

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

1.- En el ejercicio de la facultad que me reconoce el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el mayor respeto a la opinión de la mayoría, debo manifestar mi discrepancia con la decisión de la mayoría. No puede ser otra mi postura después del voto particular emitido en el recurso de amparo núm. 956-2009. En aquella ocasión el Tribunal, en la STC 177/2015, no otorgó el amparo a los recurrentes por entender la quema de la foto de los SS.MM. los Reyes, que se llevó a cabo en una concentración al finalizar el transcurso de una manifestación que se encontraba encabezada por una pancarta que decía “300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española”, celebrada en protesta de la visita real a la ciudad de Girona, no quedaba amparada por el derecho a la libertad de expresión. Tras el dictado de la referida STC 177/2015, el TEDH, por sentencia de 13 de marzo de 2018, condenó al Reino de España en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*; sentencia que es alegada por el demandante de amparo en defensa de su derecho a la libertad de expresión.

En aquella ocasión consideré que se debería haber tenido en cuenta, y no sólo como cuestión secundaria, sino principal y de partida, el derecho a la libertad ideológica garantizado por el art. 161. CE. En el presente recurso, la sentencia asume esta misma posición que comparto, pero llega a un resultado diferente al que yo defendí en el Pleno. Como ya expresé entonces, no siempre el ejercicio de la libertad de expresión deriva del de la libertad ideológica, pero cuando parte de su ejercicio debe ser menor, la limitación del derecho y así, debe permitirse su libre exposición “en los términos que impone una democracia avanzada” salvo la imposición por la violencia de los propios criterios y la alteración del “orden público” (STC 20/1990, FJ 5, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 5).

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

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

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

(ii) la libertad de expresión “lleva aparejada unas excepciones que requieren sin embargo una interpretación restrictiva, y la necesidad de restringirla debe estar motivada de forma convincente”;

(iii) “el artículo 10 § 2 del Convenio no deja apenas margen para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y del debate político –en el que esta adquiere la más alta importancia– o cuestiones de interés general”;

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

(v) “es absolutamente legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional”, pero “la posición dominante que ocupan estas instituciones exige a las autoridades de dar muestras de contención en la utilización de la vía penal”;

(vi) “una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco del debate político sólo es compatible con la libertad de expresión en unas circunstancias excepcionales y el elemento esencial que se debe considerar es el hecho de que el discurso incite al uso de la violencia o que constituya un discurso de odio”;

(vii) en materia de insulto contra un Jefe de Estado, “una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio”.

En aplicación de estos principios, el TEDH consideró que la quema de una fotografía de los Reyes, de grandes dimensiones colocada boca abajo, fue un ejercicio legítimo del derecho a

la libertad de expresión por cuanto: (i) se enmarcaba en el ámbito de la crítica política, y no personal, de la institución de la monarquía en general y en particular del Reino de España como nación; (ii) no incitaba al uso de la violencia ni constituyó un discurso de odio, debiendo ser un acto que debe ser interpretado como expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta, (iii) ni fue acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público.

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

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

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

Se examinan a continuación los hechos:

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

Como recuerda el fiscal en su escrito de alegaciones, la jurisprudencia del TEDH, en casos de quema de banderas e imágenes de representantes políticos, ha señalado que no puede

establecerse una protección privilegiada de los símbolos del Estado frente al ejercicio de los derechos a la libre expresión e información (SSTEDH de 25 de junio de 2002, asunto *Colombani 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*). En concreto, en relación con la figura del Jefe de Estado, el TEDH ha declarado, como ya ha quedado señalado, “que una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio (*Colombani y otros c. Francia*, no 51279/99, §§ 66-69, CEDH 2002-V, *Pakdemirli c. Turquía*, no 35839/97, §§ 51-52, 22 de febrero de 2005, *Artun y Güvener c. Turquía*, no 75510/01, § 31, 26 de junio de 2007, y *Otegi Mondragón c España*, no 2034/07, §§ 55-56, CEDH 2011)” (sentencia de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, § 35).

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

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

Se ha de tener en cuenta, asimismo, que el Pleno de este Tribunal afirmó, en la STC 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3 letra c), que la reivindicación laboral, que se ejerce frente a personas que realizan funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, “alcanza el nivel máximo de protección, convirtiéndose en prácticamente inmune a restricciones que en otros ámbitos serían admisibles constitucionalmente”. Y el Tribunal añadía: “En tal sentido, al mayor ámbito de libertad y protección reconocida a la libertad de expresión en el ámbito sindical cuando se ejerce por representantes de los trabajadores, se le añade la existencia de un contexto de debate útil para la formación de la opinión pública. Cuando éste concurre,

cualifica el contenido y el alcance de la libertad de expresión, que adquiere entonces, ‘si cabe, una mayor amplitud que cuando se ejerce en otro contexto’, y deviene ‘especialmente resistente, inmune a las restricciones que es claro en otro contexto habrían de operar’ (SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 136/1999, de 20 de julio, FJ, 13, 39/2005, de 28 de febrero, FJ 2, y ATC 231/2006, de 3 de julio)”.

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

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

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

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

4.- Por todo lo dicho, entiendo que la conducta del recurrente se desarrolló dentro de los márgenes permitidos del legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 a) CE, en conexión con el derecho a la libertad ideológica (art. 16. 1 CE), y que la imposición de una sanción penal constituyó una reacción penal innecesaria en una sociedad

democrática, que puede producir un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. Su consideración como un ultraje constitutivo de delito no está de acuerdo con la necesaria proporcionalidad. Y ello aunque se produjera en un momento como el del izado de la bandera nacional, con interpretación del himno nacional y la guardia militar en posición de arma presentada, es decir, como se dice en la sentencia en “la ceremonia más solemne de todas las que tiene lugar en un acuartelamiento militar, en la que se hace un acto de especial respeto y consideración a símbolos del Estado, en este caso a la bandera y al himno nacional” [FJ 5 b)]. Momento, precisamente, en el que, desde fuera del recinto, podían hacer llegar a los militares allí presentes sus reivindicaciones.

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

Madrid, a quince de diciembre de dos mil veinte.