laborales de la empresa contratista del servicio de limpieza de las instalaciones del arsenal militar de Ferrol».

7. En resumen a mi parecer, como defendí en la deliberación, en el presente caso debió concluirse, en coincidencia con lo alegado por el fiscal ante el Tribunal Constitucional, que la conducta del recurrente no rebasó los márgenes que delimitan el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE], en conexión con el derecho a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE). Ello habría conducido a otorgar el amparo solicitado, declarando la nulidad de las sentencias impugnadas, que, al condenar al recurrente como autor de un delito de ultrajes a España del artículo 543 del Código penal, sin ponderar previamente todas las circunstancias concurrentes en la conducta enjuiciada, vulneraron los referidos derechos fundamentales.

Y en ese sentido emito mi voto particular.

Madrid, a quince de diciembre de dos mil veinte.—Andrés Ollero Tassara.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formulan el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, respecto de la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1691-2018*

En ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría reflejada en la sentencia, formulamos el presente voto dejando constancia de los fundamentos de nuestra posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan. Consideramos que la sentencia hubiera debido ser estimatoria, apreciándose la vulneración del derecho a la libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE] y la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) del recurrente en amparo.

1. El lenguaje simbólico también pertenece a quien se manifiesta contra el símbolo.

1. Partiendo del planteamiento más abstracto, para avanzar hacia al examen más concreto del supuesto de hecho y de la aplicación al mismo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el primer elemento de discrepancia tiene que ver con el valor de lo simbólico que asume la sentencia.

Las banderas son instrumentos de representación simbólica de conceptos o realidades casi siempre abstractos, que se vinculan a una percepción subjetiva del concepto o la realidad a la que representan. Esa conexión entre lo simbólico y lo percibido, entre el sentimiento que provoca el símbolo y el significado de ese sentimiento para un sujeto determinado, es altamente contingente y profundamente individual, siendo precisamente su capacidad para generar emociones y sentimientos lo que dota de interés al símbolo. Además, si se trata de un símbolo político, como un himno o una bandera, el sentimiento de adhesión a la comunidad política adquiere una importancia fundamental en su consideración como elemento digno de protección normativa. La duda, dicho esto, es si el derecho penal es el más adecuado para intervenir en la preservación de ese sentimiento de vinculación a la comunidad política, de esa emoción que puede sentirse herida por quienes, en desarrollo también de un acto simbólico, profieren expresiones contrarias al símbolo que goza de protección penal, en este caso la bandera. La sentencia parte del presupuesto de que así es, y de que la preservación de lo simbólico asociado a la bandera, y por tanto del sentimiento de adhesión a ese símbolo, merece mayor consideración que la garantía de un derecho fundamental, el de la libertad de expresión, cuyo ejercicio en este caso también juega con el contenido de lo simbólico para dotarse de mayor carga emocional. Pero el magistrado y la magistrada

que suscribimos este voto debemos manifestar nuestro desacuerdo con este planteamiento.

Si bien los símbolos tienen un potencial integrador evidente, en el sentido definido por Rudolf Smend o por Manuel García Pelayo, en nuestro contexto histórico reciente también hemos podido constatar cómo pueden ser utilizados con potencial disgregador. Entendemos que el recurso al derecho penal, como instrumento para perseguir el ataque a determinados símbolos, obvia la carga excluyente que esa persecución puede tener en relación con quien ve restringido el ejercicio de su libertad ideológica (artículo 16.1 CE) y de su libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE] por no adherirse al contenido simbólico de la bandera como elemento de cohesión política. La bandera genera un determinado sentimiento en quien la respeta, pero provoca uno igualmente fuerte en quien no lo hace, lo que muestra que la misma tiene significaciones distintas que solo se precisan desde las percepciones subjetivas. Si esa significación no unívoca es la que condiciona la imposición de una sanción penal, resulta evidente que la sanción penal deviene en instrumento inadecuado para alcanzar la finalidad declarada. La consideración del ultraje a la bandera como un delito puede llegar a chocar con el mero ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la libertad ideológica. Desde la misma lógica que sostiene la argumentación de la sentencia, si se asume la fuerza simbólica de la bandera, ha de reconocerse que los actos, gestos y palabras de ataque a la misma también tienen fuerza simbólica y, por ello, son manifestación de una posición ideológica distinta que la que se materializa en la protección penal del símbolo y del ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión cuando esa discrepancia ideológica se manifiesta públicamente.

2. La sentencia, en el fundamento jurídico segundo, resalta la importancia del símbolo político como elemento integrador citando la STC 94/1985, de 29 de julio, ponencia que recogía con exactitud la teoría de Manuel García Pelayo sobre la cuestión de los símbolos políticos. Pero obvia el hecho de que aquella sentencia resolvía un conflicto de competencias planteado por la Diputación Foral de Navarra frente al Gobierno Vasco, que había incorporado las cadenas («Laurak-Bat») como elemento propio del escudo de la Comunidad Autónoma del País Vasco. No se discutía allí la oposición entre dos significantes de un mismo símbolo, ni la cuestión de la protección del sentimiento o del valor integrador de un símbolo frente al ejercicio del derecho fundamental de quien se opone al mismo, sino la cuestión del derecho al uso de un determinado símbolo por una determinada comunidad política. Y en aquel contexto, la reflexión podía ser pertinente, pero no lo es en el caso que nos ocupa. Al tiempo, la sentencia aprobada por (una exigua) mayoría del Pleno hace una interpretación conforme del artículo 543 CP basándose en la STC 119/1992, de 18 de septiembre, y asegurando de modo apodíctico: «la norma penal de referencia persigue un fin legítimo, no es indeterminada y está prevista en la ley de forma accesible y previsible. Ninguna duda razonada cabe sobre la relevancia y legitimidad de la finalidad del tipo penal, pues se dirige a proteger los símbolos y emblemas del Estado constitucional, entre los que se encuentran las banderas». Ahora bien, a nuestro juicio, las conclusiones extraídas de la STC 119/1992 no son adecuadas. Aquella sentencia resolvía la duda de constitucionalidad planteada respecto del artículo 10, párrafos 1 y 2, de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, reguladora del uso de la bandera nacional y de otras banderas y enseñas, y no respecto del artículo 123 CP, que vendría a ser, en expresión de la sentencia a la que se opone este voto, el «precepto equivalente al vigente artículo 543 CP». La STC 119/1992 afirmaba literalmente que nada se imputa en la cuestión de inconstitucionalidad al artículo 123 del Código penal «desde el punto de vista de lo que cabe denominar requisitos sustantivos del principio de legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 CE». Nada se le imputaba y nada dice la sentencia de 1992 al respecto, limitándose a concretar que «la única cuestión que se nos plantea es determinar si la técnica seguida por el legislador al aprobar la Ley 39/1981 y concretamente su artículo 10.1 y 2, respeta las exigencias formales del principio de legalidad penal y específicamente la reserva de ley orgánica que es exigible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 en relación con el artículo 17.1, ambos de la Constitución, a

las normas penales que establezcan penas privativas de libertad o restrictivas de otros derechos fundamentales (SSTC 140/1986, 160/1986 y 127/1990)». Por tanto, no se puede deducir de la STC 119/1992 una declaración de conformidad con la Constitución del artículo 123 CP que fuera, por extensión, aplicable al artículo 543 CP. Y tampoco parece razonable formular un juicio positivo de constitucionalidad con el grado de superficialidad con el que lo plantea la sentencia, asumiendo el ajuste del precepto al principio de legalidad (artículo 25 CE) sin explicar qué razones conducen a esta conclusión, dando por bueno el fin legítimo perseguido por el tipo, que sería la protección de los símbolos y emblemas del Estado, sin cuestionar ni la necesidad de la medida punitiva en el marco de un Estado democrático del siglo XXI, ni la proporcionalidad de la misma, ni si sería más razonable, en el contexto histórico actual, dejar el ataque al símbolo en el ámbito del derecho administrativo sancionador, opción esta seguramente más acorde con el carácter de última *ratio* del derecho penal.

Lo decimos también en el voto particular a la STC 192/2020, de 17 de diciembre, aprobada en esta misma sesión plenaria, pero es preciso repetirlo aquí: 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.

3. No puede negarse que el artículo 543 CP es uno de los preceptos más controvertidos del Código penal. Lo es porque su contenido jurídico es sumamente abierto. Recordemos que castiga con pena de multa de siete a doce meses las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad. Este tipo resulta excesivamente abierto y por ello escasamente taxativo, pudiendo incluir un abanico de gestos amplio y dispar: desde quemar una bandera, arrastrarla por el suelo, deteriorarla, mancharla, pisotearla, escupir sobre ella, quizá descolgarla e incluso, como demuestra el supuesto de hecho que está en la base del presente recurso de amparo, decir que se hará o se debería de hacer cualquiera de esas cosas, o proferir insultos dirigidos contra la bandera, y todo lo anterior sin que sea necesario ánimo ultrajante alguno, de modo que igual desvalor tendría realizar cualquiera de esas acciones con la voluntad de atacar el símbolo, o con la de desarrollar una *performance* con objetivos distintos del mero ánimo de ultrajar. Pero, ante todo, el tipo resulta polémico porque supone una limitación de las libertades ideológicas y de expresión [artículos 16.1 CE y 20.1 a) CE] que podría entenderse como excesiva en la medida en que provoca un claro efecto disuasorio en el ejercicio de los mismos y porque pone en marcha el mecanismo del *ius puniendi* del Estado, que debe someterse al principio de última intervención.

4. El valor de lo simbólico en el marco del Estado constitucional podría justificar la protección de determinados símbolos por el derecho penal, pero la sentencia da por supuesto que esa justificación existe *per se*, y que despliega efectos incluso frente al ejercicio de determinados derechos fundamentales, de modo que supone una exigencia de adhesión a los símbolos que se acerca en exceso a una idea de democracia militante que la Constitución no contiene, tal y como la jurisprudencia constitucional ha repetido insistentemente desde el año 2003, en que apareció la noción en la STC 48/2003, de 12 de marzo, relativa a la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. En aquel pronunciamiento se afirmó tajantemente que «en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de 'democracia militante' [...], esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución».

Y, en un asunto más cercano al que ahora nos ocupa, reiteró dicha doctrina la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que declaró inconstitucional la tipificación del negacionismo del genocidio (en aquel supuesto de hecho se trataba del negacionismo del holocausto) contenida entonces en el artículo 607.2 CP. En el fundamento jurídico 4

de aquel pronunciamiento se afirmó que «por circunstancias históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema –a diferencia de otros de nuestro entorno– no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológicas, de participación, de expresión y de información (STC 48/2003, FJ 10) pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas. De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución –y, ciertamente, las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada– a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional». En sentido muy similar se ha pronunciado después la STC 42/2014, de 25 de marzo, respecto de la resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña.

5. Parece razonable pensar que, si no es necesario adherirse siquiera a las opciones políticas fundamentales del texto constitucional, cuanto menos puede hablarse de la necesidad o la obligación de adherirse a los símbolos, por más reconocimiento constitucional que estos posean. La utilidad del símbolo político como elemento de integración desaparece cuando la observancia del símbolo deviene obligatoria ante la amenaza del castigo frente a la expresión de la disidencia. Por eso la utilidad de la sanción penal para alcanzar la finalidad que la justifica, desaparece en el momento en que la sanción penal actúa. En la medida en que la sentencia se basa en una concepción de la protección penal de la adhesión a los símbolos políticos, en concreto a la bandera de España, que no compartimos tampoco es posible compartir la conclusión a la que llega el pronunciamiento cuando analiza la relación entre el ejercicio de la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) y la libertad de expresión [artículo 20.1 a) CE] y la comisión del hecho típico al que va aparejada la posterior sanción penal.

Recordemos, como se hace en el voto particular a la STC 192/2020, que esta posición de la jurisprudencia constitucional reciente no es una posición aislada, como no lo es nuestra manifestación, en forma de voto particular, en contra de la misma. 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. 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.

2. La oposición severa, crítica y no violenta a los elementos simbólicos, son ejercicio del derecho a la libertad ideológica y a la libertad de expresión, y, por tanto, no debieran ser objeto de condena penal.

1. Más allá de las consideraciones previas, que tienen que ver con el disenso relativo al fundamento profundo de la sentencia, tampoco es posible estar de acuerdo con la aplicación que se hace a la resolución del caso ni de la jurisprudencia constitucional previa, ni de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se invoca.

Entiende la sentencia, con fundamento en los presupuestos de hecho que da por buenos –y en los que no nos vamos a detener porque lo hace el voto particular del magistrado Cándido Conde-Pumpido con sumo detalle–, que la conducta del recurrente queda fuera del ámbito protector de los derechos a la libertad de expresión e ideológica invocados por aquel, de modo que el comportamiento enjuiciado no se considera sino una desnaturalización del ejercicio de tales derechos, situándose objetivamente al margen del contenido propio de los mismos. Sin embargo, el magistrado y la magistrada que firmamos esta opinión discrepante entendemos que los hechos aceptados como hechos probados en el proceso penal, son una manifestación clara del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión y del derecho a la libertad ideológica del recurrente en amparo. Entendemos, en la línea de lo establecido por el Tribunal Supremo de Estados Unidos [*Street v. New York* (394 U.S. 576, 1969), *Texas v. Johnson* (491 U.S. 397, 1989) y *U.S. v. Eichman* (496 U.S. 310, 1990)], cuando ha debido pronunciarse sobre el ataque a los símbolos patrios, o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 2 de febrero de 2010, asunto *Christian Democratic People's Party v. Moldova*), que solo las formas de expresión que conlleven un riesgo claro e inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino, y que no pueden ser contrarrestados a tiempo con más expresión, con discusión o con debate, puede ser objeto de represión, y por tanto pueden ser considerados como extramuros del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. Y resulta evidente que tales circunstancias no concurren en este caso.

La sentencia, consciente de ello, pretende cifrar la ilegitimidad del ejercicio en la desconexión entre medios y fines, esto es, en la utilización de expresiones innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas por los concentrados y en la falta de vínculo o relación de las expresiones utilizadas con esa reivindicación. Pero este argumento resulta abiertamente contraintuitivo. La necesidad de la expresión o las expresiones consideradas punibles, al fin y al cabo, se demuestra concurrente en la medida en que fueron las que hicieron reaccionar, después de la celebración de varias manifestaciones en el mismo lugar y en las mismas circunstancias, a quienes estaban asistiendo al acto de izado de la bandera, a la sazón aquellos a quienes estaba dirigida la protesta sindical.

De todos modos, incluso aunque no pudiera justificarse la concurrencia de esa conexión entre la forma y el fondo de lo reclamado a través de los hechos expresivos objeto del proceso penal, ello no sería suficiente para considerar que esos hechos no eran legítimo ejercicio de la libertad de expresión, porque no se verifica, en este caso, que las expresiones utilizadas conllevaran riesgo alguno, claro e inminente, de provocar violencia o daño alguno. Y de hecho la propia sentencia así lo reconoce al rechazar la proyección al caso de la jurisprudencia contenida en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2010.

2. Por último, la sentencia niega la proyección de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al supuesto de hecho sobre el que nos pronunciamos con dos argumentos débiles y con los que tampoco podemos mostrarnos conformes.

De un lado, se afirma que en este caso no se está ante la crítica a personas que, «por su función, están sometidas a un especial escrutinio ciudadano, en el contexto de una concentración antimonárquica y de protesta por la visita de los reyes a una ciudad», que es lo que sucedía en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (STEDH de 13 de marzo de 2018), de lo que cabría derivar que la sentencia considera digna de mayor protección la libertad de expresión cuando se dirige contra una persona con relevancia pública que cuando se dirige contra un objeto, por más que sea un símbolo político.



De otro lado, se sostiene que la STEDH de 2 de febrero de 2010, asunto *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, tampoco se puede proyectar al caso por la diferencia fáctica entre los supuestos enjuiciados. Pero la cuestión no es si el contexto es diferente, sino si resulta aplicable al contexto sometido a examen el canon de enjuiciamiento que fija el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que reconoce la prevalencia del derecho a la libertad de expresión frente al respeto al símbolo, porque esos actos suponen la «forma de expresar una opinión con respecto a un asunto de máximo interés público». A nuestro juicio, indudablemente esa proyección no solo es posible, sino que resulta exigible atendiendo al mandato contenido en el artículo 10.2 CE. De no entenderlo así, habría que aceptar que las reivindicaciones laborales de un colectivo no se consideran asunto de interés público suficiente, o que la quema de la bandera solo estaría justificada si se trata de manifestar con ello hostilidad hacia el país que representa que, por fuerza, si nos quedamos en la literalidad de los hechos de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe ser manifestada por personas de otro Estado en el marco de un conflicto internacional. Obviamente no es posible entender de este modo, tan sumamente reduccionista, la jurisprudencia de Estrasburgo en el asunto *Christian Democratic People's Party v. Moldova*. La sentencia a la que se opone este voto parece entender que, como la concentración en que se profieren las expresiones malsonantes y críticas contra la bandera era una concentración pacífica y en el marco de una reivindicación laboral, la expresión objeto de juicio es una salida de tono no solo injustificada, sino digna de ser objeto de persecución penal. En el caso de referencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el contexto de violencia justifica el exceso. En el que nos ocupa, la naturaleza pacífica en un contexto de reivindicación laboral de la concentración pareciera privar de justificación el exceso. Pero estas conclusiones son abiertamente contrarias al razonamiento que subyace en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sigue la línea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en este ámbito: incluso en contextos altamente conflictivos, es posible entender que el uso de la libertad de expresión contra símbolos o instituciones es legítimo, siempre que no conlleven un riesgo claro e inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino.

La STEDH en el asunto *Christian Democratic People's Party v. Moldova* (núm. 2) es muy clara al respecto: «En el presente caso también el Tribunal considera que los lemas de la parte demandante, aunque estuvieran acompañados de la quema de banderas y fotografías, eran una forma de expresar una opinión respecto de una cuestión de gran interés público, a saber, la presencia de tropas rusas en el territorio de Moldova. El Tribunal recuerda en este contexto que la libertad de expresión no solo se refiere a las 'informaciones' o 'ideas' que se reciben favorablemente o se consideran inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofenden, escandalizan o perturban (véase *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994, § 31, serie A, Núm. 298)».

Y en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (demandas núm. 51168-2015 y 51186-2015) de 13 de marzo de 2018, la *ratio decidendi* es la misma: «tampoco se puede considerar que la intención de los demandantes era la de incitar a la comisión de actos de violencia contra la persona del rey, y esto a pesar de que la puesta en escena llevara a quemar la imagen del representante del Estado [...]. Apunta que un acto de este tipo debe ser interpretado como expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta. La puesta en escena orquestada por los ahora demandantes, aunque haya llevado a quemar una imagen, es una forma de expresión de una opinión en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público, a saber la institución de la monarquía. [...] De tal forma que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no está convencido de que, en este caso, en su conjunto, se pueda considerar al acto antedicho como una incitación al odio o a la violencia. Estima que la incitación a la violencia no se puede inferir de un examen conjunto de los elementos utilizados para la puesta en escena y del contexto en el que el acto se ha producido, y que tampoco se pueda establecer en base a las consecuencias del acto que, de acuerdo con los hechos

declarados probados por el juez, no ha sido acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público».

3. Recurrir al derecho penal para sancionar el contenido comunicativo del acto simbólico desarrollado es, además, una medida innecesaria y desproporcionada en una sociedad democrática. No es la primera vez que lo afirmamos.

La única y eventual limitación oponible al ejercicio del derecho a la libertad de expresión y a la libertad ideológica por parte del recurrente no podría venir derivada de la idea u opinión que se manifestaba, sino solo de la forma en que se hizo. No habiendo existido en este caso peligro alguno para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, ni riesgo de generar respuestas violentas, ni eventual riesgo de daños para personas o bienes –y nos remitimos de nuevo a los hechos declarados probados en la instancia, así como al propio razonamiento de la sentencia a la que se opone este voto–, la actuación del recurrente en amparo debería haber sido calificada como ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales, y la limitación de esos derechos actuada a través de la ley penal, debería haber sido declarada contraria a la Constitución.

En el voto particular que formuló el magistrado firmante de este a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 956-2009 (STC 177/2015, de 22 de julio) se afirmó: «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».

Cinco años después, no podemos más que reiterar aquella reflexión, confiando en no tener que repetirla.

Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil veinte.–Juan Antonio Xiol Ríos.–María Luisa Balaguer Callejón.–Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1691-2018*

1. En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente voto particular por discrepar tanto de la fundamentación como del fallo de la sentencia recaída en el presente proceso, en cuanto desestima la pretensión planteada tras considerar que la conducta imputada al recurrente, que dio lugar a su condena penal como autor de un delito de ultraje de palabra a la bandera de España, no está amparada por las libertades ideológica y de expresión alegadas.

2. Reiterando en parte los argumentos que expuse en apoyo de la ponencia estimatoria del recurso de amparo presentada a deliberación el pasado 18 de noviembre de 2020 por el Excmo. magistrado señor Ollero Tassara, en lo que sigue, dejo constancia de los fundamentos de mi posición discrepante con el fallo y, también en gran medida, con los razonamientos que sustentan la posición desestimatoria de la mayoría.

El desacuerdo es formal y sustantivo. Mi discrepancia se proyecta sobre la entera argumentación que, para justificar la desestimación del recurso de amparo, desarrolla la sentencia a partir del fundamento jurídico cuarto. Se extiende no solo a la incorrecta identificación y relevancia que se da a los derechos y valores en juego, sino también a la restrictiva concepción de las libertades ideológica y de expresión que sustenta la decisión desestimatoria mayoritaria. En un plano formal, discrepo también del método de análisis que se propone y emplea, que considero incompleto, así como de la insuficiente atención que en la sentencia se da al contexto en el que se produjo la conducta penalizada. Tal manifiesta desatención permite, en el razonamiento, desligarla de la protesta laboral en cuyo marco se produjo, lo que acaba presentándola como un remedo de diálogo entre un hombre y una bandera, que carece de todo sentido.

En mi opinión, tal y como ha defendido el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la pretensión de amparo debía haber sido estimada pues la conducta que ha dado lugar a la sanción forma parte indudable del ámbito de protección de las libertades ideológica y de expresión cuyo ejercicio, en este caso, se halla íntimamente relacionado y en conexión con el de los derechos de libertad sindical y huelga. De otro lado, las palabras puestas en cuestión no produjeron alteración alguna de la paz pública, ni eran aptas para producirla, por lo que la condena penal debió ser anulada como consecuencia de estimar la vulneración de derechos fundamentales alegada.

3. En primer lugar, entiendo que la decisión mayoritaria ha dejado pasar la oportunidad de tomar en consideración el cambio de criterio del Ministerio Fiscal que, pese a haber promovido la condena en el proceso penal previo, propugna ahora la estimación de la pretensión de amparo con apoyo en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este cambio de posición, sin vincularnos, es significativo y hubiera merecido una mayor atención y reflexión. Se trata de un cambio de posición relevante por ser la única acusación personada en la vía judicial previa que solicitó la condena penal que ahora se cuestiona. Pero también lo es por el momento en que se produce y los argumentos que lo justifican.

La sentencia condenatoria fue dictada el 22 de marzo de 2017, y fue ratificada en apelación el 8 de febrero de 2018. La solicitud de amparo fue presentada el 27 de marzo de ese mismo año, pocos días después de haber sido hecha pública la STEDH de 13 de marzo de 2018 (caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*), a la que el Ministerio Fiscal, junto con otras, apela para justificar su propuesta estimatoria.

El fiscal aporta una doctrina específica del tribunal europeo sobre la protección que la libertad de expresión ha de recibir en el contexto del debate político cuando, frente a ella, se opone el debido respeto a las instituciones y símbolos del Estado. Como reiteradamente este tribunal ha señalado, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituye, ex artículo 10.2 CE, un instrumento de obligada consideración en la interpretación y aplicación de las normas relativas a los derechos fundamentales, en la determinación de su sentido y alcance [por todas SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7, y 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 15 B)]. En tal sentido, no puedo dejar de destacar que en la citada sentencia, la Corte europea declaró que su condena penal por los tribunales españoles había vulnerado el derecho a la libertad de expresión del recurrente señalando que «una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio», dado que «el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio jefe de Estado no puede justificar que se le otorgue a este último un privilegio o una protección especial con respecto al derecho de informar y de expresar opiniones que le conciernen».

Como expondré a continuación, la relación de sentido que el caso presente mantiene con el analizado en el reseñado caso *Sterns Taulat y Roura Capellera* (cuya pretensión de amparo fue rechazada en la STC 177/2015, de 22 de julio), en tanto en ambas se examinan actos de menosprecio a las instituciones y símbolos nacionales, debiera haber conducido a la estimación del amparo. Bastaría para ello con haber tomado en consideración que las expresiones de menosprecio a la bandera nacional que se reprochan al demandante (representante sindical), deben enmarcarse en el ámbito de la crítica política a las autoridades militares responsables de las instalaciones que eran escenario del conflicto laboral del personal de limpieza, cuyas reivindicaciones pretendían reforzarse mediante una huelga apoyada por el sindicato al que el demandante representaba. No hay dato alguno que permita considerar que su intención fuera incitar a la comisión de actos de violencia, sino que sus desabridas palabras, demasiado usuales en el habla común, de no ser interpretadas aisladamente y fuera del contexto en el que fueron pronunciadas, han de ser vistas como la expresión simbólica de una insatisfacción y descontento por el escaso apoyo que consideraba estaban recibiendo de los responsables del recinto militar quienes, además, en su condición de representante sindical, le reclamaban cesar o disminuir en sus protestas públicas mientras la bandera nacional era izada cada mañana.

4. Desde un punto de vista metodológico, mi discrepancia tiene que ver con lo que la sentencia enuncia en su fundamento jurídico cuarto como *contenido del control* que al Tribunal Constitucional corresponde realizar cuando analiza las pretensiones de limitación penal de conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales.

El esquema de análisis que se establece obvia aspectos relevantes acerca de las posibilidades de limitación que la Constitución admite. Así, el control propuesto se desarrolla en dos pasos sucesivos, que en realidad es uno solo: consiste en analizar si la conducta objeto de sanción se sitúa o no inequívocamente en el ámbito del contenido del derecho fundamental invocado y si, además, respeta los límites establecidos para su ejercicio. Según este criterio, si la respuesta es positiva, quien transmite el mensaje no puede ser sancionado; pero si la respuesta es negativa, la sanción penal, de estar prevista por la ley, es conforme a la Constitución.

De esta manera, dejando a un lado el análisis de si la condena penal era necesaria en una sociedad democrática para proteger el bien jurídico alegado (el respeto debido a los símbolos nacionales y las ideas que representan), queda simplificada la incidencia que los derechos fundamentales tienen sobre las pretensiones estatales de limitación de su contenido a través de la sanción penal. El debate constitucional queda reducido de esta forma a la supuesta existencia de una causa de justificación, sin detenerse a analizar si el recurso a la sanción penal es necesario y proporcionado, aunque haya habido una extralimitación en el ejercicio del derecho, lo que se niega en la sentencia aprobada; o si la descripción del tipo penal expresa un objeto de protección que justifique la injerencia y que, en el caso concreto, haya sido puesto en peligro.

5. Lo anterior me obliga también a discrepar de lo que considero una parcial e inadecuada descripción y toma en consideración del contexto en el que se producen las expresiones que hemos de analizar. El relato de hechos probados de la sentencia condenatoria es parco y exiguo. Por sí mismo impide entender el significado de las expresiones proferidas. En tal medida, la decisión mayoritaria de la que disiento ha tenido que completar el escenario acudiendo, en parte, al relato fáctico presente en la fundamentación jurídica de la condena. Pero, repito, solo se ha acudido en parte, relegando elementos previos que considero esenciales. Dicho escenario completo lo resume acertadamente el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, y aparece recogido en el fundamento jurídico primero de la decisión de condena.

Para situar las expresiones analizadas en su verdadero contexto, debió partirse de la existencia de un conflicto laboral previo que enfrentaba a las personas encargadas de la limpieza de las instalaciones militares donde se izó la bandera con la empresa que tenía contratado dicho servicio (Arsenal Militar de Ferrol). El conflicto dio lugar a una huelga en reclamación de los salarios impagados. En ejercicio del derecho de huelga, para hacer públicas sus reivindicaciones, las trabajadoras y representantes sindicales realizaban concentraciones cerca de la puerta del dique. En su transcurso, expresaban sus reivindicaciones con proclamas, pitadas y abucheos. Se trataba así, legítimamente, de dar visibilidad al conflicto laboral con acciones realizadas en la vía pública que, al mismo tiempo, iban dirigidas también a los responsables de la administración de Defensa para que favoreciesen la resolución del conflicto.

Según la sentencia condenatoria, en este contexto legítimo de protesta en la vía pública, el almirante jefe del Arsenal se dirigió por escrito a la secretaría general de una de las organizaciones sindicales que apoyaban la huelga «protestando enérgicamente por la falta de consideración mostrada durante la ceremonia de izado de la bandera en la puerta del dique» por lo que consideraba «una falta manifiesta de respeto no solo hacia el personal del Ministerio de Defensa que participa en dicho acto [...] sino especialmente hacia la bandera y lo que legalmente representa». La sentencia da cuenta también de una reunión celebrada el día anterior a los hechos debatidos entre el almirante y varios representantes sindicales (entre ellos el demandante) en la que se les pidió rebajar el tono de la protesta durante la ceremonia de izado de la bandera.

El tenor literal de la expresión utilizada («aquí tenéis el silencio de la puta bandera») y dicho contexto previo permite concluir –como entendió el juez de instancia– que las

expresiones proferidas por el demandante fueron una respuesta a la previa solicitud de las autoridades militares, que pretendían rebajar el tono de las protestas. Por lo tanto, como ya expuse, el acto expresivo de desafecto y menosprecio a la bandera nacional que se reprocha al demandante debe enmarcarse en el ámbito de la crítica política y desacuerdo con las autoridades militares responsables de las instalaciones que eran escenario del conflicto laboral cuyas reivindicaciones se defendían legítimamente en la vía pública y en las inmediateces del centro de trabajo donde se desarrollaba el conflicto laboral. Como afirmamos, por todas, en la STC 37/1998, de 17 de febrero, FJ 3, el derecho a la huelga «implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin» (STC 254/1988, fundamento jurídico 5; y AATC 71/1992 y 17/1995), o, en otros términos, encaminadas a «recabar la solidaridad de terceros» (STC 123/1983, fundamento jurídico 4). De la misma forma, el derecho de huelga incluye el derecho de difusión e información sobre la misma (STC 332/1994, fundamento jurídico 6, reiterada por las SSTC 333/1994 y 40/1995), integrándose en el contenido esencial de dicho derecho de huelga la posibilidad de difundirla y de hacer de ella publicidad (ATC 158/1994).

Pero las expresiones que han dado lugar a la condena penal deben también ponerse en relación con la pretensión del responsable del recinto militar de alzaprimar el respeto ceremonial durante el izado de la bandera sobre el legítimo ejercicio del derecho de reunión y manifestación conexo con el ejercicio del derecho de huelga. Parece evidente que, para el recurrente, la demanda y satisfacción de las reivindicaciones laborales era cuando menos tan importante como la ceremonia de izado de la bandera, por lo que no era legítimo pedirles que cesaran en sus protestas con el fin de mostrar respeto en la forma en que les fue propuesta. En la medida en que, en la conducta humana, la intención se expresa en la acción y su significado externo, no hay carga argumentativa que exigir al demandante para dar sentido a sus palabras.

En definitiva, considero que la conducta penalizada, en tanto protesta pública y reivindicación, sí estaba íntimamente relacionada con la libertad ideológica y de expresión y con la libertad sindical y el derecho de huelga. En tal medida, el análisis completo del contexto en que se produjeron las desafortunadas expresiones que han dado lugar a la condena penal debiera habernos llevado a la conclusión opuesta a la que sostiene la sentencia de la que discrepo.

6. En lo sustantivo, discrepo respetuosamente de la concepción restrictiva de las libertades ideológica y de expresión expresada por la mayoría. Considero que desatiende y nos aleja de los estándares europeos sobre su contenido (doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y cuestiona así su carácter constitutivo y esencial en una sociedad democrática. No puedo sino coincidir con los criterios generales sobre la importancia y contenido de la libertad de expresión que se expresan en el fundamento jurídico 3 de la sentencia. Pero creo que son insuficientes. A ellos, además de aplicarlos correctamente, debiéramos haber añadido las consideraciones expuestas reiteradamente en la jurisprudencia constitucional sobre la posición preferente de la libertad de expresión cuando se ejercita en el ámbito de la libertad ideológica, la crítica política, o en conexión instrumental con el ejercicio de otros derechos fundamentales; situaciones estas en que la libre expresión de ideas, aun ofensivas o hirientes, se torna especialmente resistente a las pretensiones de limitación estatal.

Así lo expusimos recientemente en la STC 89/2018, de 6 de septiembre, del Pleno, al declarar inconstitucional el despido disciplinario de un representante sindical por los actos de protesta que interrumpieron el Pleno de una corporación municipal, que había subcontratado los servicios de vigilancia y seguridad con una empresa con la que sus trabajadores mantenían un conflicto laboral que había llevado a convocar una huelga. Recordábamos entonces que determinadas manifestaciones de los representantes de los trabajadores «que en otro ámbito pudieran ser ilegítimas no tienen por qué serlo cuando su actuación se concreta en el ejercicio de las facultades que específicamente se asigna a estos cuando actúan en la defensa de los derechos de los trabajadores a quienes representan. En tales casos, el logro de la efectividad de los derechos del



trabajador en el interior de las organizaciones productivas conlleva necesariamente el reconocimiento de un mayor ámbito de libertad y protección en la actuación de los representantes de los trabajadores» [fundamento jurídico 3 b)].

También la perspectiva de máxima amplitud del ejercicio de la libertad ideológica debiera habernos llevado a una conclusión estimatoria opuesta a la acordada. En la STC 22/1990, de 15 de febrero, al analizar la condena penal por injurias al jefe del Estado entonces cuestionada, destacó este tribunal que sin la libertad ideológica consagrada en el artículo 16.1 de la Constitución, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de Derecho que en dicho precepto se instaura. Añadimos entonces que «para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978». Aceptando que los derechos sustantivos reconocidos en la Constitución, cualquiera que sea su fundamento, no son ilimitados, su carácter esencial «hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni en sus manifestaciones tenga más limitación (en singular utiliza esta palabra el artículo 16.1 CE), que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

Se trata de un límite específico, más restrictivo y concreto que los límites generales reconocidos en el artículo 20.4 CE para las libertades de expresión e información. Por ello, comparto y considero aplicable al caso presente el criterio de juicio que ya entonces se afirmó, según el cual, cuando la libertad ideológica se exterioriza a través de juicios de valor u opiniones, de forma que la visión globalizada de ambos derechos, o de las limitaciones con que han de ser ejercidos, han de servir también y principalmente para determinar si la faceta injuriosa de las expresiones proferidas, puede o debe desaparecer ante la protección a la libertad ideológica del autor que consagra el artículo 16.1 de la Constitución. Tales consideraciones no han sido tomadas en cuenta en la sentencia condenatoria, ni tampoco en la que la mayoría acuerda la desestimación de la pretensión de amparo.

La aplicación de tales criterios, y no solo de los que acertadamente se recogen sobre el contenido abstracto del derecho a la libertad de expresión y sus límites, me llevan a la conclusión de que, aunque puedan ser calificados como ofensivos los términos con que el demandante expresó su desafección al carácter simbólico de la bandera nacional y a la expresión de respeto que las autoridades militares les reclamaron, en forma de silencio en su protesta, las expresiones proferidas no alcanzan los límites de una conducta merecedora de una sanción penal, pues forman parte del ámbito de protección de los derechos invocados.

En consecuencia, no cabe restringir la exteriorización de ideas u opiniones por el hecho de que la misma se realice en términos groseros, desabridos o hirientes, a no ser que con ellas se lesionen efectivamente otros derechos o bienes de relevancia constitucional. En mi opinión, la interpretación conforme a la Constitución del tipo penal aplicado hubiera exigido objetivar el bien jurídico digno de protección. No pueden serlo los sentimientos subjetivos de ofensa que puedan experimentar los ciudadanos, muchos o pocos, civiles o militares; sino únicamente el peligro real de alteración de la paz pública, expresión de una convivencia social tolerante con las diferentes ideas ajenas, a veces contrapuestas, que expresan también el pluralismo político. Allí donde, como ocurre en este caso, no se produce ese riesgo real e inminente, las expresiones públicas de desafecto a los símbolos nacionales, cuando están relacionadas con el debate público sobre el orden político y social y la prioridad con que deben ser atendidas determinadas pretensiones, deben ser combatidas con una desaprobación social argumentada, pero no mediante la represión penal pues, en estos casos, el recurso a dicha vía conlleva, en tantas ocasiones, la devaluación del propio sistema democrático, cuyo fortalecimiento y desarrollo precisa de una opinión pública libre e informada.

En conclusión, al igual que en el recurso núm. 2019-526, deliberado y resuelto esta misma semana, el tribunal ha mantenido finalmente una condena penal en un caso en el que, alegando específicamente la STEDH de 13 de marzo de 2018, caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, el Ministerio Fiscal no mantenía su pretensión acusatoria, lo que ha llevado a desestimar un recurso de amparo al que nadie se había opuesto.

Nunca deberíamos olvidar que la bandera constitucional es la bandera de una Democracia. Y que también protege a los que no la aprecian.

Madrid a quince de diciembre de dos mil veinte.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—  
Firmado y rubricado.