

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

## **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

## **SENTENCIA**

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

### **I. Antecedentes**

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

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

a) Por sentencia de 22 de marzo de 2017, recaída en el procedimiento abreviado núm. 32-2016, el Juzgado de lo Penal núm.1 de Ferrol condenó al ahora demandante de amparo como autor de un delito de ultrajes a España del art. 543 del Código penal (en adelante CP) y le impuso la pena de siete meses de multa con una cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, prevista en el art. 53 CP.

La sentencia declara probado, en virtud de la testifical practicada en el juicio oral, que, sobre las 08:00 horas del día 30 de octubre de 2014, en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol, durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada, el recurrente en amparo, que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, valiéndose de un megáfono y, según refiere la sentencia, “con intención de menospreciarla”, gritó: “*aquí tedes o silencio da puta bandeira*” y “*hai que prenderlle lume a puta bandeira*” (esto es, en castellano, “aquí tenéis el silencio de la puta bandera” y “hay que prenderle fuego a la puta bandera”).

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

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

Concluye la sentencia que esos ultrajes de palabra no pueden entenderse amparados en la libertad de expresión, a diferencia de lo que sucedería con otras consignas que se gritaron durante las protestas relacionadas con los derechos laborales que reclamaban los trabajadores concentrados (así, “*a bandeira non paga as facturas*”, en castellano “la bandera no paga las facturas”), o con las pitadas, abucheos y empleo de artilugios sonoros en esas mismas protestas. La conducta enjuiciada es subsumible por tanto en el delito tipificado en el art. 543 CP, siendo

irrelevante a estos efectos que un sector doctrinal se muestre partidario de la desaparición de ese tipo penal.

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

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

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

3. La demanda de amparo se fundamenta en la vulneración de los derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE]. Aduce que ambos derechos han sido vulnerados por las resoluciones judiciales impugnadas, que consideran punibles dos manifestaciones verbales inocuas, pronunciadas en el contexto de una concentración de protesta convocada por un sindicato con motivo de un conflicto laboral.

La condena impuesta al recurrente haría caso omiso de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión, que protege no solo las ideas que pueden resultar favorables a los Estados o los gobiernos, o que puedan ser consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también las que puedan resultar chocantes, molestas o incluso crear una cierta división, como esencia del pluralismo, la tolerancia y la apertura de mente que modelan una

sociedad democrática. Se vulnera así el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), pues la interpretación constitucional del derecho fundamental ha de tomar en consideración las pautas suministradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con lo establecido en el art. 10.2 CE.

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

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

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

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

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

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

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

Considera que el análisis de constitucionalidad que debe realizar este Tribunal, bajo la invocación de tales derechos, no puede circunscribirse a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial. Debe resolver, con plena autonomía, el eventual conflicto entre los derechos e intereses constitucionales afectados atendiendo al contenido que corresponde a cada uno de ellos, aunque para este propósito sea preciso utilizar criterios distintos a los aplicados por los órganos judiciales.

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

Además, conforme a esa misma jurisprudencia en relación con la quema de retratos de representantes políticos y de banderas (coincidente con la sentada por el Tribunal Supremo de los

Estados Unidos de América en asuntos similares), no puede establecerse una protección privilegiada de los símbolos del Estado frente al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información. En fin, la condena penal impuesta resultaría una reacción desproporcionada, provocando un efecto desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales concernidos.

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

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

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

En el presente supuesto resulta que, según el Ministerio Fiscal, cabe apreciar que las sentencias impugnadas no han ponderado debidamente ciertos aspectos esenciales para determinar la necesidad y proporcionalidad de la condena penal atendidos los límites del ejercicio de los derechos fundamentales concernidos; en particular, el contexto, la forma, el lugar, la finalidad y el alcance de la protesta laboral en cuyo ámbito se profirieron las expresiones por las que el recurrente fue condenado como autor de un delito de ultraje a los símbolos y emblemas de España; así como la condición de representante sindical de este, el contenido de esas expresiones y su finalidad, y las circunstancias relativas a los destinatarios o receptores de las mismas.

Las expresiones por las que ha sido condenado el recurrente fueron proferidas en el contexto de una concentración de trabajadores en la puerta del dique del arsenal de Ferrol como

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

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

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

de ese derecho fundamental alcanza el nivel máximo de protección, convirtiéndose en prácticamente inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar (por todas, STC 109/2018, de 15 de octubre).

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

En fin, debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en casos de quema de banderas e imágenes de representantes políticos, ha señalado que no puede establecerse una protección privilegiada de los símbolos del Estado frente al ejercicio de los derechos a la libre expresión e información (así, SSTEDH de 25 de junio de 2002, asunto *Colombani c. Francia*; de 26 de junio de 2007, asunto *Artun y Güvener c. Turquía*; de 1 de junio de 2010, asunto *Gutiérrez Suárez c. España*; de 14 de marzo de 2013, asunto *Eon c. Francia*; de 12 de junio de 2014, asunto *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. Francia*; y de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*).

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

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

9. Habiendo declinado la ponencia el magistrado Excmo. Sr. don Andrés Ollero Tassara, mediante Acuerdo de 19 de noviembre de 2020 del Excmo. Sr. Presidente de este Tribunal y al amparo de lo dispuesto en el art. 80 LOTC en relación con el art. 206 LOPJ, designó como nuevo ponente de este recurso al Excmo. Sr. Don Antonio Narváez Rodríguez.

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



## II. Fundamentos jurídicos

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

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

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

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

La especial trascendencia constitucional de este recurso, en los términos enunciados sin pretensión de exhaustividad en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, radica, conforme se anticipó en la providencia de admisión, en la posibilidad de que este Tribunal, como supremo intérprete y garante de los derechos fundamentales, tenga la oportunidad de pronunciarse acerca de una cuestión hasta ahora no planteada ante la jurisdicción constitucional, esto es, sobre el eventual conflicto que puede surgir entre la aplicación del delito de ultrajes a España (art. 543 CP) y el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], en conexión con el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE). En definitiva, el presente asunto permite examinar la legitimidad de la condena penal impuesta por proferir unas expresiones ofensivas dirigidas a uno de los símbolos políticos de España, como es la bandera (art. 4.1 CE).

## 2. El ámbito de enjuiciamiento.

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

Dicho de otro modo, el problema constitucional planteado en el presente recurso no tiene que ver con la previsión legal abstracta de protección que establece nuestro Ordenamiento Jurídico, de una parte, en el art. 10. Uno de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, que castiga, conforme a lo dispuesto en las leyes, “los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el artículo 4”, al que se refirió la STC 119/1992, de 18 de septiembre, FJ 2, que declaró conforme a la Constitución, en lo sustancial, un precepto equivalente al vigente art. 543 CP. Y, de otro lado, en el propio art. 543 CP, como delito de “ultrajes a España”. Además, esta figura penal aparece tipificada, también, en códigos penales de otros Estados miembros de la Unión Europea, con semejantes o incluso con penas más agravadas que la prevista en el precepto español [CP alemán (& 90 a y 104), CP francés (art. 433-5-1), o CP italiano (arts. 291 y 292)], por la relevancia del bien jurídico protegido. En cambio, el objeto de este recurso de amparo se limita exclusivamente a enjuiciar la licitud o ilicitud constitucional de la respuesta penal aplicada a este caso.

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

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

Cabe recordar en este sentido que, en la STC 94/1985, de 29 de julio, FJ 7, se declaró que “No puede desconocerse que la materia sensible del símbolo político [...] trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el

símbolo político acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa Comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada; de aquí la protección dispensada a los símbolos políticos por los ordenamientos jurídicos. Al símbolo político corresponde, pues, al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles”.

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

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

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

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

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

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

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

En suma, el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto, sino que tiene, como todos los demás derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional. En tal sentido la jurisprudencia del TEDH ha afirmado que “la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia” (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Féret c. Bélgica*, § 64;

en el mismo sentido STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, §§ 40 a 42), del mismo modo que la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios, como también ha recordado la doctrina constitucional (SSTC 177/2015, FJ 2; 112/2016, FJ 2, y 35/2020, FJ 4, por todas).

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

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

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

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

o preservar los derechos fundamentales cuando se ha alegado una vulneración concreta y efectiva de los mismos), sino también del contenido de los derechos en juego y de la naturaleza penal de la sanción impuesta.

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

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

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

fundamental se erige en mero pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos (por todas, SSTC 185/2003, FJ 5, y 104/2011, FJ 6).

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

Si la conducta enjuiciada penalmente forma parte del ámbito de protección propio de los derechos y libertades que han sido alegados, será preciso examinar en segundo término si, por ser ejercicio plenamente legítimo de su contenido, tal circunstancia opera como causa excluyente de su antijuridicidad (entre otras, SSTC 104/1986, de 13 de agosto, FFJJ 6 y 7; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 136/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2; 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5; y 24/2019, de 25 de febrero, FJ 3).

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

En suma, el control de constitucionalidad que a este Tribunal corresponde llevar a cabo en este tipo de supuestos debe quedar limitado, antes de entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal —que, en su caso, podrían ser objeto de control bajo la invocación del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE)—, a verificar si las sentencias impugnadas, al imponer la condena penal, han valorado como cuestión previa si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] [art. 20.1 a) CE] y si, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso, pues así lo impone el principio de supremacía de

la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales, como hemos tenido ocasión de recordar recientemente en la STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4.

##### 5. Aplicación al caso concreto.

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

Se destaca en las resoluciones impugnadas que personas trabajadoras de Cleanet, empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones militares del Arsenal de Ferrol, que se encontraban en huelga por el impago de sus salarios, se venían concentrando todos los días, a partir del mes de octubre de 2014, frente a la fachada principal del Arsenal militar de Ferrol, haciéndolo minutos antes de las 8 horas de la mañana, que era el momento en que tenía lugar la ceremonia del acto solemne de izado de la bandera española con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada.

También queda recogido en aquellas resoluciones que todos los días en que se realizaron aquellas concentraciones (entre los meses de octubre de 2014 y marzo de 2015), los trabajadores y trabajadoras en huelga hacían ruido, realizaban pitadas o abuceos, con pitos, bubucelas, ollas, sartenes y megáfonos, durante el acto de izado, y proferían consignas como “*a bandeira no paga as facturas*”, para llamar la atención de los viandantes.

En tales circunstancias, sobre las 8 horas del día 30 de octubre de 2014, en que, como era habitual, tenía lugar el acto de izado de la bandera y las personas en huelga volvían a concentrarse para continuar con sus gritos, protestas y formulación de consignas del mismo tono e intensidad que en jornadas anteriores, en un momento determinado el ahora demandante de amparo, que era representante de un sindicato nacionalista gallego (Confederación Intersindical Galega), que estaba en el lugar para defender los intereses laborales de los que realizaban la huelga, valiéndose de un megáfono, dijo las frases “*aquí tedes o silencio da puta bandeira*” y “*hai que prenderlle lume á puta bandeira*”.

Consideran las sentencias impugnadas que aquellas expresiones, proferidas por el recurrente en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional, constituyen ultrajes de palabra a la bandera española, realizados con publicidad, que no pueden entenderse amparados en la libertad de expresión. Ello, a



diferencia de lo que sucedió con otras consignas que se gritaron en concentraciones celebradas en días anteriores, acaecidas en el mismo lugar, a la misma hora y con ocasión del mismo acto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El TEDH, en alguna resolución (STEDH de 2 de febrero de 2010, *asunto partido demócrata cristiano del pueblo contra la república de Moldavia*), ha reconocido “el derecho a expresar de forma abierta sus opiniones sobre asuntos controvertidos que afectan a la comunidad” (§ 25), habiendo reconocido que la quema de una bandera de la Federación Rusa y de una imagen

del presidente de dicha Federación son manifestaciones del ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, el supuesto concreto que determinó el reconocimiento de la prevalencia de los derechos a la libertad de expresión y de reunión que hizo el Tribunal europeo en aquella ocasión no puede ser equiparado al del caso de autos. Los hechos sobre los que se asentó aquel enjuiciamiento tuvieron que ver con la actuación de miembros de un determinado partido político moldavo que defendía el respeto por los derechos humanos y que protestaba contra la presencia del ejército ruso en el territorio de Transdniestrina, dentro del conflicto político surgido entre la Federación Rusa y la República de Moldavia. En aquel contexto, los manifestantes quemaron una bandera de la Federación Rusa y una imagen del presidente de Rusia y el TEDH vino a destacar entonces que “los eslóganes del partido demandante, incluso cuando fueran acompañados por la quema de banderas y fotografías, era una forma de expresar una opinión con respecto a un asunto de máximo interés público, en concreto la presencia de las tropas rusas en el territorio de Moldavia” (§ 27).

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

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

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

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

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

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

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

El tipo penal recogido en el art. 543 CP castiga con pena de multa de siete a doce meses la conducta consistente en “las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad”.

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

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

A partir del marco legal expuesto, debe analizarse ahora el caso concreto para comprobar si la pena impuesta al recurrente, por la apreciada comisión del delito de ultraje a la bandera, resultó proporcionada a la gravedad de la conducta apreciada. En este sentido, la pena de siete meses de multa, impuesta al recurrente, fue la mínima legalmente prevista y la cuota diaria de 6 euros (multa de 1260 euros en total, según estableció el auto de 7 de junio de 2018), fue abonada en su totalidad por éste, resultando extinguida su responsabilidad penal por auto de 1 de marzo de 2019. En consecuencia, no ha llegado a hacerse efectivo el cumplimiento subsidiario de la pena de multa impuesta, mediante responsabilidad personal o de trabajos en beneficio de la comunidad.

Con fundamento, pues, en estos antecedentes hemos de llegar a la conclusión de que la respuesta punitiva aplicada al recurrente resultó proporcionada a la entidad de la conducta delictiva apreciada. La pena de multa prevista en el art. 543 CP fue aplicada en su grado mínimo; la cuota diaria asignada, de 6 euros (1260 euros en total), era adecuada a su capacidad económica, como lo ha acreditado que el recurrente la abonara de una vez y en su integridad; y, finalmente, la responsabilidad personal subsidiaria no ha llegado a tener efecto.

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

## **F A L L O**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Pablo Fragoso Dacosta contra las sentencias de fechas 22 de marzo de 2017 y 8 de febrero de 2018, dictadas, respectivamente, por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol y por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a quince de diciembre de dos mil veinte.