

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ULTRAJE A LA BANDERA DE ESPAÑA. COMENTARIO A LA STC 190/2020, DE 15 DE DICIEMBRE

Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

Departamento de Derecho Constitucional

Facultad de Derecho

Universidad Complutense de Madrid

ialvarez1@ucm.es

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El presente texto es un estudio crítico al hilo de la reciente STC 190/2020, de 15 de diciembre, donde el Tribunal Constitucional deniega el amparo a un líder sindical que fue condenado penalmente por proferir sendas expresiones malsonantes contra la bandera de España en el marco de un conflicto laboral¹. En primer término, expondremos el caldo de cultivo que ha fraguado la gestación y aprobación de esta resolución. Después abordaremos cuál es su fundamentación jurídica, para luego extraer los aspectos más relevantes de los votos particulares. Realizados tales cometidos expondremos las primeras reacciones doctrinales e intentaremos, a su través, dar una opinión general sobre la resolución y sobre la demanda insatisfecha de protección de las libertades ideológicas y de expresión. Propondremos en último término una línea argumental que podría servir de soporte a la sentencia de la mayoría, antes de ofrecer la reflexión final a modo de conclusión.

II. EL PROBLEMA SE FRAGUA: LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Es probable que la sentencia aquí comentada no se entienda si no hacemos un somero repaso a la interpretación dada por el Tribunal Constitu-

¹ Art. 543: «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».

cional de la libertad de expresión en los últimos tiempos. Por eso vamos a dividir este epígrafe en un antes, un durante y un después.

1. Antes de la STC 177/2015, de 22 de julio

Es verdad que existe un malestar creciente con las últimas sentencias del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión². A juicio de la comunidad de expertos se ha producido un cambio de paradigma, de consecuencias imprevisibles, pero escasamente halagüeñas, por un motivo muy concreto: «La preocupante deriva del Tribunal Constitucional en el ámbito de condenas penales por ejercer el derecho a la libre expresión». Estas palabras, bien lo sabe el avezado lector, no son del autor de estas líneas, sino, precisamente (casualidades hay pocas), de la honda discrepancia manifestada por dos magistrados del Tribunal Constitucional³.

Pero esto no ha sido la tónica general, ni mucho menos, desde aquella señera STC 6/1981. Nuestro Tribunal Constitucional ha sido un órgano capital en la garantía y protección de los derechos fundamentales. En materia de libertad de expresión ha desgranado una jurisprudencia donde la amplitud del ejercicio del derecho fundamental quedaba a resguardo de arbitrariedades y trapacerías varias. Es de justicia reconocerlo y así se hace. Nuestro juez constitucional ha sido un escudo frente a posibles excesos y ademanes autoritarios, aquilatando una valiosa jurisprudencia basada en algunas ideas fuerza. Por un lado, el principio de *favor libertatis*, interpretando la libertad de expresión como un valor en sí mismo inescindible de una auténtica democracia. Por otro, dicha jurisprudencia ha tenido muy presente una interpretación no literal de los límites constitucionales establecidos en el art. 20.4 CE ante la siquiera remota posibilidad de anular en la práctica el derecho fundamental mentado. Además, la protección a la crítica política —aun desabrida, ofensiva o hiriente— implica que el derecho a la libre expresión pasa a ser no solo un derecho fundamental subjetivo, sino garantía objetiva del régimen democrático. Que es tanto como decir del núcleo inescindible de cualquier régimen

² Vid. la ingente cantidad de materiales normativos y jurisprudenciales que sistematiza el Grupo de Trabajo sobre Libertad de Expresión-LIBEX: <https://libex.es>, dirigido por los profesores Dopico Aller, Alcácer Guirao y Landa Gorostiza.

³ En concreto, del voto particular que suscriben conjuntamente el magistrado Xiol Ríos y la magistrada Balaguer Callejón a la STC 133/2021, de 24 de junio, donde recuerdan el voto particular que suscribieron a la resolución que aquí comentaremos.

que quiera ser democrático de veras. Dicho en otros términos, la libertad de expresión goza de posición preferente en caso de conflicto con otros bienes y derechos en litigio porque sin tal derecho esencial sería imposible crear y desarrollar una opinión pública libre, garantía y trasunto del pluralismo político y de la libertad ideológica⁴.

2. La STC 177/2015, de 22 de julio

Así estaban —más o menos— las cosas cuando llegó la STC 177/2015, una de las resoluciones más polémicas de los últimos tiempos. Es tan conocido el caso que nos limitaremos aquí a lo esencial: el Tribunal Constitucional entendió que la quema pública de imágenes de los reyes de España era una incitación a la violencia y constituía discurso del odio, por lo que tal conducta expresivo-simbólica quedaba fuera del ancho campo protector del derecho fundamental a la libertad de expresión y la condena penal impuesta por la jurisdicción ordinaria no atentaba contra este. Hubo varios votos particulares discrepantes de enjundia y, llegado el momento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó la STEDH de 13 de marzo de 2018 arguyendo que tal proceder estaba protegido por el art. 10 CEDH y que castigos penales como los de autos «no se atienen al espíritu del Convenio», en el sentido de que un jefe de Estado (*rectius*: cualquier jefe de Estado) no puede ser protegido mediante tipos penales que agraven el castigo, caso de tener que imponerse, por el mero hecho de ser jefes de Estado. No obstante, ya que estamos, nunca hemos acabado de saber qué cosa sea el discurso del odio, máxime si reparamos en que ninguna Constitución demoliberal ha incluido ese límite *expresa y literalmente* a la libertad de expresión (esta sí, protegida al máximo nivel como derecho fundamental, justamente en esas Constituciones demoliberales). Sintomático.

3. Después de la STC 177/2015, de 22 de julio

A partir de dicha sentencia se han dictado otras que también han generado ciertas turbulencias, aunque exigen un análisis detallado

⁴ Por todos, *vid.* L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 320 y ss.

que ahora no podemos hacer. Baste mencionar, en primer lugar, la STC 112/2016, donde el TC dijo que la condena penal por la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo no había vulnerado el derecho fundamental a la libertad de expresión del recurrente (quien, por lo demás, no parece un dechado de virtudes democráticas). El interfecto interesó demanda de amparo internacional y la STEDH dictada el 22 de junio de 2021 en el caso *Erkizia Almandoz c. España* se lo concedió. En segundo término, la militante que se despachó por escrito con soltura crítica sobre el partido político al que pertenecía sufrió una sanción disciplinaria que no mereció el amparo de la STC 226/2016⁵. En tercer lugar, el conocido caso *Strawberry*, otro caso de condena por unos tuits ofensivos e hirientes contra las víctimas del terrorismo pagados con la condena a un año de cárcel. En esta ocasión, el demandante fue amparado por la STC 35/2020⁶. En cuarto lugar, el Tribunal Constitucional volvió a desestimar dos recurso de amparo donde se alegaba la vulneración del derecho a la libre expresión, en ambos casos con condenas penales de por medio. En el primer supuesto, por un delito de ultraje a España, y en el segundo, por un delito de ofensa a los sentimientos religiosos, resueltos mediante las SSTC 190/2020 y 192/2020, respectivamente. Dejaremos anotado que resoluciones como las SSTC 93/2021 o 133/2021 siguen creando un magma jurisprudencial que parece no dejar satisfecho a casi nadie.

La doctrina se manifiesta inquieta. Saiz Arnáiz cree que el Tribunal Constitucional tiene una actitud complaciente con las decisiones de los tribunales penales, órganos «poco atentos a las exigencias del art. 20.1 CE interpretado en sintonía con los estándares internacionales». Con todo, lo más grave, según su criterio, es que se está haciendo un uso sesgado de los precedentes convencionales (*cherry-picking*), cuando no eludiendo directamente sus directrices. Aparentan adecuación escondiendo un claro rechazo, nos dirá, para preguntarse si no estará el Tribunal preso de algún tipo

⁵ Vid. M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Partidos políticos. El estatuto constitucional de los partidos y su desarrollo legal*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 109 y ss.

⁶ El delito de enaltecimiento del terrorismo es, a juicio de la doctrina, inconstitucional, por atentar contra los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 16 y 20 CE. Por todos, *vid.* A. VALERO HEREDIA, «La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso *Strawberry*, un paso más, aunque no el definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 122 (2021), pp. 367-388, y P. TAPIA BALLESTEROS, «¿Discurso de odio? y libertad de expresión. STC 35/2020, de 25 de febrero, caso *César Strawberry*», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 1 (2020), pp. 469-483.

de sesgo ideológico (*in-group bias*) interno que inclina la causa del lado ideológico dominante⁷.

Antes de la sentencia aquí comentada, la doctrina constitucionalista se interrogaba en voz alta sobre la restricción de la libertad de expresión en aras de proteger los símbolos nacionales⁸. Vázquez Alonso considera que se ha abierto paso una suerte de *prueba de la inquina* bajo la excusa de perseguir el discurso del odio. Al ser un terreno tan resbaladizo, la confusión teórica y cierta imprevisibilidad judicial son la regla. Anota el autor el viraje restrictivo en nuestra idea constitucional de la libertad de expresión donde los jueces están teniendo «actos reflejos de caución judicial» dentro de un ecosistema extremadamente polarizado en torno a los límites de la libertad de expresión⁹. Solozábal Echavarría, aun criticando la sentencia convencional recaída en el caso *Stern Taulats*, tiene claro que, en casos de quema de bandera u análogos, la protección penal debe ceder ante la capacidad expansiva de la libertad de expresión¹⁰. Otro tanto dijo Muñoz Machado al hilo precisamente de aquella, llamando la atención sobre algunas peculiaridades de la protección de la integridad nacional, límite expre-

⁷ Vid. A. SÁIZ ARNÁIZ, «La libertad de expresión en el Tribunal Constitucional: de espaldas y a escondidas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Blog de la Asociación de Constitucionalistas de España*, octubre de 2021, disponible en <https://www.acoes.es/la-libertad-de-expresion-en-el-tribunal-constitucional-de-espaldas-y-a-escondidas-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos/> (consultado el 13 de diciembre de 2021). He encontrado la referencia a este sesgo ideológico en J. H. ELY, citado por J. WEINSTEIN, «Extreme speech, public order, and democracy», en I. HARE y J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010, pp. 60 y ss. El criterio de Ely vendría a ser este: cuando el juez pondera se ve inevitablemente influido tanto por sus ideas como por el *zeitgeist*.

⁸ Vid. E. BELDA PEDRERO, «Elementos simbólicos de la Constitución española. La protección al uso de los símbolos por las personas y las instituciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 117 (2019), pp. 45-75. La apuesta del autor es clara: ponderar hechos y aplicar la proporcionalidad en la respuesta, máxime si se cae en la cuenta de lo difícil que es saber cuándo se ultraja un símbolo, sobre todo porque el símbolo no puede atestiguarlo (pp. 64 y ss.). Una defensa de la sanción de conductas como la quema de banderas puede verse en A. TRONCOSO REIGADA, «La bandera y la capitalidad», *Revista de Derecho Político*, núm. 103 (2018), pp. 29-76.

⁹ Vid. V. VÁZQUEZ ALONSO, «Hasél II o la persecución penal de la inquina (a propósito de un texto de Jacobo Dopico)», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 21 (2021), pp. 392-398. La expresión entrecomillada está en la p. 395.

¹⁰ Desde el Derecho penal también ha habido alguna crítica a dicha sentencia. Por todos, vid. F. VALIENTE MARTÍNEZ, *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 266 y ss., quien entiende que no hubiera estado de más que el TEDH hubiera aplicado en la suya el margen de apreciación nacional porque, al fin y al cabo, se trataba de un asunto interno de España y la sentencia convencional, lejos de resolver el problema, contribuyó a agravarlo.

samente previsto en el art. 10.2 CEDH¹¹. En fin, Villaverde Menéndez expone que no existe un *derecho a no ser ofendido*, mientras que odiar es libertad de expresión (aunque fabricar odiosos puede que no) y, por su parte, Rodríguez Vergara propone eliminar el delito de ultraje a España y dejar sin sanción alguna la quema de símbolos políticos¹².

Lo anterior es una muestra, probablemente insuficiente pero ciertamente elocuente, de que la libertad de expresión está siendo un derecho fundamental sometido a ciertas resistencias que conducen al desasosiego, desasosiego que se ha traducido finalmente en la sentencia que pasamos a comentar.

III. EL PROBLEMA SE MANIFIESTA: LA STC 190/2020, DE 15 DE DICIEMBRE

Expondremos en primer término los hechos acaecidos y seguidamente las sentencias penales condenatorias, para después hacer lo propio con el recurso de amparo (con especial atención a la postura del Ministerio Fiscal). Hecho eso, dedicaremos unas líneas a los fundamentos jurídicos y a los votos particulares.

1. Hechos

El 30 de octubre de 2014, a las 8.00 horas, don Pablo Frago Dacosta, líder sindical, se unió a una concentración de protesta laboral en la puerta del dique del Arsenal Militar de Ferrol, mientras se celebraba la solemne cere-

¹¹ S. MUÑOZ MACHADO, «Arden los símbolos de la patria», *El Mundo*, 20 de marzo de 2018, donde recordaba, a mayores, que el Tribunal Constitucional nada objetó a la tipificación de la quema de la bandera en el Código Penal en sus SSTC 15/1993 y 63/1993. He consultado el artículo en AAVV, «Sobre el discurso del odio», *Cuadernos del Círculo Cívico de Opinión*, núm. 22 (2018), pp. 7 y ss. Son especialmente sugerentes las aportaciones de Cortina y de Revenga, puesto que esbozan una construcción y delimitación de qué es (y qué no puede ser) el discurso del odio. *Vid.* A. CORTINA, «Desactivar el discurso del odio y potenciar la libertad de expresión: un juego de suma positiva», pp. 13 y ss., y M. REVENGA SÁNCHEZ, «El discurso del odio: entra la trivialización y la hiperpenalización», pp. 25 y ss. Este último abona una tesis que despunta en los trabajos a los que aludíamos antes, repletos de preocupación: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la libertad de expresión ha sufrido un severo cambio de orientación, a peor por menos garantista, a partir de la STC 177/2015, pp. 35 y ss.

¹² Las opiniones se manifestaron en el marco de la «Encuesta sobre Libertad de Expresión» realizada por la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44 (2019), pp. 30, 46 y 49, respectivamente.

monia de izado de bandera nacional, con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada. Quien haya podido prestar servicios en un acuartelamiento sabe de la importancia del acto. Quien haya asistido siquiera una vez a un acto así también es consciente de ello.

La concentración tenía por objeto reivindicar una serie de mejoras laborales, en concreto el pago atrasado de la prestación de servicios laborales. Era costumbre casi diaria de los trabajadores acudir al lugar y aprovechar el momento simbólico para hacer sus reivindicaciones. En el acto se solían emplear diferentes utensilios e instrumentos para atraer la atención del público y de los responsables de la base militar, pues con esta tenía contratados los servicios de limpieza la empresa a la que pertenecían los manifestantes. En ese contexto, valiéndose de un megáfono, el señor Frago Dacosta firma su sentencia condenatoria sin saberlo: profiere un grito donde exclama «aquí tenéis el silencio de la puta bandera» (*sic*, en gallego) y, acto seguido, «hay que prenderle fuego a la puta bandera» (*sic*, en gallego). Tales expresiones serán objeto de querrela por la comisión de un presunto delito de ultrajes a la bandera tipificado en el art. 543 CP.

2. Las condenas penales

El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol, en Sentencia dictada el 22 de marzo de 2017, condenó al señor Frago Dacosta como autor de un delito de ultrajes a España, imponiéndole la pena de siete meses de multa con una cuota diaria de seis euros. La responsabilidad personal subsidiaria era la prevista en el art. 53 CP: «Un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente». La resolución gravita en torno a la idea de que el condenado trató de menospreciar o ultrajar a la bandera. De hecho, la autoridad militar le había sugerido en una reunión celebrada el día anterior que guardase silencio en señal de respeto al ceremonial, siendo la respuesta de autos la ya conocida. Es más, dirá la sentencia, los trabajadores gritaron otras consignas ese y otros días («la bandera no paga las facturas») y tal cosa no derivó en persecución judicial alguna.

El condenado interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de A Coruña, órgano que dicta Sentencia el 8 de febrero de 2018 y en la que confirma la condena impuesta. La sentencia de apelación reitera que la Constitución no contempla ningún pretendido derecho al insulto y que las expresiones ofensivas demostraban *animus iniuriandi* y habían

sido propaladas con publicidad. La sentencia dice que el personal militar sufrió un «intenso sentimiento de humillación» como consecuencia de las dos expresiones. Desestimada la apelación, el 31 de julio de 2018, el condenado consigna los 1.260 euros de multa y, en consecuencia, se declara extinguida su responsabilidad penal.

3. El recurso de amparo, con especial mención a la postura del Ministerio Fiscal

El señor Fragoso Dacosta interesa demanda de amparo por entender que dicha condena vulneraba sus derechos fundamentales, en concreto la libertad ideológica y la libertad de expresión. Entiende el recurrente que la condena hace caso omiso de la jurisprudencia del TEDH *ex art.* 10.2 CEDH, máxime teniendo en cuenta que no solo la vía penal se le antoja excesiva, sino que, para mayor desdoro, las expresiones son «inocuas», no condujeron a ninguna alteración del orden público y carecen de relevancia. El Tribunal Constitucional admite a trámite el recurso entendiendo que se cumple el requisito de la especial trascendencia constitucional «porque plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal» (antecedente 4). Tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal interesan la concesión del amparo.

En lo que hace al criterio de este, trae a colación tanto la jurisprudencia del TEDH como la del Tribunal Constitucional, haciendo hincapié en el necesario control de constitucionalidad que debe hacerse cuando una condena penal no ha ponderado correctamente la necesidad y proporcionalidad de su imposición en atención a los derechos fundamentales. En concreto, entiende que tanto el contexto como la forma, el lugar, el alcance, la finalidad y el hecho de que sea un líder sindical, demuestran que no se observó dicha proporcionalidad, toda vez que, con base en la jurisprudencia constitucional y convencional, la crítica está amparada por la libertad de expresión, que casi es «prácticamente inmune» a la luz de la STC 89/2018, de 6 de septiembre. El Ministerio Fiscal dirá que al enjuiciarse un ilícito penal no basta con constatar que la conducta enjuiciada sobrepasa las fronteras de la libertad de expresión, sino que debe garantizarse que la reacción no sea de tal proporción que desaliente su ejercicio.

El Pleno del Tribunal Constitucional asume el enjuiciamiento del recurso de amparo el 15 de julio de 2019. El 19 de noviembre de 2020 el magistrado

Ollero Tassara, ponente original, es sustituido en la ponencia por el magistrado Narváez Rodríguez. La deliberación y votación se fija para el 15 de diciembre de 2020 y el resultado es conocido: por seis votos contra cinco se deniega la concesión del amparo.

4. La fundamentación jurídica de la mayoría

El Tribunal Constitucional, una vez fija el objeto del recurso y el *petitum* de las partes (FJ 1.º), desgrena los razonamientos que le llevan a aseverar que no se ha lesionado ningún derecho fundamental (FFJJ 2.º y ss).

Entiende que el problema constitucional no tiene tanto que ver con la norma legal en abstracto, el delito de ultrajes a España, norma que existe en el Derecho comparado y que en nuestro ordenamiento es de naturaleza pública y perseguible de oficio, cuyo fin es poner a resguardo «el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a la función de representación que los símbolos y emblemas identificadores de España y sus Comunidades Autónomas desempeñan» (FJ 2.º), con apoyo explícito en la capital importancia que tienen los símbolos y la «función significativa» que desempeñan, con expresa apoyatura en la STC 94/1985, de 29 de julio¹³.

El Tribunal Constitucional recuerda la doctrina dictada sobre la libertad ideológica y la libertad de expresión, partiendo de la base del estrecho vínculo que media entre ambas, haciendo valer un principio interpretativo capital: a la libertad ideológica le corresponde el correlativo derecho a expresarla (FJ 3.º). Sin la libertad ideológica, continua el Tribunal, no serían posibles los valores superiores del ordenamiento —especialmente el pluralismo político, podemos añadir— que consagran un Estado social y

¹³ Dos trabajos doctrinales son señeros. El de M. GARCÍA PELAYO, «Ensayo de una teoría de los símbolos políticos», en *Obras Completas*, Madrid, CEPC, 1991, pp. 987 y ss., y el de P. LUCAS VERDÚ, «Art. 4», en Ó. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. I, Madrid, Cortes Generales-EDERSA, 1996, pp. 287 y ss. Ambas tesis convergen en la tesis principal: el símbolo cumple una función integradora de la comunidad política. El primero lo dirá así: «Una bandera no es una tela de colores, sino un conjunto de significaciones que se revelan a través de una combinación de tela, de colores y de formas concretos, pero cuya materialidad queda absorbida por su función significativa» (p. 990). El segundo lo dirá que «la bandera nacional junto con otras señales representativas [...] contribuyen a identificar el sentimiento constitucional» (cursiva en el original, p. 289). Se pueden ver también otras aportaciones teóricas doctrinales compiladas en F. GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, *Los símbolos políticos, el ceremonial y las distinciones oficiales del Reino de España*, Madrid, Dykinson, 2019.

democrático de Derecho. El único límite constitucionalmente aceptable es el mantenimiento del orden público *ex art. 16 CE*.

Haciendo el repaso pertinente a la jurisprudencia constitucional dictada hasta la fecha sobre libertad de expresión, el Tribunal recuerda su dimensión institucional, lo que implica establecer las condiciones para que pueda expandirse sin trabas («como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor»). Hace hincapié en que comprende el derecho a la crítica «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», con expresa apoyatura en la jurisprudencia del TEDH. Pero no en cualquier jurisprudencia, sino en sentencias donde se condena al Reino de España por vulnerar la libertad de expresión (casos *Castells* y *Fuentes Bobo*)¹⁴.

Recordando la STC 235/2007, de 7 de noviembre, el Tribunal Constitucional entiende que la libre expresión aquilata su valor cuando se trata de ideas «que contrarían, chocan, inquietan al Estado o a una parte de la población», apoyándose de nuevo en la jurisprudencia convencional. Nos dirá el TC que el art. 20 CE no protege un «pretendido derecho al insulto» y que las expresiones ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias quedan sin cobertura constitucional¹⁵. Resume a la perfección cuáles son los límites constitucionales a tal libertad: el insulto, la incitación a la violencia («discurso del odio») y la alteración del orden público protegido por la ley. El Tribunal es meridiano al rematar el razonamiento: si se ejerce el derecho a la libertad de expresión en relación con el derecho a la libertad ideológica, como regla general debe permitirse exponer el discurso «en los términos que impone una democracia avanzada». Con otras palabras, siempre las del TC: «El juez penal ha de tener siem-

¹⁴ Se ha seguido la pista de estas condenas en varios trabajos. Vid. I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 95 y ss.; íd., «De la libertad de expresión en España. Una reflexión al hilo de la jurisprudencia del TEDH», *Anales de Derecho*, núm. extra 1 (2020), ejemplar dedicado a «Número especial AdD: el TEDH en su sexagésimo aniversario», pp. 1-40, e íd., «De la libertad de expresión en España. Notas para el debate desde la jurisprudencia convencional», *Derecom*, núm. 31 (2021), pp. 123-151.

¹⁵ Este parece ser de los pocos límites donde jueces y expertos se muestran de acuerdo en que debe ser una línea roja del debate, sin perjuicio de que alguno que engrosa la nómina de los segundos nos ha dicho que tal cosa no puede tomarse como un «cheque en blanco» para el juez constitucional. Vid. J. URÍAS MARTÍNEZ, «Insultos en el Tribunal Constitucional (sobre un requisito para el ejercicio de las libertades de expresión e información)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 121 (2021), pp. 271-301.

pre presente su contenido constitucional» para «no correr el riesgo de hacer del Derecho un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático» (FJ 3.º).

En el siguiente fundamento explica el alcance del control constitucional, limitado a los hechos declarados probados en sede jurisdiccional ordinaria y orientado a determinar si en tales juicios se respetaron o no los derechos fundamentales alegados. Dicho en otros términos, el TC primero delimita la conducta reprochada penalmente y, si esta cae fuera del ámbito que protege la Constitución (por su contenido, finalidad o medios puestos al servicio del discurso *sospechoso*), no ampara. Pero si la conducta cae dentro de dicha esfera y respeta los límites del precepto, la conducta no puede ser objeto de reproche penal. La cita de las sentencias constitucionales donde tales criterios interpretativos se exponen es realmente abundante y convincente, para acabar resumiéndolos así: «El control de constitucionalidad [...] debe quedar limitado [...] a verificar si las sentencias impugnadas, al imponer la condena penal, han valorado como cuestión previa si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión [...] y si, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso» (FJ 4.º).

Explicados someramente tales motivos, el avezado lector habrá notado que el recurso de amparo tenía aroma de ser admitido y la tutela constitucional satisfecha. Pero en un giro de los acontecimientos narrados en el siguiente parecer jurídico, siendo como es el más largo de toda la sentencia (algo explicable atendiendo al voto particular del magistrado Ollero), el Tribunal Constitucional deniega el amparo al líder sindical cuando aplica al caso concreto su propia jurisprudencia. ¿Cómo llega a tal convicción?

El TC entiende que debe realizar un juicio de ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y la protección general que entraña la defensa de los símbolos nacionales. El TC entiende que existen suficientes elementos probados en las sentencias penales que decantan indiciariamente la balanza en contra del otorgamiento del amparo: el solemne momento en el que las expresiones fueron proferidas; la utilización del término «puta» referido a la bandera nacional y conminar a la masa a prenderle fuego; lo innecesario de las dos expresiones, unido a la falta de relación entre esas expresiones y la reivindicación laboral; así como el intenso sentimiento de humillación de los militares presentes (FJ 5.º).

El Tribunal Constitucional cree que el art. 20 CE no ampara expresiones ofensivas sin relación con las ideas u opiniones manifestadas y que resulten innecesarias para la exposición de estas. Tales expresiones «encie-

rran un mensaje de menosprecio hacia la bandera, que cumple una función integradora de la comunidad, que puede ser la nacional, como sucede en el caso de autos, o la de cualquier Comunidad Autónoma, en cuanto símbolo político que refuerza el sentido de pertenencia a ella» (FJ 5.º). Continúa el TC: «Aquellas expresiones eran de todo punto innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas». Añade el Tribunal Constitucional dos elementos adicionales: el contexto y la reacción de algunos de los correligionarios del demandante, quienes al escuchar tales epítetos los contesta con un «no, eso no».

Con las cartas encima de la mesa, el Tribunal Constitucional aplica esos criterios [FJ 5.º, d)]. Dirá que «las expresiones realizadas configuran el conjunto de un mensaje que conlleva una carga no solo de rechazo a la simbología política que representa la enseña nacional y, por tanto, menospreciativa de los sentimientos de unidad y de afinidad que muchos ciudadanos puedan sentir por aquella, sino también lo que revela es el mensaje de beligerancia que mostró el recurrente hacia los principios y valores que aquella representa». A juicio del TC esto implica «la difusión a los demás de un sentimiento de intolerancia y de exclusión que se proyecta con su afirmación a todos aquellos ciudadanos que sientan la bandera como uno de sus símbolos de identidad nacional y propios».

La resolución cita la jurisprudencia constitucional y convencional para reconocer un margen amplio en el ejercicio de la libertad de expresión, permitiendo las actitudes provocadoras, las críticas, las expresiones hirientes o, en fin, malsonantes. Lo cual se le antoja insuficiente, porque las palabras de autos son «objetivamente ofensivas hacia un símbolo, la enseña nacional, en un marco reivindicativo completamente ajeno a los valores que la bandera representa». Cita luego un caso que vendría a dar la razón al recurrente (en el caso *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo c. Moldavia*, STEDH de 2 de febrero de 2010, Estrasburgo dijo que quemar una bandera nacional es libertad de expresión), pero nuestro TC matiza que el contexto es radicalmente diferente: «Se trataba de una concentración pacífica por motivos laborales que tenía lugar frente a unas instalaciones militares y en la que, en un momento determinado, una de las personas participantes actuó individualmente y profirió dos frases contra la bandera de España que eran innecesarias para los fines reivindicativos laborales que defendían los concentrados y que ninguna relación guardaba con aquellas reclamaciones».

Aunque el TC reconoce que castigar con el Derecho penal ciertas expresiones podría tener un efecto disuasorio, las de autos eran manifestaciones de menosprecio innecesarias al margen del contexto y del objeti-

vo legítimo de formular reivindicaciones laborales, «provocando, incluso, sentimientos de rechazo por parte de algunas de las personas que secundaban la protesta» (FJ 5.º). En ese sentido, considera que estamos ante un tipo penal de los considerados menos graves, sancionado únicamente con pena de multa y sin pena principal o accesoria adicional. El Tribunal Constitucional entiende que la multa fue la mínima legalmente prevista y satisfecha en su totalidad por el recurrente (1.260 euros), mostrándose «adecuada a su capacidad económica». Por ello entiende que estamos ante una condena penal no solo constitucionalmente aceptable, sino proporcionada a la gravedad de la conducta apreciada.

Por las razones antedichas se deniega el amparo solicitado. El señor Frago Dacosta ha presentado recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien en julio de 2021 comunicó el caso al Gobierno español. Mucho nos tememos que, si este no se allana, el Reino de España volverá a ser condenado en Estrasburgo¹⁶.

5. El razonamiento discrepante de la minoría

Cinco magistrados suscriben cuatro votos particulares cuyo razonamiento discurre en torno a una lectura del caso adecuada a los cánones que marca el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La magistrada Roca Trías recuerda el voto que emitió al hilo de la STC 177/2015, de 22 de julio, y no ve motivo para separarse de aquel: el reconocimiento de la libertad ideológica y la protección constitucional de su manifestación, independientemente de que la sanción penal sea mediante multa y no con cárcel, por la capacidad de desalentar el ejercicio de tales derechos.

La jueza se pregunta en voz alta cómo es posible que este caso sea visto como una extralimitación del derecho a la libertad de expresión. Después de repasar las principales sentencias convencionales en la materia, la magistrada Roca entiende que tanto las frases proferidas como el contexto donde se llevaron a cabo, máxime cuando no se produjo incitación a la violencia ni alteración del orden público, debieron conducir al otorgamiento del amparo, a la luz, entre otras, de la STC 89/2018, de 6 de septiembre.

¹⁶ Vid. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22,%22respondent%22:\[%22ESP%22\],%22article%22:\[%2210%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22COMMUNICATEDCASES%22\],%22itemid%22:\[%22001-211556%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22,%22respondent%22:[%22ESP%22],%22article%22:[%2210%22],%22documentcollectionid%22:[%22COMMUNICATEDCASES%22],%22itemid%22:[%22001-211556%22]})

La magistrada no tiene dudas de que estamos ante «expresiones innecesarias, ofensivas e irrespetuosas», pero, a su juicio, «reflejaban el descontento por la pasividad del personal allí presente ante la situación laboral existente y debieron entenderse como una provocación en la transmisión de un mensaje reivindicativo, acorde con la orientación ideológica nacionalista del sindicato al que pertenece el recurrente, y no, como considera la sentencia, un “mensaje de beligerancia”». En fin, «se trataba de presionar a la Administración de Defensa delante de sus instalaciones, con la finalidad de que interviniera en la resolución del conflicto laboral existente».

El voto particular del magistrado Ollero es también claro y rotundo. Reconociendo como propia parte de la sentencia de la mayoría, el juez entendía que el recurrente estaba amparado por sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, interpretados a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del TEDH. Entiende que se produjo lo que llama *eclipse de fiscal*, toda vez que la sentencia de la mayoría omite las razones que dio este interesando el amparo.

El magistrado Ollero recuerda que la libertad de expresión también comprende expresiones que contrarían, chocan o inquietan a poderes públicos y/o particulares, independientemente de los sentimientos que le provocasen a él en tanto persona («los calificativos utilizados por el recurrente me molestaron personalmente»). Entiende Ollero que tales epítetos se destinaban a molestar a la autoridad militar y que usar el derecho penal para castigarlos no hace sino de factor de disuasión en una materia que, a la luz de los hechos acaecidos, no condujo a violencia u odio algunos. Es más, la bandera estuvo «adecuadamente custodiada por el personal militar e izada a metros de altura absolutamente fuera del alcance de los manifestantes».

El voto particular suscrito conjuntamente por los magistrados Xiol Ríos y Balaguer Callejón entiende que «el sentimiento de adhesión a ese símbolo merece mayor consideración que la garantía de un derecho fundamental, el de la libertad de expresión, cuyo ejercicio en este caso también juega con el contenido de lo simbólico para dotarse de mayor carga emocional». Parten de la base de que la bandera genera sentimientos de adhesión y de todo lo contrario, lo que implica que su significado se basa en percepciones subjetivas.

La argumentación del voto defiende que las eventuales medidas punitivas contra el ataque a símbolos deberían ser objeto del Derecho administrativo sancionador, no del Derecho penal, a la luz del principio de *ultima ratio* democrático. E insisten en la idea central de aquella: «La pro-

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

Los magistrados consideran que el art. 543 CP es sumamente controvertido y muy difícil de aplicar, por indeterminado. Creen que con la sentencia de la mayoría se introduce una obligación de adhesión positiva al símbolo nacional, cosa que en el marco de una democracia no militante como la nuestra no cabe exigir, constitucionalmente hablando. Entienden, finalmente, que la crítica frontal dura, sin violencia, a cualesquiera elementos simbólicos está amparada por el derecho a la libertad ideológica y a la libertad de expresión, con expresa apoyatura en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano en interpretación de la primera enmienda constitucional, ampliamente protectora de todo tipo de discursos simbólicos donde la bandera nacional del país estaba implicada, así como en la jurisprudencia convencional. Lamentan que las conclusiones de la mayoría sean «abiertamente contrarias» al razonamiento subyacente en estas últimas.

Por su parte, el magistrado Conde-Pumpido pone especial énfasis en la desatención al contexto. Dirá el magistrado que «tal manifiesta desatención permite, en el razonamiento, desligarla de la protesta laboral en cuyo marco se produjo, lo que acaba presentándola como un remedo de diálogo entre un hombre y una bandera, que carece de todo sentido». Se decanta por el amparo porque «no hay dato alguno que permita considerar que su intención fuera incitar a la comisión de actos de violencia, sino que sus desabridas palabras [...] de no ser interpretadas aisladamente y fuera del contexto en el que fueron pronunciadas, han de ser vistas como la expresión simbólica de una insatisfacción y descontento por el escaso apoyo que consideraba estaban recibiendo de los responsables del recinto militar, quienes, además, en su condición de representante sindical, le reclamaban cesar o disminuir en sus protestas públicas mientras la bandera nacional era izada cada mañana».

Para Conde-Pumpido, el acto expresivo de desafecto y menosprecio entra dentro de la crítica política legítima. Lo contrario nos aleja de los estándares de protección europeos y de la posición preferente de la libertad de expresión cuando se expresan ideas hirientes u ofensivas, al conectarse con el ejercicio de otros derechos fundamentales. El precepto penal

solo podría proteger, dirá el magistrado, «el peligro real de alteración de la paz pública», cosa que no sucedió. De ahí que diga que «nunca deberíamos olvidar que la bandera constitucional [...] también protege a los que no la aprecian».

IV. REACCIONES DOCTRINALES

Extractaremos a continuación las primeras impresiones que la resolución ha merecido a la doctrina española, comunidad que se debate entre el estupor y la preocupación.

1. Desde el Derecho constitucional

El profesor Presno Linera se muestra favorable a conceder el amparo al recurrente en base a la jurisprudencia convencional emanada sobre el art. 10.2 CEDH, situándose en contra del parecer mayoritario y compartiendo los votos minoritarios¹⁷. A esta tesis podríamos añadir que los recientes pronunciamientos convencionales parecen darle la razón, especialmente la STEDH recaída en el caso *Tókés c. Rumanía*, de 27 de abril de 2021, donde el juez convencional decreta la vulneración procesal del art. 10 CEDH porque las resoluciones judiciales internas no justificaron lo suficiente la sanción impuesta al europarlamentario que hizo ondear una bandera no oficial¹⁸.

Esto no debe sorprendernos porque el TEDH ya dijo, en el caso *Fáber c. Hungría*, STEDH de 12 de junio de 2012, que mostrar una bandera (de pésimo gusto, añadimos) en el marco de una contramanifestación que discurría en paralelo a la manifestación antirracista convocada es un acto expresivo protegido por el art. 10 CEDH. Además, si ese acto es un dis-

¹⁷ Vid. M. Á. PRESNO LINERA, «Hay que prenderle fuego a la puta bandera: breve comentario a la STC 190/2020», *PostC: La, PosRevista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la era PosCovid19*, núm. 2 (2021), disponible en <https://postc.umb.es/minipapers/historias-de-nuestra-historia-penal-2-de-mindoro-a-annobon-los-suenos-rotos-del-colonialismo-penitenciario-espanol-1/>.

¹⁸ Vid. X. FARRÉ FABREGAT, «*Tókés v. Romania*: The struggle to identify the form and content that objectify a flag within the right to freedom of expression», *Strasbourg Observers*, 9 de agosto de 2021, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2021/08/09/5481-tokes-v-romania-the-struggle-to-identify-the-form-and-content-that-objectify-a-flag-within-the-right-to-freedom-of-expression/>.

curso político, debe ser restringido, si es que debe serlo, guardando un escrupuloso cuidado («*utmost care*»), dado que los símbolos tienen «múltiples significados». Por eso el TEDH analiza el contexto atendiendo a las circunstancias del caso (§§ 51 y ss.) y llega a conclusiones sumamente interesantes. El demandante fue detenido por la policía y multado con doscientos euros por negarse a guardar la bandera. El TEDH dirá que estaba manifestando su disconformidad política, hecho que no se tradujo en la necesidad de intervención policial para restaurar el orden. De ello deduce que la sanción atenta contra el derecho fundamental del art. 10 CEDH porque esa sanción no es necesaria en una sociedad democrática. El juez convencional no excluye que otras banderas o símbolos puedan ser objeto de reprimenda jurídica, siempre que glorifiquen el Holocausto, exterminios étnicos, limpiezas raciales y demás atrocidades (§ 58)¹⁹.

El profesor Bilbao Ubillos defiende un parecer similar. Estudia la aplicación del art. 543 CP por parte de la jurisdicción penal ordinaria y considera problemático el hecho de que se equipare, sin solución de continuidad, el ultraje con la injuria, considerando que el ánimo de injuriar se deduce de conductas tales como arrastrar, arrojar al suelo, pisotear, rasgar, escupir o quemar una bandera, por sí mismas objetivamente insultantes o denigrantes, siempre según dicha jurisdicción ordinaria. No acaba de convencerle esta aproximación al profesor Bilbao desde la perspectiva de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y convencionalmente garantizados. Entiende que, al ser un tipo penal *sospechoso*, su interpretación debe ser restrictiva²⁰.

La profesora Valero Heredia ha manifestado que esta resolución supone la autodestrucción del Tribunal Constitucional, máxime teniendo en cuenta que la mayoría ignora olímpicamente un asunto tan importante como el caso *Texas c. Johnson*, decidido por el Tribunal Supremo norteamericano en 1989, amparando la quema de la bandera de Estados Unidos en la primera enmienda. Nosotros podríamos recordar aquí el aforismo que reza *quien puede lo más puede lo menos*. Si se puede quemar una bandera en un país que ha hecho de la bandera una señal de identi-

¹⁹ Vid. el análisis que realiza D. MARTÍN HERRERA, *El problema del hate speech en Europa y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2021. En sentido muy similar, vid. F. GONZÁLEZ BOTIJA, *Orden público y libertad (Vestimenta, comunicación comercial y audiovisual, ocio y banderas)*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 321 y ss.

²⁰ Vid. J. M. BILBAO UBILLO, «El delito de ultraje a los símbolos nacionales (a propósito de la STC 190-2020)», *Blog de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2021, disponible en <https://www.acoes.es/el-delito-de-ultraje-a-los-simbolos-nacionales-a-proposito-de-la-stc-190-2020/>.

dad cuasi indiscutible, ¿no se puede decir lo que el sindicalista dijo, en un contexto pacífico, sin alteración del orden público y sin incitar a violencia alguna?²¹

Una tesis parecida defiende el profesor Urías, quien añade que los sentimientos no deben tener valor jurídico en este ámbito. Pone el ejemplo de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que ha entendido como libertad de expresión una *performance* donde el *performer* orinaba sobre la bandera federal alemana²². No obstante, Alemania castiga el delito de ultraje a la bandera con entre tres y cinco años de cárcel. Francia impone seis meses de cárcel o multa de 7.500 euros. E Italia establece hasta dos años de prisión y 5.000 euros de multa como máximo²³.

En fin, Xavier Arbós, más comedido en fondo y forma, entiende que los símbolos merecen respeto, pero intentar asegurarlo vía Código Penal es un error²⁴.

2. Desde el Derecho penal

El profesor Alzina Lozano entiende que la resolución modifica los criterios aplicables al delito de ultraje y marca distancias entre la filosofía jurisprudencial del TEDH (proclive a despenalizar) y la del propio TC (el cual entiende que, a veces, penalizar no es inconstitucional). Aunque reconoce lo difícil que resulta deslindar entre ofensa y ultraje, es fundamental hacerlo con tino porque es lo que determina la tipicidad de la acción. Para

²¹ A. VALERO HEREDIA, «A puta bandeira o la autodestrucción de un Tribunal», *Alrevesyalderecho*, 17 de enero de 2021, disponible en <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5957>.

²² J. URÍAS MARTÍNEZ, «Protegiendo el honor de la puta bandera», *Ctxt*, 19 de enero de 2021, disponible en <https://ctxt.es/es/20210101/Firmas/34762/Joaquin-Urias-bandera-sentencia-Tribunal-Constitucional-libertad-expresion.htm>. Un día después el autor ofreció su reflexión en inglés, aunque el título perdiera la palabra. Vid. «The Honor of the Spanish Flag», 20 de enero de 2021, *Verfassungsblog on matters constitutional*, disponible en <https://verfassungsblog.de/the-honor-of-the-spanish-flag/>.

²³ Extraigo la información del trabajo de E. ARNILLAS FERNÁNDEZ, «Libertad de expresión y protección penal de los símbolos nacionales», Valladolid, Universidad de Valladolid, 13 de julio de 2021, dirigido por el profesor Juan María Bilbao Ubillos, disponible en <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/50750>.

²⁴ X. ARBÓS MARTÍN, «Ultraje a la bandera y libertad de expresión», *El Periódico*, 16 de diciembre de 2020. Unos años antes, el profesor Carrillo llegó a la conclusión de que el único límite en esta materia es la práctica de la violencia. El resto está protegido por el *agere licere* de la libertad ideológica (STC 120/1990). Vid. M. CARRILLO, «Banderas y libertad de expresión», *El Periódico*, 2 de septiembre de 2013.

el autor, el ultraje sería la injuria o el desprecio especialmente grave y doloso, ese «ánimo de menosprecio», tal y como reconoce tanto la jurisprudencia ordinaria como la del propio Tribunal Supremo²⁵.

3. Desde el Derecho laboral

Hemos estudiado los trabajos de Cuadros Garrido, Más García, Molina Navarrete y Rojo Torrecilla, cuyo nexo es la crítica de la resolución²⁶.

La profesora Cuadros Garrido realiza un repaso de la conflictividad judicial en torno al art. 543 CP y cree que el TC debió realizar el juicio de proporcionalidad, del que deduce tres consecuencias importantes. La primera es que cuando confluyen la libertad de expresión con la libertad sindical la tutela que ofrece el Derecho es más intensa, porque se pretende hacer valer derechos laborales de otros. El sindicalista podía expresar sus opiniones («desafortunadas, ciertamente»). La segunda es que tales expresiones debieron ser relativizadas conforme a la libertad ideológica. A lo que podríamos añadir que esto cobra mayor importancia si cabe en la medida en que no se produjo ninguna alteración del orden público. La tercera es el contexto: el condenado no iba contra la bandera, sino contra la autoridad militar por su pasividad en la resolución del conflicto laboral que provocó tales manifestaciones. Además, no deberíamos olvidar que estamos en el seno de un conflicto laboral, lo cual relativiza aún más si cabe las palabras del sindicalista²⁷.

La profesora Mas García no difiere en lo esencial de su colega. Refiere que para un importante sector de la doctrina el art. 543 CP debe desaparecer por ser incompatible con el derecho a la libertad de expresión y a la libertad ideológica. No obstante, también se hace eco de una línea jurisprudencial constitucional que tiende a proteger casi todos los mensajes, pero no los ultrajantes u ofensivos que no guarden relación con las ideas

²⁵ Vid. Á. ALZINA LOZANO, «La protección penal de los símbolos constitucionales y autonómicos, especial referencia a la Sentencia 2018/1691 del Tribunal Constitucional», en J. LEÓN ALAPONT (dir.), *Temas clave de Derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*, Barcelona, Bosch, 2021, pp. 190 y ss.

²⁶ Una panorámica exhaustiva del engarce entre Norma Suprema y mundo laboral puede verse en J. GARCÍA MURCIA, «Presentación. La dimensión laboral y social de la Constitución española de 1978», en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *La Constitución del Trabajo*, Oviedo, KRK, 2020, pp. 13-50.

²⁷ Vid. M. E. CUADROS GARRIDO, «Sobre los ultrajes a la bandera española de un sindicalista nacionalista», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 242 (2021), pp. 247-257.

u opiniones manifestadas e innecesarias para exponer tales ideas. No obstante, recuerda, la jurisprudencia convencional impone a los Estados contención en el empleo de la vía penal²⁸.

Por su parte, el profesor Rojo Torrecilla cree que la sentencia devalúa los derechos laborales específicos e inespecíficos. Incide en el amplio margen que el TC ha reconocido a la libertad de expresión en el marco de un conflicto laboral, máxime si se ejerce por un representante sindical. Entiende que los votos particulares se muestran más convincentes que la sentencia de la mayoría, sobre todo por la «escasa, parca y ambigua consideración de las circunstancias concretas en que se desarrolló la protesta y los hechos que la motivaban, en los que debieron enmarcarse las frases del dirigente sindical»²⁹.

El profesor Molina Navarrete ha publicado una pieza donde asevera que el delito de ultraje a la bandera necesita de una «despenalización urgente». La sobreprotección de los símbolos, bien lo sabemos y mejor nos lo recuerda el jurista, no se atiene al espíritu del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Entiende Molina Navarrete que la STC 190/2020 debió conceder mayor importancia a la STC 89/2018. En fin, para el laboralista las expresiones del señor Fragoso carecen de relevancia penal y entiende que la STC 190/2020 será «carne de cañón» en el TEDH³⁰.

4. Coda desde el Derecho administrativo

El profesor González Botija nos ha ilustrado sobre esta materia para demostrar cómo los símbolos patrióticos no solo expresan nobles ideas de amor a la patria y prosperidad, ni tampoco generan adhesión unánime en la sociedad que los contempla. Si aceptamos que cualquier bandera es susceptible de romper el orden público llegaríamos a conclusiones inaceptables, dice González Botija, y creo que dice muy bien. Se rompe el orden

²⁸ Vid. E. M. MAS GARCÍA, «Ultrajes a la bandera *vs.* libertad de expresión», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 242 (2021), pp. 317-331.

²⁹ E. ROJO TORRECILLA, «Sobre conflictos laborales, forma de manifestar las reivindicaciones y “ultrajes a la bandera”. ¿Devalúa el TC la importancia de los derechos laborales específicos e inespecíficos? Una nota crítica a la Sentencia núm. 190/2020, de 15 de diciembre», de 10 de febrero de 2021, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/02/sobre-conflictos-laborales-forma-de.html>.

³⁰ Vid. C. MOLINA NAVARRETE, «Libertad de expresión y derecho de crítica de las personas trabajadoras: amenazas y oportunidades en los nuevos escenarios de la empresa», *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 12 (2021), pp. 9-42.

público si se suscita una reacción negativa en tanto generadora de sentimientos reales de ofensa, odio o de insulto. Salvo tales casos, no parece que podamos ir con el Derecho punitivo más allá³¹.

V. REFLEXIONES CRÍTICAS

Se sistematizan a continuación algunas reflexiones críticas que la resolución y los votos particulares han suscitado a quien esto escribe. Tómense a beneficio de inventario, pues la materia es de enjundia y se le atisban profundidades por las que todavía no sabemos navegar.

1. Emociones y banderas

Desde hace lustros nuestro país vive un ambiente polarizador digno de mención. Una de las consecuencias es la vuelta de estandartes varios a la vida pública (si es que alguna vez se fueron). En momentos de crisis económica el desprestigio de la democracia parlamentaria es moneda corriente. Así sucedió en la Alemania weimariana y así sucedió en buena parte de la Europa asolada por la crisis económica de 2008. El descontento nacional se tradujo políticamente en movimientos más o menos espontáneos y desarticulados (15-M) que luego se articularon en forma de partidos políticos. Uno a la izquierda de la izquierda (Podemos), otro en torno al centro (Ciudadanos) y otro a la derecha de la derecha (Vox).

Pero había más. Factores tales como el desprestigio de la Corona, las dilaciones en el nombramiento de altos cargos institucionales, los innumerables casos de corrupción o la ruptura secesionista catalana han dañado gravemente la reputación del régimen constitucional y, consiguientemente, el de sus símbolos e instituciones. Aunque la democracia constitucional se ha dotado de un imaginario colectivo que refuerza y socializa el consenso político alcanzado en la época de la Transición, han brotado focos de descontento para con ella y sus logros. La bandera rojigualda fue resignificada en su día como bandera constitucional, intentando superar la enconada división «izquierda-derecha», consenso que hoy no nos atrevemos a asegurar³².

³¹ Vid. F. GONZÁLEZ BOTIJA, *Orden público y libertad...*, op. cit., p. 360.

³² Vid. J. F. FUENTES, «Simbología de la transición democrática española: un difícil consenso», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 110 (2021), pp. 163-196.

La bandera nacional goza de protección constitucional directa³³. Su regulación se lleva a cabo en la Ley 39/1981, de 28 de octubre, cuya versión original sufrió dos declaraciones de inconstitucionalidad, mediante las SSTC 119/1992 y 118/1992, respectivamente. En lo que aquí interesa, destacaremos que en la elaboración del artículo el precepto no originó apenas debate en las Cortes constituyentes, pero quizá por el empuje de la bandera tricolor como emblema del movimiento republicano se decidió «zanjar esta cuestión con todo el peso de la Constitución»³⁴.

La bandera tiene un plus de emotividad, probablemente, porque nos identifica primaria y muy fácilmente mediante la combinación de sus colores (el escudo parece algo más complejo a tales fines y el himno no tiene letra, aunque nosotros, voluntariosos y enamorados del país, a veces tarareemos un cántico en eventos deportivos que suena extraño y emocionante a partes iguales). El precepto fue un logro histórico y del sentido común, dado que los republicanos españoles hicieron una generosa renuncia y, en menor medida, también los nostálgicos del régimen anterior, para poder hacer de la rojigualda los colores oficiales de nuestro país³⁵.

No cabe duda, como nos enseñó el maestro García-Pelayo, que los símbolos nacionales tienen una función política integradora de gran importancia que autores como Moreno Luzón y Núñez Seixas han resumido en algunos principios. Por un lado, la bandera condensa elementos ideológicos creando cierta —y artificial— unanimidad, actuando como «cemento» por encima de discrepancias o divisiones. Fija los marcadores identitarios de cada comunidad nacional, tanto interior como exteriormente y motiva a varios actores políticos a ponerse en marcha tan solo con evocarlos (para bien o para mal). Además, la bandera nacional sirve para cohesionar y movilizar a las personas, por eso nos tiene que llegar y emocionar o, dicho en los términos de Jon Elster, producir «alquimias de la mente»³⁶.

³³ Art. 4.1 CE: «1. La bandera de España está formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas».

³⁴ Así, Ó. ALZAGA, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 93 y 94. Respecto al texto constituyente propuesto por el Congreso, García-Pelayo creía aconsejable añadir un tercer párrafo al art. 4 donde conminar a la ley a regular el uso por parte de poderes públicos y ciudadanos de la enseña nacional. Aunque no se añadió finalmente, la ley se hizo realidad en 1981. Vid. M. GARCÍA-Pelayo, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, Madrid, Tecnos, 2021, p. 67.

³⁵ Vid. H. O'DONNELL Y DUQUE DE ESTRADA, «Observaciones históricas sobre la bandera de España consagrada por nuestra Constitución», en B. PENDÁS (dir.), *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, vol. 4, Madrid, CEPC, 2018, pp. 3059-3072.

³⁶ Tomo las reflexiones (también la cita de Elster) de J. MORENO LUZÓN y X. M. NÚÑEZ

2. Decisiones controvertidas

Decidir por seis votos contra cinco los casos especialmente sensibles es sumamente desaconsejable. Es la mayoría más exigua de todas las combinaciones posibles. Es más, la doctrina nos ha advertido desde hace tiempo que en temas delicados conviene que el Tribunal Constitucional evite los votos particulares, pues suponen una división del órgano que da lugar a especulaciones dañinas, dando de paso una imagen distorsionada a la ciudadanía. Por lo demás, no podremos pedir, en consecuencia, sentencias prístinas o diáfanas, pues el órgano constitucional tiene en su interior diferentes sensibilidades jurídicas, extremo muy saludable, *ex art.* 1.1 CE, desde el prisma del pluralismo político³⁷. Profundizando en esa línea, se ha dicho que la clasificación en dos bloques, conservadores y progresistas, amén de ser «un burdo análisis fomentado por los medios de comunicación», tiene efectos venenosos («deletéreos») sobre el reconocimiento de su tarea por el resto de las instituciones y por los ciudadanos³⁸. También nos han advertido que, cuando se trata de sentencias conflictivas, la reproducción de esa «*summa divisio*» se manifiesta casi siempre en toda su crudeza³⁹.

3. Libertad de expresión y libertad sindical

Es aserto conocido que cuando la libre expresión confluye con el ejercicio de la libertad sindical (máxime en contextos de reivindicación laboral o conflictos colectivos desatados), el TC ha amparado. La STC 89/2018 ampara a un trabajador e inaugura una saga de más de una decena de sentencias constitucionales en ese sentido. En la jurisprudencia convencional podríamos traer a colación tanto el caso *Fuentes Bobo c. España*, del año

SEIXAS, *Los colores de la patria: símbolos nacionales en la España contemporánea*, Madrid, Tecnos, 2017, pp. 20 y ss.

³⁷ Tomamos estas reflexiones de I. TORRES MUÑOZ, «Tribunal Constitucional: composición y funciones», en T. FREIXES SANJUÁN y J. C. GAVARA DE CARA (dirs.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, Madrid, CEPC-BOE, 2016, pp. 174 y ss.

³⁸ *Vid.* M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Tribunal Constitucional: necesidad y posible reforma», en T. FREIXES SANJUÁN y J. C. GAVARA DE CARA (dirs.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, Madrid, CEPC-BOE, 2016, pp. 194 y ss.

³⁹ Así, F. SÓSA WAGNER y M. FUERTES, *Panfleto contra la trapacería política. Nuevo Retablo de las Maravillas*, con prólogo de A. BOADELLA, Madrid, Triacastela, 2021, p. 84.

2000, como el caso *Palomo Sánchez c. España*, resuelto por la Gran Sala en 2011, sobre todo para resaltar que el TEDH ha deducido del art. 10 CEDH una serie de obligaciones para los Estados, en concreto, que las autoridades judiciales internas remedien estas violaciones incluso si las intromisiones provienen de particulares. Aunque el primero acaba en condena y el segundo no, la conclusión es similar: si en el marco de un conflicto laboral un trabajador ejerce de forma legítima su libertad de expresión y aun así sufre sanción por ello, el TEDH reputa dicha sanción lesiva y ampara al trabajador. Incluso asevera que las autoridades internas deben velar por que las sanciones no resulten desproporcionadas y disuadan a los trabajadores sindicales de expresar y defender a sus compañeros y afiliados (§§ 56 y ss.)⁴⁰.

La doctrina está alarmada por varias cuestiones. Porque sigamos teniendo el delito de ultrajes en nuestro ordenamiento, por no saber qué bien jurídico se protege, por la ligereza con la que se está utilizando la vía penal para reprimir discursos que, vistos desde casi cualquier punto de vista, o están protegidos por el Derecho o son inocuos. Es decir, se retrocede en la protección constitucional de la libertad de expresión y se da más poder a quien ya tiene bastante. En ese sentido, ha dicho el profesor Martínez Martínez que «si el Derecho es, sobre todo, contención, restricción, previsión, certeza, la Constitución se traduce en el más alto esfuerzo desarrollado por el hombre para limitar ese poder innato y natural a toda comunidad política»⁴¹.

⁴⁰ Vid. L. LÓPEZ GUERRA, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 262 y ss., y 285 y ss. Es cierto que en *Palomo Sánchez* no se condena al Reino de España, pero aquí hablamos de un despido de unos trabajadores que habían traspasado con mucho los márgenes de la libertad de expresión en el ámbito laboral, con caricaturas de jefes y compañeros en clara actitud sexual, textos ofensivos contra el director de recursos humanos y otros trabajadores, entre otras. Se rompió la buena fe contractual y la confianza mutua que debe existir entre trabajador y empleador. Vid. G. CANO PALOMARES, «Los derechos del trabajador ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una selección de jurisprudencia con ocasión del 60.º aniversario del Tribunal», en M. ELÓSEGUI ITXASO, C. MORTE GÓMEZ, M. MENGUAL I MALLOL y G. CANO PALOMARES (coords.), *Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 144 y ss.

⁴¹ Vid. F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *La vuelta de tuerca moderada: el proyecto de Constitución y leyes fundamentales de don Juan Bravo Murillo (año 1852)*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 22 y 23.

4. Los efectos perniciosos de no proteger la libertad de expresión

La persecución penal sin trabas y la consiguiente desprotección de los derechos fundamentales conduce a varios efectos perniciosos. El primero sería el archiconocido *efecto desaliento* (si se castigan ciertos discursos la sociedad se inhibe de opinar por miedo al castigo). El segundo sería el *efecto imitación* (los tribunales observan que este tipo de castigos no se declaran inconstitucionales y elevan un punto o dos el listón, castigando cada vez más mensajes o con mayor intensidad). El tercero sería el *efecto Streisand* (si no quieres que un mensaje se conozca deja que se pierda en el marasmo de mensajes cotidianos, máxime en esta sociedad que padece de *infodemia*: perseguirlo es hacerlo visible). Este último podría ser denominado en España *efecto Hasél* o *efecto Valtònyc* (dando pábulo a artistas cuyos méritos no les alcanza). El cuarto sería el *efecto pendiente resbaladiza* (la desprotección llama a más desprotección y la pendiente que bajamos a toda velocidad no es sino un pozo sin fondo donde caen libremente los derechos fundamentales democráticos)⁴².

5. Las palabras ¿hacen daño?

No existe en nuestra Constitución una suerte de «derecho a no ser ofendido». El problema reside en el límite clave que enunció Stuart Mill predicable de toda libertad: no hacer daño a otros. ¿Son las palabras susceptibles de causar daño? ¿Lo son en la misma medida que los actos? No lo parece. Si abrimos esa espita probablemente provocaremos dos consecuencias nocivas: convertiremos a los adultos en niños con una piel finísima que apenas tolera el más mínimo roce y situaremos en el mismo plano cosas que sabemos no lo están. Aun asumiendo que el daño que causan las palabras no es fácilmente objetivable, no sería razonable establecer como principio que existe un derecho a no ser ofendido equivalente al derecho a vivir cómodamente sin entrar en contacto con cosas que nos desagradan o que detestamos. Las ofensas deberían traducirse en actos concretos que acompañen a las palabras y no de las palabras mismas, o de lo contrario daremos la bienvenida al Derecho penal *líquido*⁴³.

⁴² Vid. D. SIMANCAS SÁNCHEZ, «Libertad de expresión artística y discurso del odio a la luz del “caso Valtònyc”», *Sistema: revista de ciencias sociales*, núm. 255 (2019), pp. 105 y ss.

⁴³ D. ASÍ GAMPER, *Las mejores palabras. De la libre expresión*, Barcelona, Anagrama, 2019, pp. 128 y ss.

6. Ley penal y libertad de expresión

Nuestro insigne y malogrado Tomás y Valiente no tenía apenas confianza en la ley penal como forma de disuadir según qué comportamientos («abusos») en el marco de la libertad de expresión. Ni en la ley penal de entonces ni mucho menos en eventuales nuevos tipos delictivos del tenor de los que aquí discutidos⁴⁴.

Es muy probable que similares razonamientos aniden en el corazón de decisiones señeras como la que se adoptó en el caso *Texas v. Johnson* por el TS de Estados Unidos. Como sabemos, este sentenció que la quema pública de la bandera de los Estados Unidos entra dentro de la libertad de expresión. Lo cual vuelve a situar nuestro problema en sus justos términos: atendiendo al argumento de fondo, si prenderle fuego a la bandera estadounidense en público no merece reproche penal (al autor se le condenó pero el Tribunal Supremo anula la condena), ¿cómo es posible que sí lo merezca proferir unas expresiones que no causan daño real alguno? Entendemos que puede ser doloroso e hiriente u ofensivo que quienes han jurado o prometido defendernos con las armas vean cómo el símbolo que estila su compromiso se ve ultrajado. Pero conviene recordar que juran o prometer defender no a una España abstracta o vacía de significado, sino a la España democrático-constitucional cuyo corazón son los derechos y libertades fundamentales. Aquí cobra pleno sentido la afirmación del magistrado discrepante Conde-Pumpido, pues la bandera nos protege a todos por igual, a aquellos a quienes nos brota del pecho un amor cálido y poco guerrero hacia ella, a los que la denuestan, a los que les resulta indiferente y a quienes la vituperan. Ahí reside, probablemente, la verdadera grandeza de las cosas que realmente merecen la pena: se elevan por encima del individuo en base a la tolerancia y al espíritu de apertura para acoger en su seno también a quienes reniegan de ellas.

Si queremos acudir al debate técnico, veamos qué dice la doctrina penalista. El profesor Rebollo entiende que la tipificación del art. 543 CP es «a todas luces innecesaria», puesto que entra en franca contradicción con el derecho a la libertad de expresión y, especialmente, porque es casi imposible desde los parámetros de la lógica demostrar el *animus iniuriandi*. Y sin el concurso del *animus iniuriandi*, la conducta deviene atípica.

⁴⁴ Vid. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Obras Completas*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 2392 y ss.

Si la conducta deviene atípica, podríamos preguntarnos, ¿a qué obedece mantener un tipo penal de este tenor?⁴⁵

El profesor Lascuraín ofrece un razonamiento difícilmente rebatible. Por un lado, incide en que si la queja es política tanto más justificada está, aunque sea desabrida o hiriente, de ahí que también se muestre a favor de eliminar este tipo penal⁴⁶. El único límite claro que observa nuestro penalista es la incitación a la violencia. Parafraseando a Karl Koch, «o palabra o espada». El profesor Lascuraín hace votos porque se guarden las mayores cautelas a la hora de aplicar los límites a la libertad de expresión, pues no todo lo intolerable debe ser castigado con cárcel⁴⁷. ¿Cómo hacerlo correctamente? El TC debería limitarse a comprobar que las sentencias *a quo* utilizaron correctamente (o no) el canon constitucional y evitar analizar directamente el asunto. No afirma que los «excesos expresivos» no deban sancionarse judicialmente, de ser el caso, debería optarse por el Derecho administrativo sancionador⁴⁸.

⁴⁵ R. REBOLLO VARGAS, «Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 34 (2014), pp. 126 y ss.

⁴⁶ El movimiento parlamentario en torno al delito de ultrajes no ha dado muchos frutos, lo cual tiene lógica si se piensa que estamos, como estamos, en un marco polarizador donde prima la política de gestos para la foto y de poco contenido de fondo. En 2007 se formuló pregunta oral en el Pleno al Gobierno respecto al mismo y en 2008 un diputado hizo lo propio por escrito para saber si el Gobierno considerada «proporcional» la pena. El Gobierno de turno respondió afirmativamente. Dijo que la pena vigente era de multa y no de cárcel y también dijo que pretendía mantener la tipificación en la —finalmente trunca— reforma que tenía proyectada. Dijo, finalmente, que el Código Penal sirve para proteger los valores más fundamentales de la convivencia ciudadana. Recientemente hemos tenido dos buenas muestras de lo que se decía más arriba. Mientras que en marzo de 2020 el grupo parlamentario de Unidas Podemos presentó una proposición de ley orgánica para eliminar el delito de ultrajes a España, el grupo parlamentario Vox aprobó el 8 de septiembre de 2020 una proposición no de ley donde abogaba por endurecerlo. Los datos se han consultado en www.congreso.es.

⁴⁷ Vid. J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Labios como espadas: libertad de expresión y Derecho penal», *Almacén de Derecho*, 29 de abril de 2021, disponible en <https://almacenederecho.org/labios-como-espadas-libertad-de-expresion-y-derecho-penal>. El efecto Hasél sería algo así como «ten en cuenta que la persecución penal no solo es desproporcionada, sino que es poco útil salvo para publicitar a quien no tiene título artístico bastante para ganarse fama y prestigio por sus propios méritos». También podríamos llamarlo *efecto Valtonyc*, claro está. Vid. J. DOPICO ALLER, «El segundo “caso Pablo Hasél”», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 20 (2021), pp. 393-414, y el trabajo ya citado de V. VÁZQUEZ ALONSO, «Hasél II o La persecución penal de la inquina...», *op. cit.* Para ver las implicaciones de dicho caso *Valtonyc* es imprescindible la consulta de D. SIMANCAS SÁNCHEZ, «Libertad de expresión artística y discurso del odio...», *op. cit.*, pp. 101-121.

⁴⁸ Vid. J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la libertad de expresión: cinco tesis», *Almacén de Derecho*, 17 de octubre de 2021, disponible en <https://almacenederecho.org/los-limites-de-la-libertad-de-expresion-cinco-tesis>. El autor también aboga por una mayor protec-

Aunque interpretemos que el bien jurídico protegido por el art. 543 CP es el interés general del Estado, como trasunto de la sumisión a las leyes, empezando por la Constitución, la acción típica exige ofender o ultrajar (injuriar, ajar) mediante hechos o de palabra y siempre con publicidad. El elemento subjetivo se basa en un dolo específico de ofender a la nación española (¿?). Es más que probable que en el caso de autos sucediera, lisa y llanamente, que el autor tuviera un rapto de desahogo en el marco de un conflicto laboral enconado. No hay ánimo de menospreciar la bandera, sino de canalizar, con expresiones sin duda soeces, gruesas y malhabladas, un estado de ánimo entre lo vindicativo y lo indignado. Desde luego que las expresiones eran innecesarias, pero eso no impide privarlas de cobertura constitucional. Ante la duda, *favor libertatis*.

Por último, la condena penal no resulta del todo adecuada al CEDH. En el caso *Cumpana y Mazare*, STEDH de 17 de diciembre de 2004, la Gran Sala establece que una condena penal, «por su propia naturaleza, tendrá inevitablemente un efecto desaliento en la libertad de expresión y el hecho de que no llegasen a entrar en prisión no altera dicha conclusión» (§ 116). Algo muy parecido dijo en el caso *Mâtâsarú c. Moldavia*, STEDH de 15 de enero de 2019, aplicando la doctrina anterior: imponer una pena de cárcel por ejercer la libre expresión causa un efecto desalentador, por más que la pena fuese suspendida. Es más, en algunos casos donde los activistas sean detenidos o encarcelados por actos expresivos pacíficos no disruptivos, el TEDH aplica el procedimiento del art. 28 CEDH y un comité de tres jueces decide sobre la admisión a trámite y sobre el fondo del asunto, procedimiento que suele acabar con la declaración de vulneración del art. 10 CEDH, entre otros. Todos ellos son varios casos recientes que tienen que ver con la Federación de Rusia, el primero de 2012 y el último de 2019⁴⁹.

ción preventiva frente a injurias que nada tienen que ver con el discurso político. El autor aplica sus postulados al caso *Erkizia*, enjuiciado en la STC 112/2016, donde se deniega el amparo ante una condena por enaltecimiento del terrorismo.

⁴⁹ Vid. R. Ó FATHAIGH y D. VOORHOOF, «Article 10 ECHR and Expressive Conduct», *Communications Law. The Journal of Computer, Media and Telecommunications Law*, vol. 24, núm. 2 (2019), pp. 62-73, disponible en <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2019/06/Article-10-and-Expressive-Conduct-FINAL-JUNE.-O-Fathaigh-and-D.-Voorhoof.docx.pdf>.

7. La restricción no es necesaria en una sociedad democrática

Decía Voltaire que el Gobierno solo puede castigar los errores de los hombres si son crímenes. Son crímenes cuando perturban a la sociedad. Perturban a la sociedad cuando inspiran el fanatismo⁵⁰. En el caso de autos ni se produjeron desórdenes, ni disturbios, ni ningún tipo de altercado o conato de violencia, ya verbal ya física. Nadie se fanatizó (al menos, no se probó tal efecto), por más que las expresiones sean como son desabridas, chuscas o incluso algo pueriles.

Siguiendo al profesor Díez-Picazo, debemos anotar que la lectura que hace tradicionalmente el TC sobre los límites de la libertad de expresión tiene bastante que ver con el art. 10.2 CEDH, de donde extraemos que debe darse una triple condición concurrente para poder restringir las expresiones en disputa⁵¹.

En primer lugar, salvaguardar ciertos bienes y valores constitucionales dignos de protección. Proteger los símbolos de nuestro país es loable y acaso necesario, pero hacerlo mediante el Código Penal es, como dice el refranero, matar moscas a cañonazos. En segundo lugar, que la restricción se establezca por ley. Ya sabemos que esto se cumple a tenor del art. 543 CP, al igual que sabemos que la doctrina que se ha preocupado del precepto dice que debería erradicarse. En tercer y último lugar, la restricción debe ser una medida necesaria en una sociedad democrática, lo cual inevitablemente variará según las circunstancias. Implica ponderar con otros bienes o valores en juego las expresiones y darles contexto. Si aplicamos estos principios, la restricción del discurso del señor Frago no merece sanción penal alguna. Quizá los dos primeros puntos se cumplen —con dudas, insisto, pero valgan a beneficio de inventario— pero el tercero no: no es necesario en una sociedad democrática limitar de forma tan intensa y gravosa la libertad fundamental porque no se produjo ninguna alteración del orden público, ni siquiera se llegó a *vejar* la bandera

⁵⁰ Vid. VOLTAIRE, *Contra el fanatismo*, Barcelona, Taurus, 2020 [1763], pp. 79 y ss.

⁵¹ Me apoyo en un texto preclaro de F. TULKENS, «When to say is to do. Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights», *Seminar on Human Rights for European Judicial Trainers*, 9 de octubre de 2012, disponible en https://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/TULKENS_Francoise_Presentation_When_to_Say_is_To_Do_Freedom_of_Expression_and_Hate_Speech_in_the_Case_Law_of_the_ECtHR_October_2012.pdf (consultado el 13 de diciembre de 2021). Aprovechamos para agradecer al profesor Rafael Bustos Gisbert que nos pusiera sobre la pista de esta contribución.

izada (ni ninguna otra), ni se interrumpió el acto militar, ni se causaron desórdenes en las calles, siquiera tumultos o altercados. Las expresiones del recurrente merecieron reproche social de algunos de sus correligionarios. Parece un caso de libertad de expresión *agresiva* frente a libertad de expresión *reactiva*.

8. No existe discurso de odio

Podríamos tener la tentación, máxime en los tiempos que corren, de considerar las palabras del recurrente como un fenotipo de discurso del odio. Aunque tal opción suena intuitivamente a dislate —y la sentencia no la maneja en ningún momento, todo hay que decirlo— todavía hoy no sabemos del todo qué implica dicho límite. Mientras que el Tribunal Supremo estadounidense entiende que solo se pueden prohibir, con carácter general, palabras que conduzcan a crear un *real and present danger* (un daño real e inminente, lo cual tampoco es precisamente fácil de saber)⁵², el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido más duro con las expresiones de odio, especialmente contra colectivos preteridos y vejados. Esto se explica por razones históricas obvias, ya que el TEDH ejerce jurisdicción en una zona del mundo que ya ha vivido demasiados Holocaustos. Los casos *Garaudy c. Francia*, de 24 de junio de 2003, y *Chauvy y otros c. Francia*, de 29 de junio de 2009, ilustran a la perfección que no es libertad de expresión la justificación o negación de tales sucesos, en eso que el profesor Díez-Picazo ha denominado «una actitud particularmente vigilante contra el racismo y la xenofobia»⁵³.

Retendremos, en fin, otra idea del constitucionalista al hilo del discurso del odio. Y es que determinados delitos de nuestro Código Penal (tipificados en los arts. 510, 578 y 585, entre otros) son «constitucionalmente problemáticos» porque la libre expresión también protege los ideales que

⁵² Vid. A. ARIAS CASTAÑO, *Clear and present danger. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

⁵³ L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 339. El caso *Garaudy* es especialmente importante porque es de los pocos casos donde el TEDH emplea el art. 17 CEDH (abuso de derecho) para negar toda protección convencional al filósofo francés que negaba los crímenes contra la humanidad, difamando a la comunidad judía y provocando odio racial. Tales actitudes, según Estrasburgo, no entran dentro de la libertad de expresión del art. 10 CEDH y sí son manifestación palpable del abuso de derecho mencionado. Vid. J. CASADEVALL, *El Tribunal de Estrasburgo. Una inmersión rápida*, Barcelona, Tibidabo, 2019, pp. 118 y ss.

chocan o perturban. Su represión, «por muy buenas razones que puedan justificarla, entraña siempre el riesgo de acallar las opiniones que no son *políticamente correctas* [comillas en el original] y, por tanto, privar de espacio a los heterodoxos y disidentes»⁵⁴.

Las expresiones del señor Fragoso no son, pues, expresiones de odio en sentido jurídico-constitucional. Son calificativos gruesos del habla hispana coloquial que traducen una situación de desesperación y canalizan un desahogo ante el duro conflicto laboral que vivían él y sus compañeros, pues cabe recordar que llevaban varios impagos salariales atrasados. Después de jornadas de reivindicaciones similares, de una reunión *tete a tete* con los responsables de la base militar, incluso con el almirante que la mandaba, con el ánimo de obtener una salida digna y definitiva al conflicto laboral que les hacía sufrir de la manera en que estaban sufriendo, no parece que las dos frases fueran un intento de «menospreciar» a España ni a su enseña nacional, como tampoco contenían «ánimo de injuriarla(s)», más allá del arrojo provocativo y verbalmente beligerante, que no ultrajante. Es un exceso verbal fruto de las circunstancias y del contexto conflictivo nada soterrado que padecían quienes llevaban meses sin cobrar sus nóminas, con razón soliviantados.

Penalizar estas declaraciones es eludir algunos principios básicos del Derecho penal democrático (*última ratio*, intervención mínima), obviar el carácter vinculante de precedente que tiene la jurisprudencia convencional y, a su través, hacer de la realidad social un terreno de juego impracticable para la auténtica disidencia, al desalentar a la población a expresar sus ideas, incluso si lo hace de manera desafortunada o desacertada, como probablemente fuera el caso⁵⁵.

⁵⁴ L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., pp. 337 y ss.

⁵⁵ Vid. sobre tales cuestiones la opinión de M. TIMÓN, «La libertad de expresión en España. ¿Hacia una resignificación del derecho?», *IberICONnect*, blog de la *Revista Internacional de Derecho Constitucional* en español, 14 de abril de 2021, disponible en <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/la-libertad-de-expresion-en-espana-hacia-una-resignificacion-del-derecho/>. La autora no cree que pueda hablarse de una «regresión irreversible» de la libertad de expresión en España, pero atisba la necesidad de resignificar su alcance y límites. Sobre el carácter de precedente vinculante de la jurisprudencia del TEDH puede verse J. GARCÍA ROCA y H. NOGUEIRA ALCALÁ, «El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante», en J. GARCÍA ROCA y E. CARMONA CUENCA (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 71 y ss. También L. LÓPEZ GUERRA, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos...*, op. cit., pp. 35 y ss., y J. CASADEVALL, *El Tribunal de Estrasburgo...*, op. cit., pp. 152 y ss.

VI. ¿UN PROBLEMA QUE NO ES TAL?: DEFENDIENDO LA STC 190/2020

Aunque creemos que la sentencia de la mayoría no acaba de ser del todo acertada, quizá podríamos reflexionar en voz alta sobre algunos motivos que podrían tener su peso (que juzgue el lector) en el otro plato de la balanza.

1. Un tipo penal depurado

Podemos decir que el art. 543 CP fue el resultado de un proceso de reflexión y mejora respecto al tipo penal vigente en su momento. Así lo atestigua, por todos, Solozábal Echavarría, quien establece diferencias de calado respecto al tipo penal de 1973. Con el actual tipo penal se rebaja su indeterminación, se amplían los bienes jurídicos protegidos y se disminuye notablemente el castigo penal. Solo pasan a castigarse las conductas públicas, se especifican las que pudieran darse (palabra, escrita, de hecho) y la sanción se rebaja: no hay pena de prisión y cabrá multa de siete a doce meses⁵⁶. En conclusión, ni el tipo penal sería desproporcionado en sí mismo considerado, ni somos el único país que lo contempla, ni se aplica «a la ligera», si se permite la expresión.

2. La postura de Troncoso Reigada

El constitucionalista plantea que el art. 543 CP es una libre decisión del legislador derivada del margen de apreciación nacional. Su razonamiento sería, aproximadamente, el que sigue. Asume las dificultades que encuentra la doctrina penal para saber qué bien jurídico protege el tipo y también que el Tribunal Constitucional ha reiterado que la dignidad y prestigio de las instituciones ofrece un escudo más débil que el ofrecido por los derechos fundamentales. Para Troncoso Reigada no es menos cierto que de la lectura de la jurisprudencia norteamericana y, sobre todo, convencional, podría darse un margen de apreciación nacional, que pasaría por «valorar la realidad histórica española marcada durante años recientes por la vio-

⁵⁶ Vid. J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *Pensamiento federal español y otros estudios autonómicos*, Madrid, Iustel, 2019, pp. 434 y ss.

lencia terrorista en relación con la integridad territorial o por un conflicto bélico nacional a la hora de enjuiciar la legitimidad del Parlamento para proteger los símbolos nacionales». Lo cual adquiere mayor relieve constitucional por el hecho de que la protección de la bandera como símbolo de la nación tiene su correspondencia con la inviolabilidad del rey, otro símbolo del Estado, y de las Cortes Generales, que representan al pueblo español⁵⁷.

De ahí que el constitucionalista concluya aseverando que la quema de la bandera de España no es un ejercicio legítimo de la libertad de expresión y sí un delito punible mediante el art. 543 CP. La protección constitucional directa que le confiere el art. 4 CE dota a la bandera nacional de un significado constitucional merecedor de protección «con independencia de que exista o no una incitación al desorden público o la comisión de otro delito, lo que justifica el mantenimiento de este tipo penal que no ha sido cuestionado hasta ahora por la jurisprudencia constitucional»⁵⁸.

3. Una reflexión de la mano de Juan Manuel de Prada (y de García-Pelayo)

Para el escritor español este tipo de actitudes no son siquiera libertad de expresión, puesto que insultar o ultrajar caen fuera de las acciones expresivas que puede emitir un ser humano, siendo estas como a veces son discrepantes, duras, abrumadoras o acertadísimas. El propio De Prada, en un manejo de la lengua exquisito y profundo, suele construir su personaje público como un hombre tendente a la hipérbole. Pero hay otra razón que no nos resistimos a mencionar, siquiera de pasada. Dice el novelista que cuando se destruye un símbolo nacional (podríamos decir aquí, cuando se veja o ultraja un símbolo nacional), el fin último probablemente sea dejar el terreno sembrado para poder destruir la misma realidad que simboliza. Los símbolos nos protegen y sostienen contra el *horror vacui*, y cuando los pueblos los destruyen no tardan en despedazarse entre sí⁵⁹. Quizá sea por aquí por donde podamos encontrar una explicación a la sentencia del Tribunal Constitucional: el guardián de la Constitución protege la

⁵⁷ Vid. A. TRONCOSO REIGADA, «La bandera y la capitalidad», *op. cit.*, pp. 45 y ss.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 54.

⁵⁹ Extraigo las dos ideas de J. M. DE PRADA, «Libertad sin expresión» y «Banderitis», ambas en *Una enmienda a la totalidad*, Madrid, Homo Legens, 2021, pp. 33 y ss. y 105 y ss., respectivamente.

bandera de vejaciones porque así está protegiendo la democracia constitucional española. Nos protege de nosotros mismos o, mejor dicho, de la peor versión de algunos de nosotros mismos, esa que podría arribar en el caso de que perdiéramos (ultrajáramos, vejáramos, destruyéramos) el símbolo que nos une.

Cobra todo el sentido citar el pasaje del maestro García-Pelayo, pues viene a perfecta colación. Recordando una canción que se cantaba en su día a la bandera de España, García-Pelayo demuestra que el símbolo hace de conciencia mítica y simbólica que no solo significa, sino que *es* lo que significa. El símbolo lleva a lo simbolizado, el símbolo es lo simbolizado, por eso se explica el «desfallecimiento» de la tropa que pierde su bandera o la «euforia» cuando se captura la del enemigo. Esa tendencia mítica de identificar el símbolo con lo simbolizado «nos explica, asimismo, que cuando en una alteración del orden público se quema una bandera o algo que simbolice al adversario se piense por un momento que con ello se quema lo que significa»⁶⁰.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Dicho todo lo anterior, es momento de recapitular las principales conclusiones que arroja la investigación pergeñada en torno a la STC 190/2020.

Estamos en presencia de una sentencia difícil y, hasta cierto punto, conducente a la melancolía. La exigua mayoría que la aprueba, algunos de los argumentos que se dan, la profunda división que existe entre nuestros jueces constitucionales y la reacción doctrinal tan negativa que ha provocado obligan a ponernos en guardia. Nuestros símbolos y emblemas nacionales merecen protección jurídica, va de suyo, pero a la luz de los acontecimientos la vía penal no se antoja la más indicada a tal fin, dado que acaba por producir más daños —directos y colaterales— que beneficios. Se echa en falta más protagonismo de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Estamos sometidos a su jurisdicción, decisión libérrimamente adoptada en su día y que hace aconsejable introducir sistemáticamente el canon convencional interpretativo, siquiera para discrepar de él o matizarlo. En tanto que signatario del Convenio, España debe cumplir con sus dictados (y este es lo que su letra dice que es y lo que su máximo intérprete, el TEDH, dice que es).

⁶⁰ M. GARCÍA PELAYO, «Ensayo de una teoría de los símbolos políticos», *op. cit.*, p. 1009.

Para el lector que haya llegado hasta aquí solo cabe realizar una última aseveración que limpie el nombre de quien esto concluye, por si hubiere parecido un antipatriota convencido (nada más lejos de la realidad, al fin y al cabo, el *patriotismo constitucional* no solo es un invento del Gobierno). Para tal pliego de descargo acudiremos al abrigo del genial Chesterton, quien dijo lo que sigue: «He pasado gran parte de mi vida criticando y acusando a los gobernantes y las instituciones de mi país. Es, con mucho, lo más patriótico que un hombre puede hacer»⁶¹.

⁶¹ La cita la tomo de G. K. CHESTERTON, *Un buen puñado de ideas*, Sevilla, Renacimiento, 2018, p. 327.