

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

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

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

2. No es este, cumplidos más de ocho años de mi función como magistrado de este Tribunal, mi primer voto particular. Ninguno sin embargo más accidentado, por variadas circunstancias coyunturales. El borrador de la ponencia original, de la que fui ponente, tardó más de un año en verse incluido en el orden del día del Pleno, por razones para mí no inteligibles. Habría bastado un mero sondeo para constatar que el borrador de mi ponencia no contaría con el apoyo de una mayoría, sin más riesgo que la problemática necesidad de hacer entrar en escena al voto de calidad del Presidente; innecesario, al fin, por la dimisión de uno de los magistrados.

Declinada mi ponencia, por incapacidad para elaborar neutramente una nueva versión, defendiendo lo contrario de lo ya expuesto ante el Pleno, fue encomendada una nueva a otro magistrado. Este, ejerciendo su archiprobada honestidad, mantuvo los iniciales fundamentos jurídicos 3 y 4, reproduciéndolos literalmente con los números 4 y 3; lo que

yo no hubiera podido hacer, dado mi prurito de neutralidad. Salvo haberse rotulado con titulares todos los fundamentos de la nueva versión e incluido mínimos retoques, sugeridos por varios magistrados en la deliberación final, debo pues admitir mi *copyright* sobre 273 líneas (del segundo borrador), a las que se han añadido las 175 del nuevo fundamento jurídico 5, destinado a respaldar el fallo. Las mismas premisas, sirvieron pues para argumentar un fallo contrario; nada novedoso, en lo que a argumentación jurídica se refiere.

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

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

Quede, en todo caso, constancia, de que dudo de que cualquiera de mis compañeros del Tribunal sienta, por nuestra bandera y lo que ella significa, mayor afecto que el mío. Debo sin embargo reconocer que me afecta más, personalmente, la situación de los trabajadores

protagonistas de esta sentencia, a los que se niegan los salarios derivados de su cumplida tarea. Habían limpiado a diario una instalación militar, cuya máxima autoridad, en vez de respaldar sus justas reivindicaciones -o mantener al menos una actitud comprensiva- los abronca por su tenaz empeño manifestante, con ocasión del cotidiano izado de la bandera, que preside -a notable altura- su fachada externa hacia una concurrida plaza.

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

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

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

Ya originariamente, en el ahora fundamento 4, se resaltaba que las expresiones del recurrente, “dirigente de un sindicato nacionalista gallego”, se produce “en el contexto de una reivindicación laboral”. Se recordaba 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”. Se aludía también a que “sobre el contenido de la libertad de expresión y sus límites existe asimismo una consolidada doctrina constitucional que se remonta a las tempranas STC 6/1981” y 12/1982. Se resaltaba que la “peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión”, en cuanto garantía para la “formación y existencia de una opinión pública libre”, la convierte “en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”.

Se señalaba también cómo “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”. Se citaban sentencias de Estrasburgo de 22 de abril de 1992 (*Castells contra España*) y 29 de febrero de 2000 (*Fuentes Bobo contra España*), provocadas por recurrentes españoles, en las que España acaba siendo condenada por vulnerar la libertad de expresión, como ha ocurrido en no menos de seis más.

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

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

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

El nuevo fundamento 5 hace constar que los asalariados sin salario “se venían concentrando todos los días, a partir del mes de octubre de 2014, frente a la fachada principal del arsenal de Ferrol. Lo hacían minutos antes de las 8 de la mañana, que era el momento en que tenía lugar la ceremonia del acto solemne de izado de la bandera, con interpretación del himno nacional”. Así continuó ocurriendo hasta marzo de 2015. Sería el 30 de octubre de 2014, después de la frustrada entrevista con el almirante, al que se atribuye pasividad ante el conflicto laboral, cuando la consigna “a bandeira no paga as facturas” se verá sustituida por “aquí tedes o silencio da puta bandeira” y se invitaba a prenderle fuego.

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

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

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

La sentencia obvia igualmente la reflexión posterior del Fiscal, según la cual las “malsonantes expresiones dirigidas por el recurrente a la bandera de España han de ser situadas en el contexto de reivindicación laboral en que se produjeron y sin desatender el dato de la orientación ideológica del sindicato al que pertenece el recurrente, sustancialmente desafecto con la Administración del Estado a la que se dirigían las protestas, y con los símbolos y emblemas que la distinguen”. Igualmente su sugerencia

sobre la necesidad de “ponderar también el hecho de que las expresiones proferidas, si bien rechazables, son susceptibles de ser interpretadas como manifestaciones emitidas con la intención de criticar a la Administración de Defensa por lo que el recurrente, en su condición de representante sindical, entendía como indebida pasividad de aquella ante los incumplimientos laborales de la empresa contratista del servicio de limpieza de las instalaciones del arsenal militar de Ferrol”.

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

Y en ese sentido emito mi voto particular.

Madrid, a quince de diciembre de dos mil veinte.

Andrés Ollero Tassara. –Firmado y rubricado.