



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Conflicto entre cortes: Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ultraje a la bandera

Presentado por:

Elisa Muñoz Donis

Tutelado por:

Paloma Biglino Campos

Valladolid, 18 de septiembre de 2021

RESUMEN:

El 26 de enero de 2021 se publicó el fallo del Tribunal Constitucional desestimando el recurso de amparo interpuesto por un sindicalista que, en medio de una protesta laboral celebrada frente a las instalaciones militares de Ferrol, insultó a la bandera. Sobre este sujetó recayó la pena prevista para un delito de ultrajes a España, debido a que el contenido de sus mensajes menospreciaba la bandera española y con ello, el significado de unidad de la patria. Sin embargo, los votos particulares y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantienen una postura contraria a la que mostró el Tribunal Constitucional en el caso, abogando la lucha y la defensa por los derechos fundamentales a tener una ideología propia y a expresarse libremente. En este Trabajo de Fin de Grado se demostrará cómo esta postura es la acorde con una sociedad democrática avanzada, con ayuda de lo ya sucedido en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera.

PALABRAS CLAVE:

Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, delito de ultraje a la nación, derechos fundamentales, libertades ideológica y de expresión.

ABSTRACT:

On 26 January 2021, the ruling of the Constitutional Court was published, rejecting the appeal for protection filed by a trade unionist, who in the middle of a labour protest held in front of the military installations of Ferrol insulted the flag. This subject was sentenced to the penalty for the crime of insulting Spain due to the fact, that the content of his messages disparaged the Spanish flag and with it, the meaning of the unity of the homeland. However, private votes and the jurisprudence of the European Court of Human Rights maintain a position contrary to that shown by the Constitutional Court in the case, advocating the fight for and defence of the fundamental rights to have one's own ideology and to express oneself freely. This Final Degree Project will demonstrate how this stance is in keeping with an advanced democratic society, with the help of what has already happened in the Stern Taulats and Roura Capellera case.

KEY WORDS:

Constitutional Court, European Court of Human Rights, offence of insult to the nation, fundamental rights, ideological freedom and freedom of expression.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. OBJETIVOS Y METODLOGÍA.....	5
3. LA SENTENCIA 190/2020 DE 15 DE DICIEMBRE DE 2020.....	6
3.1. Planteamiento del problema.....	6
3.2. Fallo de la sentencia.....	10
3.3. Votos particulares.....	12
4. PUNTOS CLAVE PARA EL ANÁLISIS CRÍTICO DE LA STC 190/2020...19	
4.1. Las libertades ideológica y de expresión.....	20
4.2. Importancia de la bandera como símbolo de unidad nacional.....	24
4.3. Constitucionalidad del delito de ultrajes.....	27
4.4. La incongruencia del Tribunal Constitucional ante las libertades ideológica y de expresión.....	31
5. EL DÉJÀ VU QUE INSPIRA LA SENTENCIA 190/2020.....	33
5.1. LA Sentencia 177/2015, de 22 de julio.....	33
5.1.1. Planteamiento del problema.....	37
5.1.2. Apunte sobre el delito de odio.....	38
5.1.3. Votos particulares.....	40
5.2. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España.....	44
5.2.1. Planteamiento del problema.....	44
6. CONCLUSIONES.....	49
7. BIBLIOGRAFÍA.....	52
7.1. Libros y artículos publicados en revistas científicas... ..	52
7.2. Jurisprudencia.....	54
7.3. Fotografías.....	55
7.4. Vídeos.....	55

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente los ordenamientos jurídicos de los países europeos han dedicado alguno de sus preceptos legales a la protección de los símbolos que alientan a nivel individual de cada sujeto, un sentimiento de adhesión a la nación. Con el paso de los años y el avance del Derecho hacia una visión tildada por la defensa de los pilares inspiradores de Estados sociales y democráticos, ese afán por salvaguardar el simbolismo de la patria queda en un segundo plano, ya que se ha de primar el valor de ciertos derechos fundamentales, como es el de la libertad ideológica o el de la libertad de expresión.

A pesar de esta victoria jurídica llegan a los tribunales casos que siembran la controversia entre los expertos en la materia pues, debido a la continuidad de la vigencia de artículos arcaicos que ya no tienen mucha cabida en las sociedades democráticas avanzadas, se pueden justificar argumentos e incluso fallos que determinen que la defensa de un símbolo patriótico goce de una mayor importancia que el cuidado por el derecho de cada uno a expresarse libremente criticando negativamente el mismo.

El escrito cuyo desarrollo aquí comienza versa sobre esta polémica, centrándose en una sentencia muy reciente: la STC 190/2021, de 26 de enero de este mismo año. Ésta es un claro ejemplo de la controversia que se acaba de mencionar, pues se situó en la balanza de la justicia del Tribunal Constituyó la duda entre velar por el respeto que se le ha de tener a la bandera de nuestro país, o velar por la libertad de expresión de quien, como veremos, insultó a la misma en medio de una manifestación laboral. El título de este Trabajo de Fin de Grado se denomina “Conflicto entre cortes: Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre el ultraje a la bandera”, lo cual me lleva ahora a justificar el porqué de ese conflicto. Mientras que el Tribunal Constitucional español ha abogado en determinados supuestos desestimar los recursos de amparo debido a esta inaudita necesidad de cuidar la simbología relacionada con la nación española, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiende a posicionarse de forma contraria. La doctrina que emana de Estrasburgo es la verdaderamente defensora de los derechos fundamentales, que como tales, no pueden ponerse en entredicho por meras protestas hacia esos sentimientos de pertenencia al país. Este desenlace hace que tengamos una visión esperanzadora que nos haga confiar en que poco a poco vayan quedando en el olvido esta práctica arcaica y banalizadora de lo que son las ofensas a la nación. Además, me gustaría finalizar este apunte introductorio nombrando a Kant, quien en su época, ya consideró que “constituye un contrasentido y una inexactitud

el uso de la palabra *simbólico* como opuesta al modo de representación intuitivo, puesto que lo simbólico es sólo una especie de intuitivo”¹.

2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

El principal objetivo de este Trabajo de Fin de Grado es analizar la Sentencia 190/2020, de 15 de diciembre. Así, se demostrará cómo el Tribunal Constitucional, da prevalencia a la punibilidad de actos de ultraje a la bandera, frente al derecho fundamental de expresarse libremente. Ante ello, se ha considerado necesario perfilar el significado que tiene el simbolismo de la bandera, diferenciar los actos contra la misma de los delitos de odio, y recordar la importancia de la libertad de expresión. El contenido de esta última es tan amplio, que sería imposible de recoger en una sola tesis. Por ello, tan sólo se hará un guiño al estudio de la libertad de expresión, indicando de forma peculiar, cómo ha sido su defensa a lo largo de la historia.

Otra de las metas perseguidas en este estudio es la de tratar de adelantarse al pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien es competente para sancionar a España, si considerara que desde nuestro país no se estuviera inclinando la balanza de la justicia hacia el lado correcto. Para llevar a cabo esta labor, se traerá a colación la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de marzo de 2018, en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera contra España*, la cual surgió en respuesta a la STC 177/2015, de 22 de julio, cuya fundamentación jurídica siguió la misma tónica que la reciente STC 190/2020.

Finalmente, con el objetivo de subrayar los aspectos más relevantes del Trabajo, se dedicará un epígrafe a realizar una serie de breves conclusiones.

La metodología empleada en la consecución de estos fines consiste en el estudio pormenorizado jurisprudencia, en buscar analogía en los acontecimientos de hecho y en los fallos de los tribunales. También se empleará un método descriptivo, para definir en términos jurídicos los actos y derechos que pudieran verse involucrados (libertad ideológica, libertad de expresión, delito de ultraje a la nación, y discurso de odio).

¹ Kant, I. (1908): *Kant's Werke, Akademie Textausgabe*. ED. Band V, pp. 351-352.

3. LA SENTENCIA 190/2020 DE 15 DE DICIEMBRE DE 2020

Este epígrafe está dedicado al análisis de la sentencia protagonista de este Trabajo de Fin de Grado: la Sentencia 190/2020, de 15 de diciembre de 2020, la cual llegó al Pleno del Tribunal Constitucional a raíz del recurso de amparo 1691-2018. Éste fue interpuesto por don Pablo Fragoso Dacosta, a causa de su desacuerdo 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. El estudio se detendrá en conocer cuáles fueron los acontecimientos que condujeron al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, qué fundamentos jurídicos se argumentaron y cómo se falló la sentencia.

3.1. Planteamiento del problema.

A fecha de 27 de marzo de 2018 se registró en el Tribunal Constitucional una demanda de amparo ante las resoluciones judiciales de la Audiencia Provincial de A Coruña y de un Juzgado de lo Penal de Ferrol. El escrito centraba las alegaciones en torno a tres puntos:

- a) La contestación a la condena que se le impuso el 22 de marzo de 2017 en Ferrol a don Pablo Fragoso, por haber cometido un delito de ultrajes a España, recogido en el artículo 453 del Código Penal. Sobre el entonces investigado, recayó una pena de siete meses de multa con responsabilidad penal subsidiaria (siguiendo las condiciones del art. 53 del Código Penal). El Juzgado de lo Penal nº 1 de Ferrol, llegó a esta consideración basándose en las pruebas testificales de lo acontecido el 30 de octubre de 2014: durante la ceremonia de izado de bandera del arsenal militar de Ferrol, hubo una protesta laboral en la que el Señor Fragoso gritó con un megáfono “aquí tedes o silencio da puta bandeira” y “hai que prenderlle lume a puta bandeira” (en castellano, “aquí tenéis el silencio de la puta bandera” y “hay que prenderle fuego a la puta bandera”). El Tribunal decidió que este hecho tenía intención de menospreciar la bandera y, por tanto, encajaba en el contenido del precepto número 453 del Código Penal:

“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 castigarán con la pena de multa de siete a doce meses.”

El fallo de la sentencia se justificó con que se había ejecutado una ofensa grave de palabra a la bandera española con publicidad (al haber utilizado un megáfono delante de los militares y de una treintena de manifestantes). Se sentenció además que el acto tenía ánimo de ultrajar, pues don Pablo gritó esas expresiones tras la solicitud de la autoridad militar hacia los representantes sindicales para que rebajaran el tono de sus protestas durante el izado de bandera. Negaron la posibilidad de que la conducta del Señor Fragoso pudiera estar bajo la protección de la libertad de expresión, pues no se podía comparar el insulto a la bandera con otro tipo de afirmaciones que se escucharon en la protesta como “la bandera no paga las facturas”, que sí estarían amparadas por el derecho a expresarse libremente, a juicio del Juzgado de lo Penal de Ferrol.

- b) Don Pablo Fragoso Dacosta apreció que era conveniente interponer un recurso de apelación que respondiera a su condena, pues a juicio de su representación, su conducta estaba salvaguardada por la libertad ideológica y de expresión. Dicha contestación fue desestimada por la sentencia de 8 de febrero de 2018 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña. Desde la recién mencionada instancia, se confirmó la condena que se había impuesto ya que, a pesar de las críticas que existen contra la vigencia del 543 del Código Penal, éste seguía siendo aplicable y los hechos eran merecedores de tal, al causar un sentimiento de humillación en los militares y por haber insultado injuriosamente la bandera.
- c) El 31 de julio de 2018, el condenado ingresó el montante de la multa correspondiente a su pena (1260 euros), quedando así extinguida su responsabilidad penal.

Una vez claros estos tres puntos, la demanda de amparo hace un llamamiento a la defensa por los derechos de libertad ideológica y de libertad de expresión, sitos en los preceptos 16.1 y 20.1a) de la Constitución Española, respectivamente.

La representación de don Pablo Fragoso, cimienta la respuesta a la condena atribuida a su cliente en que la misma vulnera los derechos anteriormente expuestos. Dos manifestaciones verbales inocuas no deberían ser observadas como una conducta punible, menos aún en un

contexto de protesta laboral organizada por un sindicato. Esta observación ya no es que sólo se exponga en el recurso de amparo en cuestión, sino que es la que viene manteniendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aquellos contextos en los que la libertad de expresión ha sido menoscabada a favor de cualquier acto que pudiera resultar molesto contra los Estados o gobiernos. No dar prevalencia al derecho de expresarse libremente en estas situaciones, es atentar contra el pluralismo, la tolerancia y la apertura de mente, los cuales son tres pilares que modelan una sociedad democrática. Siguiendo esta interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se alude en el recurso de amparo al art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según este precepto:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

En el escrito de la representación del recurrente, se deja constancia de que este precepto se ha vulnerado, ignorando a su vez el art. 10.2 de nuestra Constitución, según el cual, “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.”

Ante ello, la pena que recayó sobre el recurrente sería una reacción desproporcionada que quedaría fuera de la sintonía de la libertad ideológica y de expresión. Resulta importante destacar que el modus operandi de los tribunales españoles ante casos similares ha sido ya

condenado, como veremos en epígrafes posteriores, por no proteger la libertad de expresión, sin valer de excusa lo difuso que pudieran ser sus límites.

El 25 de febrero de 2019 se admitió a trámite el recurso de amparo, ya que en él se encierra una especial trascendencia constitucional al versar sobre la esfera de un derecho fundamental sobre el que no había doctrina en el tribunal en cuestión. Tras las actuaciones procesales necesarias, el 8 de mayo de 2019 el Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones estimando el recurso de amparo.

Por otro lado, se ha de subrayar que, al tratarse del examen de sentencias pertenecientes al orden penal, es necesario, según la doctrina constitucional, que el control constitucional no se limite a analizar la razonabilidad de la motivación de las resoluciones judiciales impugnadas en amparo, sino que ha de ver si éstas han sido conformes con las exigencias constitucionales, de cara a enjuiciar los hechos probados (aunque para ello fuera necesario emplear criterios diferentes de los que se emplearían por la jurisdicción penal en el caso). De hecho, es que, en palabras del Ministerio Fiscal, las sentencias impugnadas en el recurso de amparo no ponderaban de forma correcta aspectos cruciales para la determinación de la necesidad y proporcionalidad de la condena, no prestando la atención debida al contexto, la forma, el lugar, la finalidad el alcance de la protesta laboral donde tuvieron lugar los hechos. Desde el Ministerio Fiscal se añadió que también se podría haber invocado al art. 28.1 de la Constitución Española referido a la libertad sindical que podría amparar a don Pablo Fragoso, pero formalmente no se hizo alusión a él en el recurso de amparo. El artículo en cuestión dice lo siguiente:

“Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.”

En definitiva, el Ministerio Fiscal propugnó otorgar el amparo. A continuación, mediante providencia de 15 de diciembre de 2020, se deliberó y votó la sentencia 190/2020.

3.2. Fallo de la sentencia

Una vez planteado el problema, básicamente lo que se le planteó al Tribunal con el recurso de amparo eran las siguientes cuestiones:

- a) Determinar si se vulneran los derechos de libertad ideológica y de expresión del demandante, por haberle condenado a una multa con cuota diaria de seis euros, bajo la justificación de haber cometido un delito de ultrajes a España, en términos del precepto número 543 del Código Penal.
- b) Advertir que el recurrente no pone en entredicho el contenido del art. 543 del Código Penal, ni tampoco su análogo en el precepto número 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. Lo que sí alude es la incorrecta aplicación de dicha legislación a su caso. Es decir, que el recurso de amparo se dedica única y exclusivamente a enjuiciar la licitud o ilicitud constitucional de la respuesta penal aplicada a la conducta del Señor Fragoso Dacosta.
- c) Destacar la relación que establece la doctrina constitucional entre libertad ideológica y de expresión. Sin la primera sería imposible consagrar un Estado social y democrático de Derecho, y sin la segunda, sería impensable formar una opinión pública libre. En el suceso que atañe a don Pablo Fragoso, el recurso de amparo hace que el Tribunal se plantee que su conducta no incita a la violencia ni representa un discurso de odio. Es libertad de expresión en su máximo esplendor.
- d) Al Tribunal le corresponde llevar a cabo un juicio que vaya más allá de lo externo, estudiando cómo aplicar las exigencias constitucionales a las resoluciones judiciales que habían sido impugnadas en amparo. De esta forma se invita al Tribunal a tener en cuenta la vertiente objetiva de los derechos fundamentales como elementos esenciales del ordenamiento jurídico. Ello provoca que los órganos judiciales, aunque sea en el contexto de aplicación de una norma penal, han de tener en cuenta el contenido constitucional de los derechos esenciales, para evitar una reacción punitiva desproporcionada que supusiera un efecto desalentador del ejercicio de los mismos.

- e) Se precisa la aplicación de la ley al caso concreto, solicitando que se pondere el derecho a la libertad de expresión y la protección del interés general que supone la defensa de los símbolos del Estado. Para esta labor, el tribunal atenderá especialmente al hecho de que los mensajes difundidos por el demandante con el megáfono, sólo sirvieron para transmitir la idea de prender fuego a la “puta bandeira”, sin asociar este deseo a lo que se reivindicaba en la manifestación laboral.

Es sobre todo a partir de este último aspecto sobre el que el Tribunal Constitucional basa su fundamentación jurídica para desestimar el recurso de amparo. Consideró que era constitucional la aplicación del art. 543 del Código Penal sobre el Señor Fragoso, debido a la innecesidad y a la desvinculación de la profanación de sus mensajes en relación con la protesta sindical. Adicionalmente, consideró que el contenido de sus expresiones era especialmente dañino, al haberse aprovechado de la ceremonia de izado de bandera para lanzar enunciados contra la misma, a conciencia de que éstos causarían fervor en gran parte del público presente en dicho acto militar. Se dio más importancia a la conducta menospreciativa hacia el sentimiento de unidad y de enseña nacional, que al derecho del recurrente para expresarse con libertad. A su vez, se desmarcó el Tribunal, tanto de la doctrina constitucional (Sentencias 177/2015, 112/2016 o 35/2020), como de la europea (Sentencia de 15 de marzo de 2011, asunto Otegi Mondragón contra 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), bajo el paraguas de que los mensajes que lanzó el recurrente no fueron dirigidas contra personas que tuvieran relevancia pública. En otras palabras, se sostuvo que en un ambiente de concentración pacífica motivada por cuestiones laborales, resultaba inapropiado y fuera de lugar lanzar expresiones contra la bandera de España. Este hecho no tenía nada que ver, a juicio del Constitucional, con los supuestos de hecho de la doctrina, que se enmarcaban en contextos de disputa política, en los que se esperaba la manifestación de opiniones controvertidas que afectaran a la comunidad.

En definitiva, el Tribunal Constitucional decidió desestimar el recurso de amparo interpuesto contra las sentencias datadas en 22 de marzo de 2017 y 8 de febrero de 2018, dictadas por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol y por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña, respectivamente. Se declaró así, que la conducta del demandante no quedaba amparada constitucionalmente por los derechos que invocaba relativos a las libertades de expresión e ideológica.

3.3. Votos particulares

Ya es sabido que fruto de la determinación del Tribunal, se desestimó el recurso de amparo de don Pablo Fragoso. No obstante, hubo cuatro miembros de la sala que mostraron su disconformidad ante tal interpretación. A continuación, se pondrá el punto de mira en esos votos particulares que se negaron a compartir la opinión mayoritaria, a favor del recurrente:

- a) Voto particular discrepante que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trías a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1691-2018.

La Magistrada Roca Trías consideró pertinente hacer uso del derecho que se desprende de la literalidad del artículo 90.2 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional, según el mismo, “el Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el "Boletín Oficial del Estado."

La Magistrada basó su fundamentación jurídica en la línea de un voto particular que ya redactó a raíz del recurso de amparo núm. 956-2009, perteneciente a la STC 177/2015. Esta referencia se debe a que, en aquella ocasión, el Tribunal Constitucional no estimó el amparo que reclamaron los recurrentes, tras haber sido penalizados por haber quemado una foto de SS.MM. los Reyes en una manifestación que llevaba por título “300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española”. Fue entonces, cuando el asunto llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Éste consideró necesario condenar al Reino de España por el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España, al no haber abogado por la libertad de expresión del demandante. La visión jurídica de doña Encarnación Roca no aprecia especial diferencia entre los hechos de uno y otro caso. Al igual que en el asunto Stern, como ya se observará más adelante, la Magistrada optó por dar prevalencia a la libertad ideológica del art. 16.1 de la Constitución Española. Apuntó que expresarse libremente no siempre es consecución de la libertad ideológica, pero a partir de su ejercicio, se debe aminorar la limitación del derecho, permitiendo su libre exposición dentro de una democracia avanzada, siempre que no se altere el orden público.

Con la pretensión de dar una mayor justificación a su argumento, E. Roca Trías aludió de nuevo a la sentencia Stern Taulats y Roura Capellera, de 13 de marzo de 2018, con el objetivo ahora de recordar los principios fundamentales que recoge el décimo precepto del Convenio europeo de derechos humanos. Con ello, la Magistrada se postula reafirmando que “una 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”.² Ciertamente el hecho de utilizar un lenguaje duro y agresivo en una protesta laboral, que se levantaba ante la dejadez de la empresa encargada de la limpieza de las instalaciones del Ministerio de Defensa (Cleanet), a la hora de pagar los salarios de sus empleados, no puede ser entendido como incitación a la violencia o al odio. Finalmente, despierta importancia también la alusión a las palabras del tribunal en la STC 89/2018, de 6 de septiembre: “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”³.

- b) 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.

Con más de ocho años de experiencia como Magistrado, C. Ollero Tassara mostraba una postura discrepante a la desestimación del recurso de amparo interpuesto por don Pablo Fragosó. Con un tono un tanto satírico, expresó los amargos episodios que ha vivido como miembro del Tribunal, pues sin ir más lejos, no le permitieron publicar el borrador previo a este voto particular. Además, por la reputación que le había sido atribuida como “conservador”, dar luz a este pronunciamiento disuasorio sería como una traición a la etiqueta que le había sido encomendada. El jurista, trajo a colación el Convenio de Roma del

² Roca Trías, E. en el primer voto particular de la STC 190/2021, pp. 18.

³ STC 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).

Consejo de Europa, bajo el cual se asume la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según se plasma en el artículo 10.2 del texto constitucional de nuestro país.

La dinámica jurisprudencial que siguió el proceso de enjuiciamiento del litigante, es calificada por el señor Ollero Tassara como “eclipse fiscal”. La razón está en que, primeramente, se daba el visto bueno a la condena que se le atribuyó al protagonista del suceso de la STC 190/2020, pero cuando se planteó el recurso de amparo, el Ministerio Fiscal, ya conocedor de la doctrina seguida en Estrasburgo, ya se atrevió a afirmar que era conveniente estimar el amparo. No obstante, la pronunciación del Tribunal Constitucional no siguió esa línea.

El Magistrado nos recuerda que, si se ahogan las libertades ideológica y de libre expresión, no puede hacerse efectivo el artículo 1.1 de la Constitución Española.

Por otro lado, añade a su posición disidente, el apunte de que no se puede utilizar la Ciencia Penal como instrumento para disuadir el ejercicio del derecho a expresarse libremente.

Un aspecto que también animó al Magistrado a escribir su voto particular, fue que se hiciera la ponderación de derechos antes de analizar profundamente las circunstancias que rodeaban el caso, las cuales son precisamente las que constituyen, para don Andrés Ollero, causas excluyentes de antijuricidad.

El matiz de perfilar cuál era la intención del reclamante lanzando esos mensajes de descrédito hacia la bandera es crucial para el fallo del caso. El Magistrado Ollero Tassara aprecia que las expresiones del protagonista no tenían ánimo alguno de ultrajar la bandera nacional, sino de mostrar la insatisfacción de los trabajadores. Calificar su discurso como uno hiriente y ofensivo para los sentimientos de pertenecer a la Nación española simbolizada por la bandera sería, a juicio del Magistrado, del todo desacertado. El caso omiso que hizo el Tribunal Constitucional, tanto a este argumento como a otros referidos al contexto del supuesto de hecho, provoca gran desaliento en el jurista. No se deberían haber dejado de lado apreciaciones tan relevantes como las siguientes:

“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.”
“Sería necesario 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.”

- c) 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.

Ambos Magistrados, comparten con los dos anteriores la necesidad de constatar fehacientemente su desacuerdo con el fallo del Tribunal Constitucional, al no conceder el amparo solicitado.

Éstos aluden primeramente a que el lenguaje simbólico, también pertenece a aquellos que protestan contra el símbolo. Ante ello, afirman que a su ver, la sentencia desestimatoria del amparo hace una interpretación errónea al valor que se le dio a lo simbólico. La emoción que cada individuo experimente del símbolo, máxime si éste está dotado de contenido político, es profundamente individual. La representación de algo tan abstracto como es el concepto de nación ha de vincularse con una percepción subjetiva de la realidad representada. Es esta misma razón la que incrementa el calado de la protección normativa hacia expresar libremente el sentimiento de adhesión a la comunidad política de cada uno. No obstante, si el ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad ideológica estuviera basado en alentar un discurso violento contra la unidad de un país, haría inminente la intervención del Derecho Penal. Lo que los magistrados aquí critican, es que el Tribunal Constitucional, dio mayor importancia a preservar el significado que encierra la bandera y al sentimiento de adhesión al mismo, en vez de garantizar un derecho fundamental, como es el de la libertad de expresión.

J.A. Xiol Ríos y M.L. Balaguer Callejón consideraron a continuación inapropiada una de las citas a la que acude el Tribunal Constitucional para argumentar su fundamentación jurídica.

Concretamente la referida la STC 94/1985, de 29 de julio, basada en la teoría de la simbología política de Manuel García Pelayo. Los magistrados apuntan esta apreciación, porque en la sentencia de 1985 lo se estaba resolviendo era un conflicto de competencias entre dos Comunidades Autónomas: Navarra y País Vasco. En ningún momento se ponía por aquel entonces en duda la preeminencia o no de un derecho fundamental, como sí ocurre en la STC 190/2021, sino que se debatía la utilización de cierto símbolo por una comunidad política en concreto.

En adición, los Magistrados nombran como incongruente la alusión que hizo el Tribunal Constitucional a la STC 119/1992, pues la referencia se utiliza como símil para justificar que la aplicación del art. 543 del Código Penal (similar al antiguo 123 CP) era conforme a los preceptos número 10, 17 y 81 de nuestra Constitución, aludiendo los dos últimos a la reserva de ley orgánica exigida para las normas penales que contemplen penas privativas de libertad o restrictivas de otros derechos fundamentales. Sin embargo, en la STC 119/1992 no se explicitó esta conexión, lo cual implica que carece de sentido extraer una conclusión no dicha del antiguo 123 del texto penal y hacerla recaer sobre el 543 por analogía. Es más, dada la superficialidad que se desprende de la redacción de la sentencia de 1992, resulta bastante atrevido formular un juicio positivo de la constitucionalidad de tales preceptos.

Del voto particular de J.A. Xiol Ríos y de M.L. Balaguer Callejón, se colige que el artículo 543 del Código Penal siembra gran controversia en el mundo jurídico, debido a su contenido tan abierto a la par que taxativo. Al no delimitar claramente cuáles son los surcos del hecho punible que sanciona, podría desembocar en la absurdez de permitir penar actos tan jurídicamente insignificantes como manchar o deteriorar una bandera. A ojos de los magistrados, los demandantes de don Pablo Frago y el Tribunal Constitucional, se han aprovechado de este extremo, encontrando una argumentación que les permitiera esquivar la necesidad de hacer primar el derecho de expresarse libremente. Es decir, que por defender la aplicabilidad del precepto penal en cuestión, se olvidaron de uno de los principios inspiradores de la ciencia penal: el de última intervención del *ius puniendi* del Estado.

El alto rigor que la sentencia 190/2021 otorga al valor de los símbolos, preocupa al señor y a la señora Magistrados, porque de este razonamiento se colige una exigencia de adhesión a ese simbolismo, dejando en un segundo plano la contemplación de derechos fundamentales. Entre las líneas del fallo del Tribunal Constitucional, se aprecia una idea que se acerca

excesivamente a una democracia militante, que la Constitución no contiene. Un sistema democrático representativo, según apuntan los magistrados, es merecedor de tribunales que den primacía al pluralismo y al libre intercambio de ideas, no a las entrañas de lo simbólico. J.A. Xiol Ríos y M.L. Balaguer Callejón discrepan a su vez de la interpretación que se hizo acerca de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional previa y de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ambos invitan a apreciar cómo se equiparan cínicamente los casos anteriores a los hechos de la atañen a la sentencia 190/2021 para desnaturalizar el ejercicio de los derechos a fundamentar una propia ideología y a expresarse libremente. Cabe recordar aquí la STEDH de 2 de febrero de 2010, asunto *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, donde ya se contempló que sólo pueden ser objeto represión “aquellas formas de expresión que implicaran 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”⁴.

Otra de las aristas que barajó el Tribunal Constitucional fue recurrir al asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (STEDH de 13 de marzo de 2018), con el objetivo de justificar que en la protesta del solicitante de amparo no se lanzaron los mensajes contra personas de interés público, a diferencia de lo que ocurrió en el caso *Stern*. De esta afirmación se valió el Tribunal para encontrar una distinción entre un suceso y otro, y poder salvar así la posibilidad de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fuera a llamar la atención a España por segunda vez, al no haber estimado un recurso de amparo correctamente fundado.

Terminaron los magistrados su voto particular, remarcando lo ya explicado sobre la conducta del solicitante de amparo, la cual no podría ser entendida como una alteración del orden público, sino como un ejercicio legítimo de los derechos fundamentales que recoge la Constitución Española en sus artículos 16 y 18. Tanto es así, que aplicar la ley penal para limitales dichos derechos, debería declararse anticonstitucional.

⁴ STEDH de 2 de febrero de 2010, asunto *Christian Democratic People's Party v. Moldova*.

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

No sorprende que el cuerpo del voto particular del señor Conde-Pumpido Tourón se basara en la identificación errónea de los derechos y valores en juego, en la crítica a la restricción de los conceptos de libertades ideológica y de expresión, en su discrepancia hacia el método de análisis empleado y en la escasa atención que se hizo al contexto en el que se desarrollaron los hechos calificados como punibles. Extraer del ambiente de protesta los mensajes que emitió el recurrente por el megáfono conduce a presentar una escena de “diálogo entre un hombre y una bandera que carece de todo sentido”⁵. Para facilitar el entendimiento de este argumento que apunta el Magistrado, me gustaría revivir las palabras de Ortega y Gasset: “yo soy yo y mis circunstancias.”⁶ Es decir, no se puede pretender hacer un juicio justo sacando los hechos de su contexto, pues es en éste donde se pueden encontrar las claves que expliquen la juricidad o antijuricidad del hecho investigado.

El Magistrado no deja tampoco en el olvido la observancia de la analogía que se encuentre entre lo sucedido y el famoso caso Sterns Taulat y Roura Capellera. ¿La razón? El fallo desestimatorio del amparo en ambas sentencias gira en torno al examen de actos que menosprecian las instituciones y símbolos nacionales. Sin embargo, resulta defraudador que la STC 190/2020 no estimara el recurso de amparo, conociendo ya la dinámica que siguió este caso tan similar. Sabiendo que desde el TEDH se instó a España a cambiar la forma de interpretación de estas cuestiones, para dar preeminencia a la libertad ideológica y de expresarse libremente, antes que a la simbología nacional. De hecho, es que ya se dijo desde Estrasburgo que éstos sólo podrían quedar en la retaguardia jurídica si en su ejercicio se hubiera empleado o incitado a la violencia, cuestión que no sucedió en ninguno de los casos.

Subrayó adicionalmente que sin la libertad ideológica que consagra el precepto número 16 apartado primero de la Constitución Española, sería imposible dotar a nuestro ordenamiento jurídico de los valores superiores que propugna el artículo 1.1 del mismo texto legal.

A tenor de ello, se enuncia que los derechos sustantivos recogidos en la Constitución son limitados, pero su carácter esencial provoca que las manifestaciones de tales derechos no se

⁶ Ortega y Gasset, J.O. (1929): *La rebelión de las masas*. Ed. Instantes, pp. 33.

recorten para poder mantener el orden público que protege la ley. Esta nota es la que se habría de haber tenido en cuenta para contestar a la interposición del recurso de amparo del señor Fragoso Dacosta. Además, el recién nombrado matiz es más fuerte que el que se desprende del precepto vigesimo, apartado cuarto de la Constitución., donde se sostiene que “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.”

Sería interesante finalizar el estudio de la sentencia citando a una de las afirmaciones que acuñó don Cándido Conde-Pumpido: “Nunca deberíamos olvidar que la bandera constitucional es la bandera de una Democracia. Y que también protege a los que no la aprecian.”

4. PUNTOS CLAVE PARA FACILITAR EL ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA 190/2021

Ha quedado demostrado con el estudio anterior que no son poca las ocasiones en las que, cuando se presenta ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo, éste decide no inclinar la balanza de la justicia hacia el derecho fundamental avocado en la demanda, sino que se decanta por la defensa del valor de cuestiones relacionadas con los sentimientos de adhesión a la nación. Sin embargo, ya se ha demostrado con el caso Stern Taulats y Roura Capellera que, si se sigue esta dinámica tan decimonónica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos volverá a llamar la atención a los tribunales de nuestro país, dejando en evidencia, una vez más a la justicia española. Parece que es cierto eso de que “no aprendemos de nuestra historia”, pero ¿por qué?, ¿por qué un tribunal formado por juristas de tan alto prestigio sentencia fallos tan decepcionantes? A continuación, analizaremos los ingredientes fundamentales que se manejan en la Sentencia 190/2020, con el objetivo de fundamentar una visión jurídica amplia de los principales elementos que en ella se pusieron en juego: los derechos fundamentales referidos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión; la importancia de la simbología nacional, especialmente de la bandera; y la aplicabilidad del delito de ultrajes a España.

4.1. Importancia de las libertades ideológica y de expresión.

El recurso de amparo, que dio lugar a la sentencia 190/2020, manifestaba una petición muy concreta: velar por los derechos del recurrente a sustentar una ideología propia y a expresarse libremente. Siguiendo a Gorán Rollnert⁷, dichos derechos están estrechamente relacionados. Como se ha hecho saber anteriormente, el artículo 16.1 de la Constitución Española alude únicamente a la libertad ideológica, sin referirse a otras expresiones utilizadas habitualmente por la doctrina: “libertad de pensamiento y libertad de conciencia”, a las que sí se menciona en el precepto vigésimo del mismo cuerpo legal, al hablar de libertad de expresión en su apartado 1a). Además, estos derechos sirven para dar efectividad a los valores superiores del Estado social y democrático de Derecho. Consecuencia de ello es que la libertad ideológica esté íntimamente vinculada con el pluralismo político, como parte de la naturaleza de garantía institucional que atribuye el precepto número 20 de la Constitución a las manifestaciones externas de ésta bajo el nombre de “libertad de expresión”. Adicionalmente, estas libertades se pueden concebir como una proyección concreta de la libertad genérica, reflejada en el artículo 1.1 como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español, que ostenta la categoría de derechos fundamentales.

El encaje constitucional de estos derechos, sita dentro del Título I (*De los derechos y deberes fundamentales*), Capítulo II (*Derechos y libertades*), sección 1ª (*derechos fundamentales y libertades públicas*). Sería interesante destacar que, dicho Título I, según se expone en el libro *Lecciones de Derecho Constitucional II*⁸, fue una de las declaraciones de derechos más avanzadas del mundo. Es un orgullo que se le dé efectividad a uno de los preceptos más importantes del mundo jurídico, el antiguo artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789, según el cual, “una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.”

⁷ Rollnert Liern, G. (1998): “Ideología y libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-1990)” *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 99, pp. 227-256.

⁸ Biglino, P., Bilbao, J. M., Rey, F., Matía, J. y Vidal, J. M. (2014): *Lecciones de Derecho Constitucional II*. Ed. Lex Nova, pp. 400.

Así es como se constata, tal y como apunta Carbonell (2009)⁹, que el núcleo de la vertiente dogmática de toda Constitución está basado en declarar, reconocer y garantizar un cúmulo de derechos individuales, que acoten un ámbito de autonomía frente al poder.

Veníamos diciendo que los derechos a sustentar una ideología propia y a expresarse libremente se enmarcan dentro de los célebres derechos fundamentales. El término “derecho fundamental” es una traducción literal del alemán “Grundrecht”. Así viene explicado en la obra de Armin Bogdandy y Jürgen Bast, donde se hace un recorrido por la historia de este tipo de derechos¹⁰. En palabras de Fernández Galiano, son “aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”¹¹. Además, en cuanto a la estructura de este tipo de derechos, sería interesante acudir a Robert Alexy¹², quien sostuvo la teoría de que los derechos fundamentales, al tratarse de derechos subjetivos, aunque estuvieran revistos de propiedades específicas, gozaban de la misma estructura que éstos: una disposición jurídica, una o varias normas jurídicas y una o varias disposiciones jurídicas.

Lo crucial respecto al hecho de que se traten de derechos fundamentales, es la especial protección que se les otorga debido a su imprescindible contenido para vivir dignamente en sociedad. En el manual Lecciones de Derecho Constitucional II, se dedica un apartado a especificar cuáles son los únicos límites lícitos que se pueden levantar frente a estos derechos fundamentales. De esta manera, entiende la ciencia jurídica que dichos límites podrían ser de carácter expreso, tácito o implícito. Las limitaciones expresas serían las que se desprenden de la literalidad del texto constitucional o de las leyes, mientras que las implícitas, son aquellas que surgirían bajo la necesidad de amparar otros bienes o derechos constitucionales. A esta última noción es a la que se sujeta el Tribunal Constitucional en el fallo de la STC 190/2021. No obstante, a pesar de la cabida de esta apreciación, no se puede hacer una interpretación frívola de la misma, como se hizo en el Caso Fragoso, puesto que si se entendiera abiertamente esta afirmación, siempre habría una excusa para cortarles las alas a unos derechos de índole fundamental, que inspiran la condición humana de cada individuo. Es

⁹ Carbonell M. (2009): “El momento fundacional de los derechos. Notas sobre la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”. Ed. Estudios De Derecho, pp. 59-79.

¹⁰ von Bogdandy, A. y Bast, J. (2009): *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*. Ed. Springer, pp. 13-71.

¹¹ Fernández Galiano, A. (1983): *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*. Ed. Benzal, pp.139-140.

¹² Alexy, R. (1985): *Theorie der Grundrechte*. Ed. Suhrkamp, pp. 28-32.

más, ya no es sólo la relevancia reconocida que implican estos derechos, sino que iría en contra de la Constitución ignorarlos, después de todo lo que ha costado conseguirlos. Llegados a este punto, me gustaría añadir unas pinceladas acerca de la reivindicación de las libertades ideológica y de expresión a lo largo de la historia:



Inspirado por la euforia del movimiento ilustrado, Eugene Delacroix se convirtió en el autor de una de las obras más visitadas del Louvre. El cuadro representa la libertad en su máxima expresión.



“L’Association Mensuelle” creada en 1834 por el dibujante Daumier, representaba cómo un ser humano deseaba defender su libertad de expresión, tanto física, como mentalmente.

En 1943, el artista conocido como gran defensor de la libertad de expresión, Norman Rockwell, dio vida a “Rosie la remachadora”. Se trata de una chica que pisaba un ejemplar de Mein Kampf mientras se comía un sándwich. Su imagen fue del todo atrevida, ya que se utilizó para hacer propaganda de primera en tiempos de guerra.



Hace tan sólo 10 años, Amnistía Internacional dio a conocer este cartel a favor de la libertad de expresión con motivo del Festival de Arte de Edimburgo. La fecha tan reciente de esta manifestación artística demuestra que continúa siendo necesario reivindicar derechos tan claves como lo es el de expresarse libremente.

Tras este breve recorrido a través de las diversas reivindicaciones a lo largo de la historia artística de las libertades ideológica y de expresión, queda claro que la persecución por la defensa de estos derechos no puede ser concebida como un capricho de quienes recurren a ellos. Ya se ponía al corriente del valor de tales derechos incluso en el mundo antiguo, pues como decía el historiador romano Suetonio, “en un Estado verdaderamente libre, el pensamiento y la palabra deben ser libres”¹³.

4.2. Importancia de la bandera como símbolo de unidad nacional.

Aludiendo al Catedrático de Derecho Constitucional gaditano Troncoso Reigada¹⁴, la importancia de la bandera como elemento en torno al cual se cohesionan la ciudadanía según la Constitución de 1978 tuvo su precedente en la Constitución de 1931 de la República a la que daba una preeminencia capital al instituirse ya en el primer precepto de dicha Constitución. Junto a la definición de la bandera con sus respectivos colores roja, amarilla y morada, entra a considerar el Estado español como una República democrática de todos los trabajadores cuyos órganos emanan del pueblo. La Constitución de 1978 también da la misma importancia a la bandera española y las de sus comunidades autónomas desde el mismo Título Preliminar con los nuevos colores y cambiando la forma de Estado al de una Monarquía parlamentaria.

Igualmente, en otros estados europeos como las repúblicas Francesa, Italiana, Portuguesa o Alemana se eleva a la misma categoría definitoria la bandera con otros símbolos del Estado, tales como el himno, la lengua oficial. Sin embargo, hay otros países como Suiza, Suecia, Bélgica, Dinamarca, Países Bajos, Finlandia, Malta en cuya Constitución no se hace referencia alguna a la bandera, seguramente por su histórica estabilidad democrática. Y por último, en los países surgidos tras el desmembramiento de la antigua Unión Soviética, la bandera se le da una misma importancia de primer orden, junto al himno o escudos nacionales, que recuerdan los antiguos estados del siglo XIX.

¹³ Suetonio (2014): “Vida de los doce césares”. Ed. Epublibre, pp. 117.

¹⁴ Troncoso Reigada, A. (2018): “La bandera y la capitalidad.” UNED, Revista de Derecho Político, nº 103, pp. 29-76.

En la Constitución española de 1978 es muy significativo el orden en que se definen los principales aspectos del Estado: en primer lugar, el precepto número 1, define España como Estado social y democrático de Derecho cuya soberanía procede del pueblo y cuya forma de estado es la de Monarquía parlamentaria. En segundo lugar, el artículo 2, proclama la indisolubilidad de la unidad de la nación española. En tercer lugar, el artículo 3, establece el castellano como la lengua oficial del Estado, así como el resto las lenguas españolas de las distintas Comunidades autónomas. Y ya en cuarto lugar, art.4, define la bandera española, como símbolo o expresión no verbal del Estado.

El jurista gaditano Troncoso, también señalaba que la elaboración de este artículo 4, sobre la bandera española, tuvo un consenso amplio, pese a la preexistencia de la bandera republicana, y se dio más importancia al establecimiento del nuevo régimen como un sistema totalmente democrático que a su propio símbolo.

De esta forma queda instaurada la bandera no sólo como símbolo de la Nación sino también de la Monarquía. La bandera es al mismo tiempo símbolo de España y de la Monarquía. El propio Rey también es un símbolo de la unidad y permanencia del Estado, pero a diferencia de la bandera, símbolo gráfico, su simbología es de representación de todos los españoles y pueblos de España.

La definición de la bandera en cuanto a su diseño bicolor, tiene su origen en la bandera naval instaurada por Carlos III, mediante Real Decreto de 28 de mayo de 1785, con el fin de que fuera fácilmente distinguible en alta mar, y por lo tanto no se confundiera con las de otras naciones. Poco a poco esta bandera amplió su uso, primero en plazas marítimas, castillos, defensas costeras, para luego ser emblema en todos los ejércitos. Por lo tanto, esta bandera ha sido la de España durante más de dos siglos, exceptuando el breve periodo de la II República en que se incluyó el color morado tal vez como una alusión a la importancia de Castilla como vertebradora de la República y también de España.

Además de la definición del artículo 4 de la CE, la Ley 39/1981 de 28 de octubre, añade que en la franja amarilla se podrá incorporar el escudo de España.

Durante la dictadura franquista se definía la “bandera nacional” en la Ley 1/1967, lo cual ha quedado hoy sustituido por la Constitución Española de 1978 bajo el término “bandera de

España” como representación de una patria común e indivisible donde se integran todas las pluralidades sociales, políticas, lingüísticas. Su diseño bicolor de tres franjas es ahora un símbolo de pertenencia común, con un carácter eminentemente integrador de todas las sensibilidades culturales y políticas. Con esta misma voluntad es con la que ha de reconocerse igualmente a las banderas de las Comunidades Autónomas, las cuales deberán situarse en los organismos públicos al lado de la bandera de España.

El símbolo del pluralismo político de la bandera española queda además patentado por el reconocimiento en la propia Constitución Española de las demás nacionalidades y regiones con sus respectivas banderas y lenguas también oficiales como factor de integración de tal diversidad. La unidad de la nación española no es óbice para amparar y proteger el derecho a las autonomías en sus nacionalidades.

A pesar de que las organizaciones políticas de extrema derecha han intentado apropiarse de la bandera española como suya en exclusividad, poco a poco ha ido ganando terreno la bandera como símbolo del pluralismo político y no de una única tendencia política (derecha/extrema derecha). Los campeonatos deportivos han contribuido a difundir y entender la bandera como símbolo de todos los españoles, independientemente y por encima cualquier la ideología política.

No obstante, hay que admitir que ha habido momentos de dificultad para reconocer la bandera como símbolo propio e integrador, como por ejemplo durante la crisis provocada por la declaración unilateral de independencia del Parlamento de Cataluña, donde se han utilizado las banderas no con sentido de integración sino de división y enfrentamiento. Sería imposible enjuiciar a todo aquel que hubiera utilizado la bandera ofensivamente durante las protestas de esta crisis, pues la población tiene derecho a manifestar su desacuerdo frente al símbolo que representa la unidad de nuestro país, siempre que dicha conducta no encaje en actos violentos de odio.

4.3. Constitucionalidad del delito de ultraje.

El delito de ultraje se recoge en el artículo número 543 del Código Penal, dentro del Capítulo VI, titulado “De los ultrajes a España”, perteneciente a su vez al Título XXI, que lleva por rúbrica “Delitos contra la Constitución”. La literalidad del precepto es la siguiente:

“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 castigarán con la pena de multa de siete a doce meses.”

Estas palabras denotan la deficiente técnica del legislador al describir el tipo, lo cual ha provocado que detrás de este delito lata un profundo debate dogmático y político-criminal suscitado por la criminalización de los ultrajes ante la deficiente técnica.

El origen de la protección penal del Estado y sus símbolos en el ordenamiento jurídico de nuestro país se remonta a la Ley de 23 de marzo de 1906 sobre represión de los delitos contra la Patria y el Ejército. Posteriormente, tal y como señala Dulce M^a Santana Vega¹⁵, se introdujo en el Código Penal de 1928 la consideración de los ultrajes a la nación como delito, en su artículo número 231. En dicho precepto se preveía una pena de prisión de uno a diez años, lo cual fue derogado con la Segunda República. No obstante, el artículo 27 de la Ley de Seguridad del Estado revivió el viejo 231 del Código Penal, pero suavizando el castigo, al diferenciar entre los hechos punibles ultrajantes que se hubieran llevado a cabo con o sin publicidad, siendo la sanción más leve la prevista para las conductas ilícitas realizadas encubierto, es decir, sin publicidad. Posteriormente, en el Código Penal de 1944, el antecedente al actual delito de ultrajes se situó en el artículo 123, el cual decía lo siguiente:

“Los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, al Estado o su forma política, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor, y si tuvieran lugar con publicidad, con la de prisión mayor.”

El último atisbo de la apreciación del ultraje como una conducta ilícita (andes de la tipificación del Código Penal de 1995), se encontraba en la Ley 39/1981, de 28 de octubre, de la Bandera Nacional, en cuyo artículo décimo afirma:

“Los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el artículo 4 del presente texto, se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes.”

¹⁵ Santana Vega, D.M. (2009): “El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas: ¿Protege algún bien jurídico-penal?” Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época, nº 99, pp. 35-66.

Estos fueron todos los pasos jurídicos que se dieron hasta alcanzar al vigente artículo 543 del Código Penal.

Una vez concluidos estos apuntes histórico-legislativos, cabe sumergirse en el estudio del bien jurídico protegido del delito de ultrajes del actual artículo 543 del Código Penal. A tenor de Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas¹⁶, es el sentimiento patriótico o autonómico que comparte la generalidad de la población. La doctrina ha manejado tradicionalmente los términos de “patriotismo” y “prestigio de las instituciones públicas” en sus reflexiones acerca del bien jurídico del delito en cuestión. En la Sentencia analizada, el objeto del ilícito penal sería la bandera, pudiéndose afirmar así que el bien perjudicado en este caso sería el derecho de los ciudadanos a que no se ataque o menosprecie los sentimientos que determinados símbolos oficiales inspiran. Esta afirmación responde a un tratamiento discriminatorio, ya que el legislador está presumiendo la existencia de unos sentimientos patrióticos merecedores de tutela penal, arrinconando así a quienes no compartan esa adhesión a la simbología nacional. En este sentido, subraya J.J. Queralt Jiménez, que “al lado del sentimiento de perplejidad o irritación que determinadas acciones pueden generar en parte de la población, en otros sectores merecen aplauso y la más cabal de las indiferencias.”¹⁷

En definitiva, el bien jurídico protegido podría definirse, según diría A. Téllez Aguilera, como un “honor nacional”¹⁸, el cual afecta por individual a cada uno de los miembros que conforman una colectividad.

Por otro lado, el delito de ultrajes se trata de un ilícito penal de sujeto indiferenciado, puesto que puede ser cometido por cualquier individuo, ya sea tanto nacional como extranjero. Explica Pedro Chaparro que quien quiera que fuera el infractor de un hecho ultrajante, habría de actuar con un *animus iniuriandi*. Este mismo autor objeta que toda ofensa contra la nación ha de llevarse a cabo con intencionalidad para poder ser penada.¹⁹ Parece lógico, pero es importante tenerlo en cuenta, puesto que alguien que ultrajara con un *animus iocandi*, es decir, en un tono jocoso, como podría ser el que utilizara un monologuista, no podría ser considerado delito. El dolo que integra dicho *animus iniuriandi* viene determinado por lo que

¹⁶ Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (2012): “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera.” *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIII, pp. 217-252.

¹⁷ Queralt Jiménez, J.J. (1992): “Derecho Penal español. Parte especial.” Ed. Bosch, pp. 762.

¹⁸ Téllez Aguilera, A. (2019): “Los ultrajes a España: visión crítica de un delito.” *Revista del Ministerio Fiscal*, n° 7, pp. 90.

¹⁹ Chaparro Matamoros, P. (2011): “El delito de ultrajes. Análisis jurisprudencial de sus elementos.” *Revista Ceflegal*, n° 131, pp. 156-164.

señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 23 de enero de 2002, es decir, por “el conocimiento por parte del agente de hallarse ante semejante símbolo o enseña, la clara conciencia de las acciones ejecutadas o expresiones proferidas, perfectamente adecuadas para la exteriorización del menosprecio, deshonra o injuria propuestos, así como la voluntad realizadora de los actos en que encarnen los propósitos agraviantes u ofensivos.”²⁰

A su vez, el ingrediente fundamental de la intencionalidad ha de ser acreditado para permitir apreciar el delito de ultrajes, ante lo cual la jurisprudencia viene sosteniendo que muchas acciones de contenido ofensivo constituyen prueba *in re ipsa*, es decir, que implican deducir una serie de factores ontológicos a través de los que trasluce un claro propósito impulsor de la dinámica de la actuación.

La interpretación del precepto número 543 del Código Penal resulta del todo polémica, dado que si se nos atenemos a su literalidad, el mero hecho de deteriorar la bandera nacional, haría incurrir en el tipo penal en cuestión, cuando lo más adecuado sería apostar por el encaje de estas conductas dentro del contexto de reivindicaciones amparadas por los derechos fundamentales a la libertad ideológica y de expresión, sitas en los artículos 16 y 20 de la Constitución Española.

Ya que el artículo en cuestión continúa vigente, lo que se espera de los tribunales es que lo apliquen restrictivamente, calificando así por “ofensas o ultrajes” aquellos menosprecios que fueran verdaderamente graves. Si no se interpretara con tal exclusividad, pecaría de entender que el ejercicio de la libertad de expresión es un peligro para el orden público. Esta última posición es la que lamentablemente sostuvo el Tribunal Constitucional en la sentencia 190/2021, apreciándose entre sus líneas una visión arcaica de los hechos que para nada concuerdan con el sistema jurídico de una sociedad democrática avanzada.

Adicionalmente, el Catedrático de Derecho Penal R. Rebollo Vargas,²¹ con el diccionario de la RAE en la mano, afirma que el susodicho tipo penal encierra una discrepancia conceptual. Esta cuestión se debe a que se utilizan como sinónimos los vocablos “ultrajar” y “ofender”, cuando los expertos lingüistas otorgan significados diferentes a ambas acciones²²:

²⁰ SAP de Guipúzcoa de 23 de enero de 2002 (ARP 2002, 581).

²¹ Rebollo Vargas, R. (2014): “Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España”. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV, pp. 81-126.

²² Definiciones obtenidas del diccionario de la Real Academia Española.

- “Ultrajar: de ultraje; cf. fr. outrager.
 - ₁tr. Ajar o injuriar.
 - ₂tr. Despreciar o tratar con desvío a alguien.”
- “Ofender: del lat. offendere.
 - ₁tr. Humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien, o ponerlo en evidencia con palabras o con hechos.
 - ₂tr. Ir en contra de lo que se tiene comúnmente por bueno, correcto o agradable. Ofender el olfato, el buen gusto, el sentido común.
 - ₃tr. desus. Hacer daño a alguien físicamente, hiriéndolo o maltratándolo.
 - ₄prnl. Sentirse humillado o herido en el amor propio o la dignidad.”

El legislador parece que tuvo la intención de introducir el verbo “ofender” para dar encaje a un abanico más amplio de conductas que pudieran ser penadas al son del artículo 543 del Código Penal. Este hecho plantea en relación con el ejercicio de la libertad de expresión una indiscutible contradicción.

De conformidad a lo expuesto, resulta complicado comprender una vez más la postura del Tribunal Constitucional ante la STC 190/2021, pues éste decidió aplicar un delito que actualmente tiene difícil cabida en nuestro Código Penal. No se puso en peligro el orden público y, en el hipotético caso de probarse que don Pablo Fragoso sí puso en riesgo la paz social, deberían recaer sobre él las penas de los delitos específicos previstos para los desórdenes públicos, como sería, por ejemplo, el que se establece en el artículo 208 del texto penal recogiendo lo siguiente:

“Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.”

4.4. La incongruencia del Tribunal Constitucional ante las libertades ideológica y de expresión.

Siendo los miembros del Tribunal Constitucional concedores de todos los puntos expuestos hasta ahora, el fallo de la sentencia 190/2021 desestimó el amparo solicitado.

La argumentación en que el tribunal justifica su postura, genera insatisfacción, pues se aprecia cierta incoherencia en las palabras del Constitucional, al hacer caso omiso a su propia jurisprudencia desde 1990. De ello informa G. Göran Rollnert²³, quien puntualiza cómo se ignora la exigencia que había afirmado la doctrina, de cara a la necesidad de ponderar el reproche penal con esa franja del sostenimiento de la paz social. El orden público constitucional no es compatible con la violencia, ni siquiera con la de carácter moral intimidatoria. Ante esta teoría mantenida durante años por la doctrina, se esperaba que se hiciera un examen del riesgo que implicó para la paz pública la conducta del manifestante. Sin embargo, lo que sucedió fue que centraron las aristas de la argumentación desestimatoria del amparo en una interpretación aislada de los hechos, sin tener apenas en cuenta los aspectos claves del contexto. Con ello se valieron para justificar el asunto como un atentado a los sentimientos de adhesión a la simbología nacional, lo cual podría haber causado fervor en todos los que estaban presentes durante la protesta que tuvo lugar en el centro militar de Ferrol.

Los votos particulares de la STC 190/2020 quisieron poner voz a estas cuestiones, destacando el hecho de que, a pesar de que una cierta conducta no encuentre protección constitucional por un derecho fundamental, no la transforma *ipso facto* en una acción penalmente punible. Además, de todas las posiciones disidentes de los magistrados, se extrae que la manera en la que los poderes del Estado abordan la libertad de expresión, son un parámetro perfecto para medir la calidad democrática de un país. También comparten la idea de que la crítica y la manifestación de la disidencia son garantía de la legitimidad política del sistema. De este modo, el Tribunal Constitucional debería haber optado por comprender que la bandera contra la que se dirigió el señor Fragoso Dacosta, provoca un determinado sentimiento en quien la respeta, pero genera otro igualmente respetable en quien no lo hace. Las diferentes significaciones de lo que este símbolo nacional cause en cada uno sólo se explican desde una percepción subjetiva, lo cual evidencia que la sanción penal deviene

²³ Rollnert Liern, G. (2017): “Las llamas del odio: la quema del símbolo y las incongruencias del Tribunal Constitucional”. Constitución política y administración: reflexiones para el debate, pp. 67-80.

inadecuada, pues su presencia implica la imposición de un sentimiento unívoco, discriminando los que no se ajusten a él. Es así como se desemboca en casos como el de la sentencia que nos acata, en los que considerar el ultraje a la bandera como delito colisiona con el ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad ideológica.

El sistema constitucional español se nutre de principios como el pluralismo político e ideológico, de lo cual se colige que el Estado no tiene la potestad de imponer una actitud favorable hacia la nación española y el simbolismo de la misma. El Tribunal debería haber enfocado en esta línea su argumentación y estimar el amparo, entendiendo lo que decía el escritor británico George Orwell acerca de que “libertad de expresión es decir lo que la gente no quiere oír”²⁴.

Además, resulta sorprendente, a la par que desalentador, que el Tribunal Constitucional desestimara el recurso de amparo a sabiendas de la jurisprudencia americana y europea. Parece que se hubiera redactado el fallo de la STC 190/2021 a ciegas de lo que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América había apuntado en asuntos similares, afirmando que no podría darse una protección privilegiada a la simbología nacional frente al ejercicio de derechos fundamentales, como lo es la libertad de expresión. Sin ir más lejos, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende la necesidad de invocar al artículo décimo, apartado segundo de la Convención Europea de Derechos Humanos. En dicho precepto se recoge que la recién mencionada libertad es uno de los pilares de la sociedad democrática, de manera que sus restricciones deben estar motivadas convincentemente por responder a una necesidad social acuciante. Prueba de ello, son los siguientes casos mencionados en los votos particulares de la Sentencia 190/2020: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 2002, Asunto Colombani y otros c. Francia; de 26 de junio de 2007, Asunto Artun y Güvener contra Turquía; de 1 de junio de 2010, Asunto Gutiérrez Suárez contra España; de 14 de marzo de 2013, Asunto Eon contra Francia; de 10 de noviembre, Asunto Couderc et Hachette Filipacchi Associés contra Francia, y de 13 de marzo de 2018, Asunto Stern Taulats y Roura Capellera ontra. España, al cual se hará especial alusión en el siguiente epígrafe.

En definitiva, el pleno del Tribunal Constitucional decidió estimar la condena penal impuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Ferrol. Dicho fallo desestimador del amparo resulta

²⁴ Orwell, G. (1945): *Rebelión en la granja*. Ed. Booket, pp. 14.

una reacción desproporcionada, que genera un efecto limitador del ejercicio de los derechos fundamentales concernidos.

5. EL DÉJÀ VU QUE INSPIRA LA STC 190/2020

En el apartado anterior de este Trabajo de Fin de Grado, se mostraba la sorpresa que despertó el Tribunal Constitucional en el fallo de la STC 190/2020, especialmente por existir casos anteriores en los que, ante interpretaciones como la que afectó al recurrente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había llamado la atención, dejando clara la preeminencia que habría de dar al derecho fundamental de la libertad de expresión. Analizaré así el reciente asunto Stern Taulats y Roura Capellera, el cual siguió la misma dinámica que el asunto que aconteció en la protesta de Ferrol. De ello me serviré para cumplir el objetivo que planteaba en el segundo epígrafe del estudio, acerca de la posibilidad de anticiparse a lo que sucederá con el caso del señor Frago Dacosta cuando éste llegue al Tribunal de Estrasburgo. A continuación, se demostrará viendo el caso gemelo Stern Taulats y Roura Capellera que la sentencia 190/2020 es, recordando a Gabriel García Márquez, crónica de una muerte anunciada.

5.1. Sentencia 177/2015, de 22 de julio de 2015.

Los hechos que motivaron el procedimiento penal, acontecieron durante una manifestación antimonárquica durante una visita de los Reyes D. Juan Carlos I y D^a Sofía a la ciudad de Gerona el 13 de septiembre de 2007. En dicha manifestación los señores Enric Stern y Jaume Roura, con sus rostros más o menos cubiertos, llegaron a quemar una fotografía de los Reyes puesta en posición de bocabajo.

Inmediatamente el Ministerio Fiscal presentó una querrela que supuso que el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional condenara el 9 de julio del mismo año a E. Stern y J. Roura, como autores criminales de un delito de injurias a la Corona. La pena apreciada consistía en 15 meses de prisión, que fueron conmutados en la misma Sentencia por una multa de dos mil setecientos euros, pagaderos en treinta meses a razón de tres euros diarios.

Para argumentar esta Sentencia recurre el Tribunal a la protección penal que ampara al Rey y a los miembros de la Corona, siguiendo el tenor del artículo 490.3 del Código Penal:

“El que calumniare o injuriare al Rey o Reina a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son.”

En la Sentencia se hace hincapié en que los hechos mostraron una “intención evidente de menospreciar a la figura de Sus Majestades”, y que “para manifestar el rechazo a la monarquía no es necesario menospreciar y vilipendiar” quemando una fotografía de los Reyes.

Se señala así mismo que los autores del delito eran conscientes de su infracción al ir decididamente embozados, lo que supone un agravante según el artículo 22.2 del Código Penal, según el cual, “ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.”

En conclusión para el Magistrado, el acto fue un ataque directo a la dignidad de los Reyes, que a su vez, implicaba un hecho ilícito que iba más allá del límite de la libertad de expresión. Así, el Juez sostuvo que el calibre del caso era tal que no había cabida para el derecho de libertad de expresión.

Los dos afectados recurrieron el pronunciamiento, pero la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional lo desestimó mediante la Sentencia de 5 de diciembre de 2005, reafirmando en la argumentación ya esgrimida en la condena anterior de la Audiencia Nacional. Para ello, se explicó que las faltas de injurias y calumnias tienen, según la ley, distinto tratamiento si van dirigidas a los Reyes, que si se dirigen a cualquier otro ciudadano. Si fuera contra los Monarcas, el acontecimiento se ubicaría dentro del título de los “Delitos contra la Constitución”, mientras que para los ciudadanos, tales hechos se rigen por el título “Delitos contra el honor”, compuesto por los artículos 205 y siguientes Código Penal.

Frente a este criterio mantenido por la mayoría de la Sala, discreparon los Magistrados Alfonso Guevara y Ramón Sáez, quienes defendieron que dentro de la libertad de expresión caben este tipo de manifestaciones críticas con las instituciones. Añadieron que éstas están por encima del derecho al honor, ya que en absoluto dichas expresiones van en contra de la

dignidad personal y privada de los Reyes, sino a lo que representan como institución, en este caso una monarquía. Según el Magistrado Alfonso Guevara, el acto de la quema de la fotografía en una concentración de repulsa a la monarquía era una “crítica a una causa pública que en manera alguna supone un menosprecio intrínsecamente vejatorio carente de relación con la ideología expresada”. El Magistrado Ramón Sáez sustentó además que un castigo de este tipo tiene la carga negativa de disuadir en el futuro la crítica política, algo consustancial en una democracia plena. Las palabras de R. Sáez en este sentido son merecedoras de señalar:

“La protesta social sólo accede a los medios mediante actos rituales como, por ejemplo, la quema de los iconos del poder; si son reprimidos penalmente se impide el desarrollo del espíritu crítico”.

El aspecto central para ambos Magistrados era defender que manifestar una opinión negativa respecto con las instituciones constitucionales está amparado por el derecho a la libertad de expresión y por lo tanto, sobrevuela el derecho al honor.

Al igual que en el Caso Fragoso, los demandantes no tuvieron más remedio que interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en base a la vulneración de los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión, recogidos respectivamente en los artículos 16.1 y 20.1 de la Constitución Española. Alegaron que, a pesar de que su proceder pudiera parecer de mal gusto o incorrecto, no suponía una intencionalidad intrínsecamente vejatoria a la figura privada o personal de la Corona. La crítica iba dirigida a la institución monárquica, no a las personas en particular que la integran. Por ello, su conducta había de quedar bajo el paraguas del ejercicio de la libre reivindicación política que garantiza la propia Constitución. Apelaron incluso a la Sentencia de 21 de marzo de 1989 de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Texas v. Johnson*, la cual anuló una condena a un manifestante por la quema de la bandera estadounidense durante una manifestación ante una Convención del partido Republicano. Entonces se consideró que el hecho realizado por el manifestante Johnson estaba protegido por la Primera Enmienda, dedicada a la protección no sólo de la libertad de expresión, sino también de los comportamientos que sirvan para transmitir la expresión de las ideas. Así se garantizaba el amparo del discurso simbólico, siempre que no se utilizara como vía para inducir al desorden público o a la violencia. De estas afirmaciones se colige para los Casos Fragoso y *Stern Taulats y Roura Capellera*, que el orden público no se menoscaba o altera por actos como los suyos, ya que no invitan a la agresión o la violencia callejera.

La Sentencia de 21 de marzo de 1989 de la Corte Suprema de los Estados Unidos repercutió en un vivo debate en la sociedad americana, por lo que, el Congreso, en una posición absolutamente contraria al fallo recién explicado, aprobó como delito federal la mutilación, o cualquier otro ataque físico a la bandera estadounidense. Sin embargo, la Corte Suprema terminó declarándolo inconstitucional, pues el bienintencionado afán por proteger la bandera no justificaba semejante coartada a la libertad de expresión. J.M. Bilbao en su artículo “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el Caso Stern y Roura contra España” recordó cuáles fueron las palabras que utilizó la Corte al respecto:

“La simple destrucción o desfiguración del soporte físico de un símbolo no daña ni afecta al símbolo en sí.”²⁵

A pesar de estas palabras del Tribunal Supremo, la Cámara de Representantes entre 1995 y 2005 aprobó la posibilidad de que el Congreso prohibiera cualquier acto agresivo contra la bandera. Por fortuna, esta iniciativa no prosperó en el Senado.

Refiriéndonos a España, como ya se ha mostrado anteriormente, quemar una bandera nacional o autonómica sigue constituyendo un delito castigado con pena de multa. Aunque ya se apuntó que el artículo 543 del Código Penal es de dudosa constitucionalidad, al menos la pena prevista no alcanza el rigor de la prisión.

Por otro lado, es cierto que merece una valoración positiva el hecho de que en nuestro país haya habido pocas condenas por este tipo de delito. Además de los dos Casos que se estudian en este trabajo, también es notorio el referente a la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2018, donde se estimó la apelación del litigante, absolviéndole del delito de injurias a la Corona y ultraje a España que se le había atribuido por su “pitada” al himno nacional durante la celebración de los torneos de la Copa del Rey en 2009 y 2015. La Sala estimó que, aunque el acto fuera incívico y maleducado, no contenía expresiones vejatorias contra la honorabilidad del Rey.²⁶

²⁵ Bilbao Ubillos, J.M. (2018): “La SETDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: la crónica de una condena anunciada.” *Revista General de Derecho Constitucional* n° 20, pp. 1-30.

²⁶ SAN 1511/2018, de 4 de mayo de 2018.

5.1.1. Planteamiento del problema.

Tal y como se enunciaba anteriormente, la Sentencia 177 del Tribunal Constitucional de 22 julio de 2015 desestimó el recurso de amparo solicitado por quienes habían sido condenados previamente, por haber quemado una fotografía de los Reyes durante una manifestación contra la monarquía.

Dicho Tribunal ya reconoció en la Sentencia 20/2002 que se ha de respetar la libertad de expresión, “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.”²⁷

Adicionalmente, resulta interesante remarcar lo que se apuntó en la Sentencia 235/2007 respecto con la calidad de nuestro sistema democrático:

“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. Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica y de expresión, 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”.²⁸

A pesar de estos avances jurídicos, en la Sentencia 177/2015 se da preeminencia a la protección especial que el Código Penal otorga a la Corona y a las altas Instituciones del Estado en su precepto 490.3. Sí reconoció el Tribunal que la figura del Rey no estaba exenta de la crítica política, incluso por aquellos que se manifestaran claramente antimonárquicos. Al abogar por el carácter libre de la crítica se entendieron legítimas no sólo las

²⁷ STC 20/2002, de 28 de enero, FJ 4.

²⁸ STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ 4.

manifestaciones orales o verbales, sino también aquellas no verbales o actos simbólicos, que sirvieran para vehicular una idea.

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, ha dejado claros ejemplos de este amparo a la libertad de expresión en todas sus modalidades de exhibición de símbolos, y actos más o menos teatralizados, debidamente contextualizados. Se garantiza así el derecho a la libertad de expresión que, aun siendo reconocido por el Tribunal Constitucional, en el Asunto Stern Taulats y Roura Capellera fue empañado a favor del “ultraje o la vejación”. De esta manera, coincidió con lo que sostenía el Fiscal, quien observaba que el delito no consiste en la expresión de las ideas, sino en el trato injurioso y vejatorio hacia la figura de los Reyes.

No obstante, podría decirse que el fallo del Tribunal en la Sentencia 177/2015 no se centró tanto en el carácter injurioso de la actividad, sino en la observación de un posible delito de odio o incitación a la violencia, al considerar que el acto de la quema de la efigie de los monarcas según sus propias palabras, “puede sugerir una acción violenta y, en consecuencia, ser susceptible de albergar mensajes que no merecen protección constitucional.”

5.1.2. La Sentencia 177/2015 en relación con el discurso de odio.

Antes de ver la relación que mantiene la Sentencia 177/2015 con el discurso del odio, sería conveniente acudir a la Recomendación nºR(97)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, donde se recoge una acertada definición del discurso de odio:

“El término *discurso de odio* abarca todas las formas de expresión que inciten, promuevan o propaguen el odio racial, la xenofobia, u otras formas de odio basadas en la intolerancia, mediante la creación de un clima de hostilidad y exclusión, generador de un efecto cierto de amenaza que perturba el ejercicio de la igualdad de derechos de los miembros de determinados colectivos socialmente vulnerables.”²⁹

Una vez perfilado el odio en términos jurídicos, resulta relevante señalar que los delitos sobre él no tienen por objeto sólo el menosprecio hacia las minorías étnicas, religiosas, culturales

²⁹ Recomendación nº R(97)20 del 30 de octubre de 1997 sobre "discurso de odio".

o sexuales, sino que también alcanza el rechazo de la comunidad social, hasta el punto de contemplar la eliminación física de población si así su ira estimara conveniente.

En el Caso Stern Taulats y Roura Capellera el Tribunal Constitucional apreció que la actitud de los litigantes se ajustaba al significado jurídico de odio por quemar la fotografía Real. Ejemplos de la justificación literal que esgrimió el Tribunal en la Sentencia 177/2015 son los siguientes enunciados:

“La escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados.

Quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio.”³⁰

Por tanto, vemos cómo se utilizaron estas afirmaciones para fallar que detrás de la manifestación simbólica de los recurrentes se escondía una incitación a la violencia y a la exclusión de los Monarcas.

Sin embargo, la realidad es que las acciones que fueron calificadas como violentas jamás llegaron a materializarse, pues no se desató ningún altercado público. Según apreció el Catedrático de Derecho Constitucional Juan María Bilbao, objeciones que hizo el Tribunal, tales como “expresión simbólica de desprecio y destrucción”, “la quema como escenificación lúgubre”, o la posición de la fotografía boca abajo como posición “claudicante”, poseen una connotación subjetiva muy negativa y desproporcionada frente a los hechos estrictamente reales. Lo sucedido no fue más que una manifestación política anti monárquica, donde es lógico que se manifestara un rechazo a la institución, pero no un afán de vejación de la figura personal de los Reyes³¹. El jurista dejó claro en la mesa redonda titulada “Libertad de expresión, ¿dónde está el límite?” que, en todos los países europeos, en defensa de la dignidad, se penaliza el discurso del odio. Es decir, en Europa estamos preparados para hacer frente a este tipo de discursos tóxicos. Tenemos una línea roja infranqueable que pena los mensajes incendiarios e inflamatorios que pudieran acabar en contextos de violencia y de

³⁰ Sentencia 1777/2015, de 22 de julio de 2015, FJ 4.

³¹ Bilbao Ubillos, J.M. (2018): “La SETDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: la crónica de una condena anunciada.” Revista General de Derecho Constitucional nº 20, pp. 1-30.

agresiones físicas. Ahora bien, se subrayaba en la mesa redonda señalada que lo que está ocurriendo en España, es que se está abusando del concepto de odio, de manera que cualquier ofensa o sarcasmo se cataloga bajo este tipo de discurso. Además, los jueces españoles admiten a trámite todo este tipo de acusaciones, aunque luego se sobreesan los casos. El Catedrático ya advirtió en aquella jornada que no se puede incurrir en semejante banalización del odio, porque es muy peligrosa para la salud democrática de la sociedad.³²

Volviendo al juicio que hizo el Tribunal Constitucional al etiquetar los acontecimientos de hecho de la Sentencia 177/2015 como conductas de odio e incitación a la violencia, cabe destacar que para tal acreditación, se aisló el hecho de la quema de la fotografía. No podía ser otra la estrategia argumentativa a seguir, pues si se analizan los actos en conjugación con su contexto, carecería de sentido afirmar la carga de odio y violencia contra la Jefatura del Estado. Tanto es así que el propio Tribunal reconoció que dejando al margen la quema de la imagen de los Reyes, no se profirió por los recurrentes ninguna expresión de la que inferir una censura u oposición articulada políticamente contra la Monarquía. Después de dicha consideración, se centraron en demostrar que el fallo de la Sentencia del Caso Stern Taulats y Roura Capellera no perseguía castigar un posicionamiento ideológico amparado por nuestro ordenamiento constitucional y por la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, sino sancionar un acto aislado de incitación al odio y la violencia, como lo era la quema puntual de la fotografía Real.

Es importante subrayar que el Tribunal de Derechos Humanos, por su parte, sólo contempla penas de prisión por infracciones procedentes de un discurso ideológico en casos muy excepcionales. Precisamente fueron estas singularidades a las que se aferró la Sentencia 177/2015 para estimar que la sanción dada por la Audiencia Nacional era proporcionada.

5.1.3. Los votos particulares.

Frente a la recién nombrada Sentencia del Tribunal Constitucional se emitieron tres votos particulares, el de la Magistrada Adela Asua, al que se sumó el Magistrado Fernando Valdés. Para la Magistrada la libertad de expresión, por muy desagradables que sean sus términos

³² Bilbao Ubillos, J.M (2019): “Libertad de expresión, ¿dónde está el límite?” Mesa redonda celebrada el 20 de febrero de 2019, organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. Vídeo disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=RaDWzEIVg6k&feature=youtu.be&t=5124>

para determinados sectores de la sociedad, es un bien supremo para garantizar una democracia de pleno derecho, siempre y cuando no se recurra a la violencia, ni se ponga en peligro la integridad física de las personas. En esta línea, A. Asua explicitó que toda sociedad abierta que sea digna de un Estado Constitucional moderno encuentra su sustrato básico en los derechos a la libertad de opinión, expresión e información, pues éstos son inherentes a lo que conlleva el pluralismo político que se consagra en el artículo 1.1 de la Constitución Española. Esta cuestión explica que el grado de amplitud y firmeza que se le dé a la tutela de estas libertades sea termómetro de la solidez del sistema democrático. Es decir, manifestar una disidencia sin ser penado por ello es garantía de la legitimidad política de un sistema, máxime si se trata de críticas sobre asuntos políticos o institucionales. En esta tesitura, la libertad de expresión carece prácticamente de límites, tal y como apuntan los Magistrados. La única barrera que cabe esbozar, es la ya mencionada, referente al discurso de odio.

Sin perder de vista estas observaciones, despierta cierto estupor el hecho de que, en la Sentencia 177/2015, el Tribunal no dudara en ver el acto de la quema de la fotografía como un auténtico “discurso del odio”. Más aun cuando dicha apreciación no había sido señalada ni por los recurrentes, ni siquiera los Tribunales de primera y segunda instancia. Con dicha fundamentación jurídica, se decidió el Tribunal Constitucional por estimar proporcionado y justo hacer recaer sobre los litigantes la pena prevista para un delito de injurias, en los términos de los artículos 208 y siguientes del Código Penal.

La Magistrada Asua advirtió en su voto particular que la argumentación del Tribunal Constitucional estaba llegando al grave extremo de manipular lo que significa el “discurso del odio”. Como ya hemos visto, este concepto está muy bien articulado por los organismos jurisdiccionales internacionales, la doctrina y la jurisprudencia consolidada. No se puede tergiversar el contenido del odio, porque hacerlo sería atentar contra la salud del ordenamiento jurídico.

A. Asua también criticó que, incluso siendo cierta esa “incitación al odio” que esgrimió el Tribunal Constitucional, lo coherente hubiera sido acudir al artículo 510 del Código Penal referido a las amenazas, en vez de calificar los hechos como injurias.

En definitiva, la Magistrada afirmó que “equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los

insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública”. La reflexión que sus palabras inspiran hace ver que la calidad de una democracia va en proporción directa con la protección máxima de la libertad de expresión, por lo que, como constató, no se puede olvidar la admonición del Juez Holmes:

“Debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir las expresiones que aborrecemos.”

Otro voto particular fue el de la Magistrada Encarnación Roca. Ella basó su escrito en recalcar que el acto de la quema de la fotografía, es un acto simbólico que escenifica la posición ideológica de los manifestantes. Por ello, su conducta quedaría salvaguardada por el derecho a la libertad de expresión, contemplado en el artículo 16.1 de la Constitución Española. Restringir tal derecho y aplicar consiguientemente una sanción penal sobre los recurrentes no tendría por tanto justificación, ya que los hechos no se muestran como una actitud que evidenciara un calado de provocación a la violencia.

El Voto Particular del Magistrado Juan Antonio Xiol defendió que el Tribunal sí debió amparar a los recurrentes en su demanda. Al igual que la Magistrada Asua, sostuvo que la solidez de una democracia se sustenta en una amplia protección de la libertad de expresión. Los actos simbólicos de una quema de bandera o fotografía son hechos cotidianos y aceptados según los postulados internacionales de los derechos humanos. Así, observa J.A. Xiol con preocupación cómo en España la jurisprudencia constitucional ha restringido la libertad de expresión en algunas ocasiones.

Adicionalmente, apunta el Magistrado que el Tribunal había modificado deliberadamente el carácter de lo acontecido, utilizando para ello argumentos muy particulares y subjetivos. Aprecia cierto atrevimiento por parte del Tribunal a la hora de afirmar con contundencia que la intención de los demandantes era transmitir que los Monarcas merecían ser ajusticiados.

J.M. Xiol consideraba sin tenebrismo alguno que lo sucedido era simplemente una manifestación antimonárquica, que no incitaba al odio o la violencia. Por ende, los recurrentes deberían haber visto estimado su recurso de amparo, pues su actuación encajaba dentro de los cauces normales de la libertad de expresión. El contexto del Caso Stern Tautats y Roura Capellera no alentaba precisamente esa necesidad de analizar el ánimo que pudieran

tener los litigantes, ya que ello, además de ser del todo subjetivo, podría decirse de cualquier acto de concentración, conduciendo a la sociedad a una situación de inseguridad jurídica ante la difusa determinación de las libertades ideológica y de expresión.

Por otro lado, el Magistrado insistió en que en el Caso señalado, no podría apreciarse incitación al odio, debido a que los hechos se dirigieron a personas en particular. Para justificar dicha afirmación, también aludió a la Sentencia 235/2007 de 7 de noviembre, en la que ya se estableció que “el discurso de odio se dirige contra ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular.”³³

En adición, ya se sabe que la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, ha sentado que tales discursos de odio tienen por objetivo a grupos o colectivos vulnerables. Este tenor es el que se debería haber seguido en la Sentencia 177/2015, porque la crítica de los manifestantes se dirigió a los Reyes en el ejercicio de sus funciones como institución de la Corona, no contra una minoría o colectivo vulnerable. Tampoco era una burla personal de la esfera íntima o privada de los monarcas.

No se olvidó de añadir el Magistrado que el Tribunal incurrió además en una incoherencia procesal, ya que, por un lado, infirió la condena por amenazar la integridad física de los Reyes; mientras que, por otro lado, y de forma rocambolesca, afirmó un delito contra el honor y contra la dignidad de los Reyes. A raíz de ello, en vez de aplicar el precepto 490.2, pensado por el legislador penal para las amenazas, se aplicó el 490.3 del Código, pensado para proteger el prestigio de la Monarquía. Todo este retorcimiento para justificar la restricción a la libertad de expresión, que debería haber concluido con la anulación de las resoluciones impugnadas.

Por último, sostuvo J.M. Xiol que la sanción impuesta no sólo cortaba las alas al derecho de expresarse libremente, sino que suponía para el futuro un efecto disuasorio en la libertad crítica, la cual es necesaria en cualquier democracia avanzada. En este sentido cabe traer a colación un fragmento del voto particular del Magistrado:

“No basta con la constatación de que la conducta enjuiciada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por

³³ Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ 5.

su severidad un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada.”

A modo de conclusión, la defensa a ultranza de las instituciones, por muy relevante que sea en la organización estatal, no puede incurrir en la limitación o defenestración del derecho constitucional a la libertad de expresión y de pensamiento ideológico.

5.2. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de marzo de 2018, en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España.

La Sala de la sección tercera del Tribunal de Estrasburgo que fue asignada al caso en cuestión, decidió de forma unánime apreciar la existencia de un ataque a la libertad de expresión de los demandantes, Stern y Roura. Como se veía anteriormente, éstos habían sido condenados por un delito de injurias a la Corona, lo cual carecía de justificación a ojos de los querellantes.

5.2.1. Planteamiento del problema.

Cuando llegó la demanda a manos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Sala situó en la balanza de la justicia los derechos al honor y a libertad de expresión. Para averiguar cuál de ellos debía ceder en virtud del otro, era necesario aplicar un test de proporcional. El resultado de éste se alcanzó atravesando varias fases: la primera de ellas, se centró en dar constancia de que la pena que impuesta a Stern y Roura suponía un atentado a su derecho de expresarse libremente. También se posicionaron de acuerdo con que la crítica contra los Reyes de los recurrentes perseguía un objetivo legítimo, que era el de proteger la reputación de la opinión disidente. Sin embargo, donde sí hubo discrepancia fue en afirmar si era necesario restringir este último derecho en una sociedad democrática. No coincidía entonces la opinión del Tribunal de Estrasburgo con la del Abogado del Estado español, quien alegó que el acto del que se acusaba a los demandantes había incitado al odio al haber originado actuaciones violentas. Este argumento adolece de cierto engaño interesado, tratando de relacionar la reacción de la quema de la foto monárquica (que era la presunta conducta punible) con las manifestaciones que hubo semanas después en Madrid y Barcelona a raíz de

la inculpación de los demandantes. Stern y Roura motivaron el recurso alegando que lo que hicieron no se correspondía con la definición de odio. Jamás hicieron ninguna amenaza contra las razas, creencias o actitudes vitales determinadas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se inclinó hacia esta posición, pues siguiendo lo señalado en epígrafes anteriores, el Tribunal de Estrasburgo ya venía admitiendo que la utilización que se le diera a los símbolos en el contexto de un acto político habría de quedar amparado por la libertad de expresión.

Sería interesante aludir al artículo 19 de la Observación General N^o 34 de 29 de julio de 2011, precedente del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En él, la organización internacional defiende que, si la Ciencia Penal prohibiera insultar a un Jefe de Estado, se estaría invirtiendo el principio fundamental de un sistema democrático, el cual requiere que el Gobierno se someta al control de los ciudadanos. A continuación, haremos alusión a los apartados de dicho artículo décimo noveno que aportan fundamentos cruciales para este Trabajo de Fin de Grado.

Primeramente, destacan los párrafos segundo y tercero, donde se establece la relevancia de los derechos a expresarse y a opinar libremente. Los muestra como la piedra angular de toda sociedad libre democrática si se quieren los lograr los principios de transparencia y rendición de cuentas, los cuales a su vez son indispensable para promover y proteger los derechos humanos.

En el apartado número 12 del artículo 19 de la Observación General N^o34, se subraya la defensa de cualquier forma de manifestar la opinión propia, ya sea la palabra oral o escrita, el lenguaje de signos o incluso los modos de expresión audiovisual. Este precepto provoca directamente que el simbolismo que pueda encerrar una bandera o una fotografía quedará en un segundo plano, a favor del derecho a expresarse libremente.³⁴

La última reseña que haremos acerca del artículo 19 sita en el punto número 38, cuyo tenor literal es el siguiente:

³⁴ Comité de Derechos Humanos (2011): Observación General N^o34, de 12 de septiembre de 2011.

“En el debate público sobre figuras políticas y de las instituciones públicas a efectos del Pacto es sumamente importante que la expresión pueda tener lugar sin inhibiciones. El simple hecho de considerar que una declaración insulta a una figura pública no basta para justificar la imposición de sanciones. Además, todas las figuras públicas, incluso las que ejercen los cargos políticos de mayor importancia, como los Jefes de Estado o de Gobierno, pueden ser objeto legítimo de críticas y oposición política.”³⁵

Con todo ello, el Comité deja constancia de su preocupación por leyes sobre cuestiones como la falta de respeto por las banderas y los símbolos, la difamación del Jefe de Estado, o la protección del honor de los funcionarios públicos. La meta está en que la legislación no imponga penas más severas en función de quien sea la persona criticada.

El Tribunal de Estrasburgo hizo referencia en la Sentencia de 13 de marzo de 2018 en el Asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España a una Sentencia emblemática anterior: la de 15 de marzo de 2011 en el Caso Otegui Mondragón contra España. En ella, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció de forma contraria que nuestro Tribunal Constitucional, ya que afirmó que las acusaciones que se esgrimieron contra el Rey, por muy provocativas que fueran, no eran constitutivas de un discurso de odio que incitara a la violencia.³⁶

También se hizo alusión a otros asuntos que procedían de países distintos a España, pero que llegaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por cuestiones similares. Así, se destacó el Asunto Partido popular demócrata cristiano contra Moldavia, en el que declaró que las frases escritas en los panfletos del partido demandante eran simplemente la expresión de un malestar y de una protesta en relación con una cuestión de un interés público, pero no como un llamamiento a la violencia, aunque se hubieran quemado banderas y efigies del Estado.³⁷

³⁵ Comité de Derechos Humanos (2011): Observación General N°34, de 12 de septiembre de 2011, pp. 10.

³⁶ STEDH de 15 de marzo de 2011, Otegui Mondragón contra España.

³⁷ SETDH de 2 de febrero de 2010, Partido popular demócrata cristiano contra Moldavia.

En la misma línea se pronunció el Tribunal de Estrasburgo en la Sentencia de 21 de octubre de 2014 en el Caso Murat Vural contra Turquía. Ya constató entonces que la acción de derramar pintura sobre las estatuas de Atatürk, fundador del Estado turco, no era un insulto o vejación de la figura emblemática, sino una forma de expresión libre amparada por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Gracias a esta observación, se calificó a la pena de prisión que se le había impuesto al demandante, como una pena excesiva y desproporcionada.³⁸

De esta manera queda demostrado lo que apuntaba el Magistrado Xiol en su voto particular de la Sentencia 177/2015, acerca de que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo reitera que no se puede proteger de manera privilegiada a figuras como los Jefes del Estado por encima de los derechos fundamentales. Sobre este aspecto, el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, Miguel Ángel Presno Linera, añadía que este hecho había de tomarse en España como una invitación a la reflexión acerca de la constitucional de preceptos como el 490.3 o el 543 del Código Penal, en los cuales se permite dejar a las libertades ideológica y de expresión en un segundo plano.³⁹ Al igual que el Magistrado de nuestro Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos atribuye el adjetivo de exorbitante a tal acontecimiento, ya que no permite que la crítica política quede a salvo, por muy dura que pudiera ser.

Al margen del debate que despierta el encaje constitucional de los artículos anteriores, el Tribunal de Estrasburgo indagó los motivos que condujeron al Tribunal Constitucional español a cuestionar la disidencia de carácter político que expresaron los demandantes. Se trató de entender por qué se apreció una manipulación simbólica en la quema de una fotografía de la monarquía.

A pesar de la visión siniestra y caricaturesca del Tribunal Constitucional de la puesta en escena, para el Tribunal europeo, no supuso un obstáculo grave para la paz pública. Afirmó que los actos de manifestación se encontraban dentro los cauces legales del ámbito propio de un debate sobre cuestiones de interés general.

Esta razón llevó a concluir al Tribunal de Estrasburgo que no cabía inferir de la escenificación del Caso Stern Taulats y Roura Capellera, por muy truculenta que pareciera un ataque contra

³⁸ SETDH de 21 de octubre de 2014, Murat Vural contra Turquía.

³⁹ Presno Linares, M.A. (2018) “Crónica de una condena anunciada. El asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del rey”. Teoría y realidad constitucional, nº 42, pp. 539-549.

el Rey de España, que persiguiera menospreciarle y vilipendiarle como persona. La conducta de los recurrentes era sin embargo un ejemplo del libre ejercicio de la libertad de expresión. Es decir, quemar una imagen del Rey no es más que representar un acto de rechazo político hacia la monarquía.

El Tribunal Constitucional también alegó como hecho probatorio de delito, la incitación a la violencia mediante la quema de la fotografía Real. Este argumento era del todo insostenible según el Tribunal de Estrasburgo. Los hechos del Caso Stern Taulats y Roura Capellera desvelan que durante la manifestación antimonárquica no se produjo ningún altercado del orden público, ni hubo conducta violenta alguna. De hecho, es que el Tribunal europeo apreció que los altercados que se sucedieron en España con posterioridad a lo sucedido, no fueron producto de la quema de la foto del Rey, sino de la represión penal que abogó el Estado contra los litigantes.

Añadió el Tribunal de Estrasburgo que la conducta enjuiciada quedaba como se decía, amparada por el artículo décimo del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No cabría aplicar el precepto número 17 del mismo, el cual viene a decir que la libertad de expresión quedará limitada cuando su contenido supusiera una contradicción flagrante a los valores democráticos. Ejemplos de situaciones en las que el Tribunal Europeo de Derechos ha recurrido a este último artículo son los hechos que abogaban a políticas nazis, o los que hacían sinónimos los términos “musulmán” y “terrorista”. Vemos así cómo el Tribunal de Estrasburgo es consciente de que el discurso del odio no contribuye a un debate público enriquecedor, sino al contrario, envilece y depaupera cualquier debate.

Lo que ocurre es que, en el Caso en cuestión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no compartió que el Tribunal Constitucional incluyera como discurso de odio una actuación como la quema de la fotografía de los Reyes. Esto no es más que una forma de expresión de rechazo a la figura política de la monarquía. Por ello, se anunció que la condena que se impuso a los recurrentes en España suponía coartar el pluralismo de las ideas, el cual es sustento de una sociedad democrática. El Tribunal de Estrasburgo consideró que el fallo del Tribunal Constitucional contravenía el derecho expresarse libremente, vulnerando el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así sentenció que se abonara a cada recurrente la cantidad de dos mil setecientos euros a modo de compensación por los perjuicios sufridos a causa de la pena de multa que se les había impuesto.

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado bien claro que el discurso del odio sólo se puede aplicar cuando vaya dirigido exclusivamente a minorías vulnerables tales como etnias, grupos reducidos por su orientación religiosa, sexual, o cultural. En consecuencia, no cabe adscribir a ninguna autoridad o institución pública en ninguna de estas categorías de grupos vulnerables, interpretación que también recaerá sobre el fallo que desestimó el recurso de amparo interpuesto en el Caso Fragoso, ante su condena por haber expresado en medio de una protesta laboral, mensajes que menospreciaban la bandera española.

6. CONCLUSIONES

El Trabajo de Fin de Grado tiene el objetivo de analizar el conflicto existente entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la hora de interpretar los casos que versan sobre los derechos de libertad ideológica y de expresión entramados con las ofensas y los sarcasmos enmarcados en los mismos, al lanzar mensajes que menosprecian a la bandera como símbolo de la unidad española o al Rey como representación de la institución de la Corona.

En la Sentencia 190/2020 de 26 de enero de 2021, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo que se había interpuesto abogando por el derecho fundamental a expresarse libremente del recurrente. Los antecedentes se remontaban a la pena que el Tribunal Superior de Justicia de Ferrol impuso a un manifestante sindicalista. Se consideró que el sujeto en cuestión había cometido un delito de ultrajes a la nación por insultar a la bandera española, en medio de uno de los actos de protesta que estaban teniendo lugar en las instalaciones militares de la ciudad gallega.

La mayoría de la Sala del Tribunal Constitucional afirmó que la conducta del investigado cumplía con los hechos punibles que recoge el artículo 543 del Código Penal referido al delito de ultraje. Así, se apreció proporcionada la pena que le había sido impuesta al recurrente del Caso Fragoso, desestimando por tanto su recurso de amparo.

El protagonista y líder sindicalista de la protesta laboral que envolvía los hechos encausados, alegó la omisión que se estaba haciendo a su libertad de expresión, y a su derecho a tener una

ideología propia. Además, se remarcó en el escrito de amparo que para juzgar debidamente lo sucedido, no se podían sacar de contexto los hechos, que fue lo que desgraciadamente sucedió. Una interpretación aislada es una interpretación sesgada que complicará dar una respuesta justa a lo acontecido. Sin embargo, el Tribunal Constitucional mostró su interés en dar más importancia a hechos puntuales que a su juicio ponían en peligro el honor de España. Dicha apreciación fue criticada por algunos de los Magistrados del Tribunal, que afortunadamente se posicionaron a favor de salvaguardar los derechos fundamentales del litigante del Caso Fragoso y de la calidad democrática del país.

Los votos particulares que figuran en la STC 190/2020 fueron escritos por los Magistrados E. Roca Trías, A. Ollero Tassara, J.A. Xiol Ríos, M.L. Balaguer Callejón y C. Conde-Pumpido Tourón. Todos ellos recogen este pronunciamiento disidente respecto con el que tuvo la mayoría de la Sala. En ellos se desarrolló un estudio pormenorizado de cada uno de los detalles que acompañaron a la conducta supuestamente punible del recurrente. Con ello, defendieron el amparo que solicitaba el demandante, pues se le estaba castigando por haber insultado a la bandera en una protesta laboral organizada frente a las instalaciones militares de Ferrol, lo cual no constituye ninguna actuación antijurídica. En los escritos de los Magistrados que manifestaron su desacuerdo con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se otorgó especial calado al hecho de el lanzamiento de un mensaje crítico contra la bandera española en una manifestación sindical, no podía entenderse como una incitación a la violencia, ni mucho menos como una difusión de odio.

Los ejes cruciales que se manejaron en la Sentencia, fueron los derechos fundamentales a la libertad ideológica y a la libertad de expresión, el significado de la bandera como símbolo de unidad nacional y la constitucionalidad del delito de ultrajes a España.

Así, se hizo un guiño en este Trabajo de Fin de Grado a la contundencia de la libertad de expresión como ingrediente fundamental de un ordenamiento jurídico propio de una sociedad avanzada. Además, se recordaba que ignorar este derecho sería una decepción para nuestra historia, pues hacer su defensa efectiva es resultado de una lucha que comenzó muchos años atrás, tal y como se demostró haciendo un breve recorrido a través del arte, mencionando cuadros de cuyas pinceladas se coligen actos reivindicativos de la libertad de expresión desde la Ilustración hasta hoy.

También se explicó la importancia de la simbología nacional, haciendo alusión a la obra de Troncoso. Gracias a la ayuda de este autor se comprende que la significación de símbolos nacionales, como la bandera española, entraña un sentimiento de unidad que no necesariamente ha de ser compartido por cada uno de los miembros de la patria. Es más, esta patria se pone en peligro no cuando se manifieste una opinión negativa hacia algo que la represente, sino cuando se ahoguen las voces disidentes, restando importancia al derecho a expresarse con libertad.

Otro de los puntos clave era analizar el encaje constitucional del artículo 543 del Código Penal. Su tenor literal es tan poco conciso, que provoca cierta inseguridad jurídica al permitir que cualquier mero acto que ofenda la nación pueda ser objeto de un delito de ultraje. Los inicios de la contemplación de este tipo de normas, se remontan a la Ley de 1906 sobre represión de los delitos contra la Patria y el Ejército. Tras mostrar cómo ha ido evolucionando la materia, no queda ninguna duda acerca de que el actual precepto número 543 de Código Penal podría tener cabida en el pasado, pero hoy, la moderna y avanzada democracia en la que vivimos denota su obsolescencia.

El Tribunal Constitucional no defendió el ejercicio de los derechos contemplados en los artículos 16 y 20.1a) de nuestra Constitución, algo que la ciencia jurídica permite hacer en contadas ocasiones debido al núcleo tan relevante para la sociedad que supone el respeto hacia las libertades ideológica y de expresión. De esta manera, es fácil considerar incongruente la motivación del fallo de la Sentencia 190/2020 en base a la salvaguarda del sentimiento de adhesión a la bandera española, como sinónimo de una patria unida. A efectos de dar justificación a esta postura, el Tribunal Constitucional alegó la importancia que encierra proteger el orden público, y el tenor literal del artículo 543 del Código Penal, cuya técnica legislativa deja mucho que desear.

Resulta sorprendente el fallo de la STC 190/2020 por una apreciación tan rancia de los hechos y sobre todo, por desmarcarse de la doctrina que emana de Europa al respecto. Este hecho me permite hablar del Caso Fragoso como un *déjà vu* de asuntos anteriores que siguieron la misma tónica jurídica. Un ejemplo relevante al respecto fue el Asunto Stern Taulats y Roura Capellera, en el que la Sentencia 177/2015 llegó al Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, debido al caso omiso que hizo el Tribunal Constitucional a la defensa de los derechos fundamentales a expresarse libremente y a fundamenta una ideología propia.

Lo que entonces aconteció, en vez de girar en torno a los insultos de la bandera española, fue la quema de una fotografía de los Reyes de España, en medio de una manifestación antimonárquica. Una vez más, desde los Tribunales españoles se hizo una interpretación aislada de los sucesos, para permitirse así ignorar la libre expresión bajo la excusa de que opiniones contrarias al honor de la patria son sinónimo de llamamientos al odio y a la violencia.

Sin embargo, desde el Tribunal de Estrasburgo, se aboga porque este tipo de conductas, que desvelan críticas políticas, quede bajo el paraguas protector de las libertades ideológica y de expresión, advirtiendo además que considerar lo contrario es banalizar el discurso de odio, lo cual es sumamente peligroso para la salud del pluralismo de cualquier país.

Se puede hablar entonces, rememorando a Gabriel García Márquez, de una “condena anunciada”, ya que en base precedentes como el de la Sentencia 177/2015 sobre el asunto Stern Taulats y Roura Capellera, se aprecia que la Sentencia 190/2020, que protagoniza este Trabajo de Fin de Grado, siguió la misma dinámica de acontecimientos. En 2015, cuando los demandantes elevaron su queja al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recibieron la protección a su derecho fundamental a expresarse libremente que no se le había concedido en España. Todo apunta a que lo mismo sucederá con el Caso Frago, donde será el Tribunal europeo quien nos llame la atención de nuevo por no proteger como es debido las libertades ideológica y de expresión.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Libros y artículos de revistas científicas.

Alexy, R. (1985): *Theorie der Grundrechte*. Ed. Suhrkamp, pp. 28-32.

Biglino, P., Bilbao, J. M., Rey, F., Matía, J. y Vidal, J. M. (2014): *Lecciones de Derecho Constitucional II*. Ed. Lex Nova, pp. 401-431.

Bilbao, J. M., Rey, F. y Vidal, J. M. (2014): *Lecciones de Derecho Constitucional I*. Ed. Lex Nova, pp. 112-117.

Bilbao Ubillos, J.M. (2018): “La SETDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: la crónica de una condena anunciada.” *Revista General de Derecho Constitucional* n° 20, pp. 1-30.

Carbonell M. (2009): “El momento fundacional de los derechos. Notas sobre la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”. Ed. *Estudios De Derecho*, pp. 59-79.

Chaparro Matamoros, P. (2011): “El delito de ultrajes. Análisis jurisprudencial de sus elementos”. *Revista Ceflegal*, n° 131, octubre-noviembre, pp. 155-164.

Comité de Derechos Humanos (2011): Observación General N°34, de 12 de septiembre de 2011.

Fernández Galiano, A. (1983): *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*. Ed. Benzal, pp.139-140.

Kant, I. (1908): *Kant's Werke, Akademie Textausgabe*. ED. Band V.

Marchena Galán, SM. (2018): “Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión.” *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*.

Ortega y Gasset, J.O. (1929): *La rebelión de las masas*. Ed. Instantes.

Orwell, G. (1945): *Rebelión en la granja*. Ed. Booket.

Queralt Jiménez, J.J. (1992): “Derecho Penal español. Parte especial.” Ed. Bosch.

Presno Linera, M. (2018): “Crónica de una condena anunciada: el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c Estaña sobre la quema de fotos del rey.” *Teoría y realidad constitucional*, n° 42, pp. 539-549.

Presno Linera, M. (2019): “Crónica de una condena anunciada: el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c Estaña sobre la quema de fotos del rey.” Blog personal del autor *El derecho y el revés*.

Rebollo Vargas, R. (2014): “Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España”. *Estudios Penales y Cirminológicos*, vol. XXXIV, pp. 81-126.

Recomendación n° R(97)20 del 30 de octubre de 1997 sobre "discurso de odio".

Rollnert Liern, G. (1998): “Ideología y libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-1990)” *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 99, pp. 227-256.

Rollnert Liern, G. (2017): “Las llamas del odio: la quema del símbolo y las incongruencias del Tribunal Constitucional”. *Constitución política y administración: reflexiones para el debate*, pp. 67-80.

Santana Vega, D.M. (2009): “El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas: ¿Protege algún bien jurídico-penal?” *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, nº 99, pp. 35-66.

Serra, R. (2016): “El TC deniega el amparo a los dos condenados por quemar una foto de los reyes en Gerona.” Ed: Tirant Lo Blanch.

Suetonio (2014): “Vida de los doce césares”. Ed. Epublibre.

Téllez Aguilera, A. (2019): “Los ultrajes a España: visión crítica de un delito.” *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 7, pp. 90.

Troncorso Reigada, A. (2018): “La bandera y la capitalidad.” *UNED, Revista de Derecho Político*, nº 103, pp. 29-76.

Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (2012): “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera.” *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIII, pp. 217-252.

von Bogdady, A. y Bast, J. (2009): *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*. Ed. Springer, pp. 13-71.

7.2. Jurisprudencia.

SAP de Guipúzcoa de 23 de enero de 2002 (ARP 2002, 581).

STC 20/2002, publicado en «BOE» núm. 52, de 1 de marzo de 2002, páginas 43 a 51

STC 235/2007, publicado en «BOE» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007, páginas 42 a 59 (18 págs.).

STC 190/2020, publicado en «BOE» núm. 22, de 26 de enero de 2021, páginas 7765 a 7799 (35 págs.).

STC 177/2015, publicado en «BOE» núm. 200, de 21 de agosto de 2015, páginas 76006 a 76033 (28 págs.).

STEDH de 13 de marzo de 2018: Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain, ECHR 097 (2018.).

STEDH de 15 de marzo de 2011: Otegi Mondragón contra España.

SETDH de 2 de febrero de 2010: Partido popular demócrata cristiano contra Moldavia.

SETDH de 21 de octubre de 2014: Murat Vural contra Turquía.

7.3. Fotografías.

Primera imagen: “La libertad guiando al pueblo”, disponible en: <https://historia-arte.com/obras/libertad-guiando-al-pueblo>

Segunda imagen: “L’Association Mensuelle”, disponible en: <https://www.pinturayartistas.com/pintar-la-libertad-en-busca-de-la-expresion-maxima/>

Tercera imagen: “Rosie la remachadora”, disponible en: <https://medium.com/espanol/12-cuadros-para-conocer-a-norman-rockwell-dc9831ddd93e>

Cuarta imagen: “Cartel de libertad de expresión”, disponible en: <http://revistauniversitario.com.mx/libertad-de-expresion/>

7.4. Videografía.

Bilbao Ubillos, J.M (2019): “Libertad de expresión, ¿dónde está el límite?” Mesa redonda celebrada el 20 de febrero de 2019, organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. Vídeo disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=RaDWzElVg6k&feature=youtu.be&t=5124>