

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

1. En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente Voto particular por discrepar tanto de la fundamentación como del fallo de la Sentencia recaído en el presente proceso, en cuanto desestima la pretensión planteada tras considerar que la conducta imputada al recurrente, que dio lugar a su condena penal como autor de un delito de ultraje de palabra a la bandera de España, no está amparada por las libertades ideológica y de expresión alegadas.

2. Reiterando en parte los argumentos que expuse en apoyo de la ponencia estimatoria del recurso de amparo presentada a deliberación el pasado 18 de noviembre de 2020 por el Excmo. Magistrado Sr. Ollero Tassara, en lo que sigue, dejo constancia de los fundamentos de mi posición discrepante con el fallo y, también en gran medida, con los razonamientos que sustentan la posición desestimatoria de la mayoría.

El desacuerdo es formal y sustantivo. Mi discrepancia se proyecta sobre la entera argumentación que, para justificar la desestimación del recurso de amparo, desarrolla la sentencia a partir del fundamento jurídico cuarto. Se extiende no sólo a la incorrecta identificación y relevancia que se da a los derechos y valores en juego, sino también a la restrictiva concepción de las libertades ideológica y de expresión que sustenta la decisión desestimatoria mayoritaria. En un plano formal, discrepo también del método de análisis que se propone y emplea, que considero incompleto, así como de la insuficiente atención que en la sentencia se da al contexto en el que se produjo la conducta penalizada. Tal manifiesta desatención permite, en el razonamiento, desligarla de la protesta laboral en cuyo marco se produjo, lo que acaba presentándola como un remedo de diálogo entre un hombre y una bandera, que carece de todo sentido.

En mi opinión, tal y como ha defendido el ministerio fiscal en sus alegaciones, la pretensión de amparo debía haber sido estimada pues la conducta que ha dado lugar a la sanción forma parte indudable del ámbito de protección de las libertades ideológica y de expresión cuyo ejercicio, en este caso, se halla íntimamente relacionado y en conexión

con el de los derechos de libertad sindical y huelga. De otro lado, las palabras puestas en cuestión no produjeron alteración alguna de la paz pública, ni eran aptas para producirla, por lo que la condena penal debió ser anulada como consecuencia de estimar la vulneración de derechos fundamentales alegada.

3. En primer lugar, entiendo que la decisión mayoritaria ha dejado pasar la oportunidad de tomar en consideración el cambio de criterio del ministerio fiscal que, pese a haber promovido la condena en el proceso penal previo, propugna ahora la estimación de la pretensión de amparo con apoyo en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este cambio de posición, sin vincularnos, es significativo y hubiera merecido una mayor atención y reflexión. Se trata de un cambio de posición relevante por ser la única acusación personada en la vía judicial previa que solicitó la condena penal que ahora se cuestiona. Pero también lo es por el momento en que se produce y los argumentos que lo justifican.

La sentencia condenatoria fue dictada el 22 de marzo de 2017, y fue ratificada en apelación el 8 de febrero de 2018. La solicitud de amparo fue presentada el 27 de marzo de ese mismo año, pocos días después de haber sido hecha pública la STEDH de 13 de marzo de 2018 (caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*), a la que el ministerio fiscal, junto con otras, apela para justificar su propuesta estimatoria.

El fiscal aporta una doctrina específica del tribunal europeo sobre la protección que la libertad de expresión ha de recibir en el contexto del debate político cuando, frente a ella, se opone el debido respeto a las instituciones y símbolos del Estado. Como reiteradamente este Tribunal ha señalado, la jurisprudencia del TEDH constituye, ex art. 10.2 CE, un instrumento de obligada consideración en la interpretación y aplicación de las normas relativas a los derechos fundamentales, en la determinación de su sentido y alcance [por todas SSTC 91/2000, de 30 de marzo FJ 7; y 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 15 B)]. En tal sentido, no puedo dejar de destacar que en la citada sentencia, la Corte europea declaró que su condena penal por los tribunales españoles había vulnerado el derecho a la libertad de expresión del recurrente señalando que “una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio”, dado que “el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio Jefe de Estado no puede justificar que se le otorgue a este último un privilegio o una

protección especial con respecto al derecho de informar y de expresar opiniones que le conciernen”.

Como expondré a continuación, la relación de sentido que el caso presente mantiene con el analizado en el reseñado caso *Sterns Taulat y Roura Capellera* (cuya pretensión de amparo fue rechazada en la STC 177/2015, de 22 de julio), en tanto en ambas se examinan actos de menosprecio a las instituciones y símbolos nacionales, debiera haber conducido a la estimación del amparo. Bastaría para ello con haber tomado en consideración que las expresiones de menosprecio a la bandera nacional que se reprochan al demandante (representante sindical), deben enmarcarse en el ámbito de la crítica política a las autoridades militares responsables de las instalaciones que eran escenario del conflicto laboral del personal de limpieza, cuyas reivindicaciones pretendían reforzarse mediante una huelga apoyada por el sindicato al que el demandante representaba. No hay dato alguno que permita considerar que su intención fuera incitar a la comisión de actos de violencia, sino que sus desabridas palabras, demasiado usuales en el habla común, de no ser interpretadas aisladamente y fuera del contexto en el que fueron pronunciadas, han de ser vistas como la expresión simbólica de una insatisfacción y descontento por el escaso apoyo que consideraba estaban recibiendo de los responsables del recinto militar quienes, además, en su condición de representante sindical, le reclamaban cesar o disminuir en sus protestas públicas mientras la bandera nacional era izada cada mañana.

4. Desde un punto de vista metodológico, mi discrepancia tiene que ver con lo que la sentencia enuncia en su fundamento jurídico cuarto como *contenido del control* que al Tribunal Constitucional corresponde realizar cuando analiza las pretensiones de limitación penal de conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales.

El esquema de análisis que se establece obvia aspectos relevantes acerca de las posibilidades de limitación que la Constitución admite. Así, el control propuesto se desarrolla en dos pasos sucesivos, que en realidad es uno solo: consiste en analizar si la conducta objeto de sanción se sitúa o no inequívocamente en el ámbito del contenido del derecho fundamental invocado y si, además, respeta los límites establecidos para su ejercicio. Según este criterio, si la respuesta es positiva, quien transmite el mensaje no

puede ser sancionado; pero si la respuesta es negativa, la sanción penal, de estar prevista por la ley, es conforme a la Constitución.

De esta manera, dejando a un lado el análisis de si la condena penal era necesaria en una sociedad democrática para proteger el bien jurídico alegado (el respeto debido a los símbolos nacionales y las ideas que representan), queda simplificada la incidencia que los derechos fundamentales tienen sobre las pretensiones estatales de limitación de su contenido a través de la sanción penal. El debate constitucional queda reducido de esta forma a la supuesta existencia de una causa de justificación, sin detenerse a analizar si el recurso a la sanción penal es necesario y proporcionado, aunque haya habido una extralimitación en el ejercicio del derecho, lo que se niega en la sentencia aprobada; o si la descripción del tipo penal expresa un objeto de protección que justifique la injerencia y que, en el caso concreto, haya sido puesto en peligro.

5. Lo anterior me obliga también a discrepar de lo que considero una parcial e inadecuada descripción y toma en consideración del contexto en el que se producen las expresiones que hemos de analizar. El relato de hechos probados de la sentencia condenatoria es parco y exiguo. Por sí mismo impide entender el significado de las expresiones proferidas. En tal medida, la decisión mayoritaria de la que disiento ha tenido que completar el escenario acudiendo, en parte, al relato fáctico presente en la fundamentación jurídica de la condena. Pero, repito, sólo se ha acudido en parte, relegando elementos previos que considero esenciales. Dicho escenario completo lo resume acertadamente el ministerio fiscal en sus alegaciones, y aparece recogido en el fundamento jurídico primero de la decisión de condena.

Para situar las expresiones analizadas en su verdadero contexto, debió partirse de la existencia de un conflicto laboral previo que enfrentaba a las personas encargadas de la limpieza de las instalaciones militares donde se izó la bandera con la empresa que tenía contratado dicho servicio (Arsenal Militar de Ferrol). El conflicto dio lugar a una huelga en reclamación de los salarios impagados. En ejercicio del derecho de huelga, para hacer públicas sus reivindicaciones, las trabajadoras y representantes sindicales realizaban concentraciones cerca de la puerta del Dique. En su transcurso, expresaban sus reivindicaciones con proclamas, pitadas y abucheos. Se trataba así, legítimamente, de dar visibilidad al conflicto laboral con acciones realizadas en la vía pública que, al mismo

tiempo, iban dirigidas también a los responsables de la Administración de Defensa para que favoreciesen la resolución del conflicto.

Según la sentencia condenatoria, en este contexto legítimo de protesta en la vía pública, el Almirante Jefe del Arsenal se dirigió por escrito a la secretaría general de una de las organizaciones sindicales que apoyaban la huelga “protestando enérgicamente por la falta de consideración mostrada durante la ceremonia de izado de la bandera en la puerta del Dique” por lo que consideraba “una falta manifiesta de respeto no solo hacia el personal del ministerio de Defensa que participa en dicho acto (...) sino especialmente hacia la bandera y lo que legalmente representa”. La sentencia da cuenta también de una reunión celebrada el día anterior a los hechos debatidos entre el almirante y varios representantes sindicales (entre ellos el demandante) en la que se les pidió rebajar el tono de la protesta durante la ceremonia de izado de la bandera.

El tenor literal de la expresión utilizada (“*aquí tenéis el silencio de la puta bandera*”) y dicho contexto previo permite concluir –como entendió el juez de instancia– que las expresiones proferidas por el demandante fueron una respuesta a la previa solicitud de las autoridades militares, que pretendían rebajar el tono de las protestas. Por lo tanto, como ya expuse, el acto expresivo de desafecto y menosprecio a la bandera nacional que se reprocha al demandante debe enmarcarse en el ámbito de la crítica política y desacuerdo con las autoridades militares responsables de las instalaciones que eran escenario del conflicto laboral cuyas reivindicaciones se defendían legítimamente en la vía pública y en las inmediaciones del centro de trabajo donde se desarrollaba el conflicto laboral. Como afirmamos, por todas, en la STC 37/1998, de 17 de febrero, FJ 3, el derecho a la huelga “implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin” (STC 254/1988, fundamento jurídico 5º; y AATC 71/1992 y 17/1995), o, en otros términos, encaminadas a “recabar la solidaridad de terceros” (STC 123/1983, fundamento jurídico 4º). De la misma forma, el derecho de huelga incluye el derecho de difusión e información sobre la misma (STC 332/1994, fundamento jurídico 6º, reiterada por las SSTC 333/1994 y 40/1995), integrándose en el contenido esencial de dicho derecho de huelga la posibilidad de difundirla y a hacer de ella publicidad (ATC 158/1994).

Pero las expresiones que han dado lugar a la condena penal deben también ponerse en relación con la pretensión del responsable del recinto militar de alzaprimar el respeto ceremonial durante el izado de la bandera sobre el legítimo ejercicio del derecho de reunión y manifestación conexo con el ejercicio del derecho de huelga. Parece evidente que, para el recurrente, la demanda y satisfacción de las reivindicaciones laborales era cuando menos tan importante como la ceremonia de izado de la bandera, por lo que no era legítimo pedirles que cesaran en sus protestas con el fin de mostrar respeto en la forma en que les fue propuesta. En la medida en que, en la conducta humana, la intención se expresa en la acción y su significado externo, no hay carga argumentativa que exigir al demandante para dar sentido a sus palabras.

En definitiva, considero que la conducta penalizada, en tanto protesta pública y reivindicación, sí estaba íntimamente relacionada con la libertad ideológica y de expresión y con la libertad sindical y el derecho de huelga. En tal medida, el análisis completo del contexto en que se produjeron las desafortunadas expresiones que han dado lugar a la condena penal debiera habernos llevado a la conclusión opuesta a la que sostiene la sentencia de la que discrepo.

6. En lo sustantivo, discrepo respetuosamente de la concepción restrictiva de las libertades ideológica y de expresión expresada por la mayoría. Considero que desatiende y nos aleja de los estándares europeos sobre su contenido (doctrina del TEDH), y cuestiona así su carácter constitutivo y esencial en una sociedad democrática. No puedo sino coincidir con los criterios generales sobre la importancia y contenido de la libertad de expresión que se expresan en el fundamento jurídico 3º de la sentencia. Pero creo que son insuficientes. A ellos, además de aplicarlos correctamente, debiéramos haber añadido las consideraciones expuestas reiteradamente en la jurisprudencia constitucional sobre la posición preferente de la libertad de expresión cuando se ejercita en el ámbito de la libertad ideológica, la crítica política, o en conexión instrumental con el ejercicio de otros derechos fundamentales; situaciones éstas en que la libre expresión de ideas, aún ofensivas o hirientes, se torna especialmente resistente a las pretensiones de limitación estatal.

Así lo expusimos recientemente en la STC 89/2018, de 6 de septiembre, del Pleno, al declarar inconstitucional el despido disciplinario de un representante sindical por los

actos de protesta que interrumpieron el Pleno de una corporación municipal, que había subcontratado los servicios de vigilancia y seguridad con una empresa con la que sus trabajadores mantenían un conflicto laboral que había llevado a convocar una huelga. Recordábamos entonces que determinadas manifestaciones de los representantes de los trabajadores “que en otro ámbito pudieran ser ilegítimas no tienen por qué serlo cuando su actuación se concreta en el ejercicio de las facultades que específicamente se asigna a estos cuando actúan en la defensa de los derechos de los trabajadores a quienes representan. En tales casos, el logro de la efectividad de los derechos del trabajador en el interior de las organizaciones productivas conlleva necesariamente el reconocimiento de un mayor ámbito de libertad y protección en la actuación de los representantes de los trabajadores” [FJ 3 b)]

También la perspectiva de máxima amplitud del ejercicio de la libertad ideológica debiera habernos llevado a una conclusión estimatoria opuesta a la acordada. En la STC 22/1990, de 15 de febrero, al analizar la condena penal por injurias al Jefe del Estado entonces cuestionada, destacó este Tribunal que sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 de la Constitución, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de Derecho que en dicho precepto se instaure. Añadimos entonces que “para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978”. Aceptando que los derechos sustantivos reconocidos en la Constitución, cualquiera que sea su fundamento, no son ilimitados, su carácter esencial “hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni en sus manifestaciones tenga más limitación (en singular utiliza esta palabra el art. 16.1 C.E.), que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

Se trata de un límite específico, más restrictivo y concreto que los límites generales reconocidos en el art. 20.4 CE para las libertades de expresión e información. Por ello, comparto y considero aplicable al caso presente el criterio de juicio que ya entonces se afirmó, según el cual, cuando la libertad ideológica se exterioriza a través de juicios de valor u opiniones, de forma que la visión globalizada de ambos derechos, o de

las limitaciones con que han de ser ejercidos, han de servir también y principalmente para determinar si la faceta injuriosa de las expresiones proferidas, puede o debe desaparecer ante la protección a la libertad ideológica del autor que consagra el art. 16.1 de la Constitución. Tales consideraciones no han sido tomadas en cuenta en la sentencia condenatoria, ni tampoco en la que la mayoría acuerda la desestimación de la pretensión de amparo.

La aplicación de tales criterios, y no sólo de los que acertadamente se recogen sobre el contenido abstracto del derecho a la libertad de expresión y sus límites, me llevan a la conclusión de que, aunque puedan ser calificados como ofensivos los términos con que el demandante expresó su desafección al carácter simbólico de la bandera nacional y a la expresión de respeto que las autoridades militares les reclamaron, en forma de silencio en su protesta, las expresiones proferidas no alcanzan los límites de una conducta merecedora de una sanción penal, pues forman parte del ámbito de protección de los derechos invocados.

En consecuencia, no cabe restringir la exteriorización de ideas u opiniones por el hecho de que la misma se realice en términos groseros, desabridos o hirientes, a no ser que con ellas se lesionen efectivamente otros derechos o bienes de relevancia constitucional. En mi opinión, la interpretación conforme a la Constitución del tipo penal aplicado hubiera exigido objetivar el bien jurídico digno de protección. No pueden serlo los sentimientos subjetivos de ofensa que puedan experimentar los ciudadanos, muchos o pocos, civiles o militares; sino únicamente el peligro real de alteración de la paz pública, expresión de una convivencia social tolerante con las diferentes ideas ajenas, a veces contrapuestas, que expresan también el pluralismo político. Allí donde, como ocurre en este caso, no se produce ese riesgo real e inminente, las expresiones públicas de desafecto a los símbolos nacionales, cuando están relacionadas con el debate público sobre el orden político y social y la prioridad con que deben ser atendidas determinadas pretensiones, deben ser combatidas con una desaprobación social argumentada, pero no mediante la represión penal pues, en estos casos, el recurso a dicha vía conlleva, en tantas ocasiones, la devaluación del propio sistema democrático, cuyo fortalecimiento y desarrollo precisa de una opinión pública libre e informada.

En conclusión, al igual que en el recurso núm. 526/2019, deliberado y resuelto esta misma semana, el Tribunal ha mantenido finalmente una condena penal en un caso en el que, alegando específicamente la STEDH de 13 de marzo de 2018, caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, el ministerio fiscal no mantenía su pretensión acusatoria, lo que ha llevado a desestimar un recurso de amparo al que nadie se había opuesto.

Nunca deberíamos olvidar que la bandera constitucional es la bandera de una Democracia. Y que también protege a los que no la aprecian.

Madrid a quince de diciembre de dos mil veinte.

Cándido Conde-Pumpido Tourón