

**ULTRAJE A LA BANDERA
Y CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
COMENTARIO A LA STEDH
*FRAGOSO DACOSTA CONTRA ESPAÑA***

**OUTRAGE TO THE FLAG AND EUROPEAN CONVENTION
ON HUMAN RIGHTS. COMMENT OF THE ECHR JUDGMENT
*FRAGOSO DACOSTA AGAINST SPAIN***

Ignacio Álvarez Rodríguez*

RESUMEN: El presente artículo es un estudio crítico de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el asunto Alonso Saura c. España, de 8 de junio de 2023.

PALABRAS CLAVE: Convenio Europeo de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Constitución; España. Libertad de expresión.

ABSTRACT: This article is a critical study of the judgment of the European Court of Human Rights in the Alonso Saura c. Spain affaire, of June 8, 2023.

KEYWORDS: European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights; Constitution; Spain. Freedom of speech.

* Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. Correo-e: ialvarez1@ucm.es . ORCID ID: 0000-0001-6873-7269

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. ANTECEDENTES. 3. LA SENTENCIA DEL TEDH.— 4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS: 4.1. La Decisión de inadmisión en el *asunto Jorge López c. España*. 4.2. La Decisión de inadmisión en el *asunto Gosalbo Moliner c. España*. 4.3. La protección de la bandera. 4.4. Democracia y libertad de expresión.— 5. CONCLUSIÓN.— 6. FUENTES CITADAS.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se va a realizar un comentario crítico a la resolución pronunciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el *asunto Fragoso Dacosta contra España*, dictada el 8 de junio de 2023¹. Para ello dividiremos el texto en diversos epígrafes. El primero se ocupará de explicar con detalle los antecedentes del caso. El segundo aborda con ánimo de síntesis comprensiva el razonamiento jurídico de la sentencia convencional. El tercero aborda desde una perspectiva crítica los postulados sentados en Estrasburgo. El cuarto pretende resumir las reflexiones desperdigadas a lo largo del trabajo en un breve cuerpo de ideas. Y el último concluye con las ideas que han dejado poso una vez se ha reflexionado sobre el particular².

¹ Barruntamos la condena a nuestro país en Álvarez Rodríguez, I; *La libertad de expresión en la encrucijada*, Editorial Juruá, Oporto, 2023, p. 55 y ss; y previamente en Álvarez Rodríguez, I; «Libertad de expresión y ultraje a la bandera de España. Comentario a la STC 190/2020, de 15 de diciembre», *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n° 1, 2021, pp. 343-377. Una visión panorámica desde la Filosofía del Derecho sobre las diferentes aristas interpretativas que presenta este derecho fundamental puede verse en los trabajos compilados por Núñez Vaquero, Á; y Morales Luna, F (eds.); *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra, Lima, 2022.

² Tales ideas se encuadran en las lecturas de un debate doctrinal protagonizado por la doctrina penalista y constitucionalista. La regla general de estos trabajos es la crítica a tipos penales como el de autos, abogando por la libertad de expresión con carácter general. Véase, respectivamente, Núñez Castaño, E; *Libertad de expresión y derecho penal. La criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023; y Alcácer Guirao, R; *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid, 2020; Teruel Lozano, G; «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 47, 2021, pp. 411-436; Valero Heredia, A; «Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 110, 2017, pp. 305-333; desde la óptica del derecho a la creación artística véase Vázquez Alonso, V; *La libertad del artista. Censuras, límites y cancelaciones*, Athenaica, Sevilla, 2023. También puede consultarse Alegre Martínez, M.Á; «La libertad de expresión y sus límites en torno a los símbolos del Estado». En Del Carpio Delgado, J; Holgado González, M^a; y De Pablo Serrano, A; *La libertad de expresión asediada. Delitos de odio, delitos de opinión, censuras de Gobiernos y empresas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

2. ANTECEDENTES

En el caso que vamos a comentar ahora, el demandante, representante sindical, participó en protestas diarias desde octubre de 2014 hasta marzo de 2015 frente al Arsenal Militar de Ferrol (España), base y recinto militar plenamente operativos, en respuesta a un conflicto por el impago de salarios de los empleados de la empresa encargada de la limpieza del propio arsenal, lo que los había llevado a declararse en huelga. Fue condenado por el delito de injuria a España tras gritar por un megáfono, durante el izado solemne de la bandera nacional, «Aquí tenéis el silencio de la puta bandera» y «Hay que prender fuego a la puta bandera». Se le castigó con una multa de 1.260 euros, que podría ser sustituida por la privación de libertad en caso de impago, en aplicación del artículo 543 CP, donde se regula el delito de ultraje a los símbolos nacionales³.

El recurso del demandante ante la Audiencia Provincial fue desestimado al igual que su recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que este resolvió mediante la sumamente polémica STC 190/2020, de 15 de diciembre. Respecto a esta, y aunque citaremos doctrina suficiente en momentos posteriores, baste traer el criterio de la profesora Cuerda: intervenir penalmente en este tipo de casos, donde correlaciona la protección de símbolos nacionales con las normas penales, es un desatino porque la conducta cae dentro del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión y, bajo ningún pretexto, se puede deducir que la sanción impuesta cumpliera el canon de proporcionalidad, pues el castigo penal era innecesario y desproporcionado en una sociedad democrática⁴. Por no mencionar la omisión del contexto de conflicto laboral en el que se fraguaron los hechos de autos, con los consabidos matices que ello introducía en una ampliación del radio de la libertad de expresión al ligarse a una reivindicación social⁵.

³ Para ver lo que algunos sectores doctrinales han denominado control del discurso disidente mediante el Código Penal puede véase Urías, J; *Libertad de expresión. Una inmersión rápida*, Tibidabo, Barcelona, 2019. La norma dice así: «Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses».

⁴ Vid. Cuerda Arnau, M^a.L.; «El control constitucional deferente en materia penal (tres ejemplos de renuncia al control material sobre el derecho a castigar)», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n^o 32, 2022, pp. 68-87.

⁵ Así lo defiende Rojo Torrecilla, E; «La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito laboral y de protección social. Notas a la sentencia de 8 de junio de 2023, caso Fragozo Dacosta c. España. Sobre la libertad de expresión de un representante sindical: vulneración del art. 10.2 del Convenio (y muy amplio, y obligado, recordatorio de la sentencia del TC 190/2020 de 15 de diciembre)», <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/06/la-importancia-de-la-jurisprudencia-del.html>, 9 de junio de 2023. Último acceso: 20/06/2023.

El Tribunal Constitucional había considerado que las declaraciones del demandante no gozaban de la protección del derecho a la libertad de expresión, reconocido en el artículo 20 de la Constitución española, porque habían sido objetivamente ofensivas y habían mostrado hostilidad y falta de respeto hacia dicho símbolo en un contexto totalmente ajeno a los valores que expresa. Igualmente, las expresiones insultantes habían sido innecesarias y ajenas a las reclamaciones salariales no pagadas y, por ello, no subsumibles en el ejercicio de la libertad de expresión.

A pesar de que el Tribunal aceptó que el lenguaje utilizado por el demandante podría haber sido considerado provocativo al emplear gratuitamente improperios, no hubo indicios de desorden o disturbios tras sus declaraciones y ni la Audiencia Provincial ni el Gobierno intentaron justificar su condena por referencia a la incitación a la violencia o al discurso del odio. Si bien el Tribunal Constitucional se había referido a un «sentimiento de intolerancia» transmitido por el demandante, no había examinado si había motivos suficientes para considerar que sus declaraciones constituían un discurso de odio, como la existencia de un contexto político o social tenso, o la capacidad de que las declaraciones condujeran a consecuencias perjudiciales. Además, habían sido declaraciones orales, realizadas durante una protesta, por lo que el solicitante no pudo haberlas reformulado, afinado o haberse retractado de ellas. Tampoco se argumentó que las declaraciones hayan tenido un amplio impacto público. Las críticas a la resolución de la mayoría quedaron reflejadas en los diferentes votos particulares que se interpusieron. Además, no deja de sobrevolar en todos ellos la acusación de apreciación subjetiva como criterio jurídico rector de esa mayoría. No obstante, sería una actitud ilusa que no se compadece con la realidad pretender que tales juicios pueden ser o son desapasionados. *Mutatis mutandis*, seguimos el criterio del profesor Belda, cuando dice que: «la persona que quema una bandera o la imagen del rey para pedir la independencia de su territorio puede o no proyectar una actitud de ofensa a España, o a su comunidad autónoma, a través de la quema de sus símbolos, querer o no ultrajar, pero lo que sí es cierto es que está expresando una opinión adversa al orden establecido a través de aquello que lo simboliza, y ese trasfondo estará siempre presente para el operador jurídico que lo valore»⁶.

Sea como fuere, se acaba por plantear recurso de amparo internacional y el TEDH resuelve que estamos ante un asunto relacionado con el artículo 10 CEDH. Adelantamos ya que el TEDH dice que la sanción penal impuesta al demandante equivalía a una injerencia en su derecho a la libertad de expresión, había sido «prevista por la ley» y, dada la importancia de promover la cohesión social, la sanción debía buscar la protección de la bandera, en aras de conseguir el fin legítimo de proteger los «derechos de los demás». Por lo tanto, Estrasburgo tuvo que determinar si la sanción penal impuesta había sido «necesaria en una sociedad democrática».

⁶ Vid. Belda Pérez-Pedrero, E; «Elementos simbólicos de la Constitución española. La protección al uso de símbolos por las personas y las instituciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 117, 2019, p. 63 y ss.

3. LA SENTENCIA DEL TEDH

El Tribunal de Estrasburgo delimita el objeto del proceso pues en el presente caso distingue de aquellos en los que se sopesó el derecho a la libertad de expresión frente al derecho al respeto de la vida privada⁷. En tanto en cuanto las declaraciones provocativas dirigidas contra un símbolo nacional pueden herir los sentimientos de las personas, el daño causado, si es que lo hubo, fue de naturaleza diferente al que se origina cuando se ataca la reputación de una persona determinada. Tal cuestión queda meridianamente clara en el cuerpo de la sentencia.

Si bien la Audiencia Provincial había afirmado que el personal militar había experimentado «un intenso sentimiento de humillación», las declaraciones del demandante no se habían dirigido a ninguna persona o grupo de personas sino a un símbolo. No habían causado daños personales ni materiales, la acción penal se había puesto en marcha únicamente a iniciativa del Ministerio Fiscal (quien en el proceso ante el Tribunal Constitucional interesó la concesión del recurso de amparo), y no se habían presentado demandas civiles. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la Audiencia Provincial no justificó la condena del demandante ni como incitación a la violencia ni como incitación al odio. El Tribunal Constitucional, por su parte, no examinó si existían motivos suficientes para considerar que las declaraciones comportaban un delito de odio, tales como la existencia de un tenso trasfondo político o social o la capacidad para provocar consecuencias perjudiciales. Estrasburgo tiene en cuenta, además, el hecho de que los comentarios se hicieron oralmente durante una protesta, por lo que el demandante no tuvo la posibilidad de reformularlas, refinarlas o revocarlas.

Además, el día anterior a las declaraciones en cuestión, las autoridades militares habían pedido expresamente al demandante que «bajara el tono» de su protesta durante el acto solemne y, como señaló el juzgado penal, sus referencias al silencio de la bandera, podrían ser desvirtuadas consideradas como una expresión de frustración frente a esa solicitud. Sus declaraciones podrían ser consideradas razonablemente no como un mero insulto sino como una crítica y una expresión de protesta e insatisfacción hacia el personal militar como empleador de los empleados de la empresa de limpieza. En el contexto, podría aceptarse que hubo un debate sobre un asunto de interés general para esos empleados. Los afiliados sindicales debían poder expresar a su empleador las reivindicaciones con las que buscaban mejorar la situación de los trabajadores en su empresa y, si bien cualquier individuo que participara en un debate público de interés general no debía traspasar ciertos límites, parti-

⁷ El artículo 8 CEDH ha sido alegado ante el TEDH para contestar la licitud de la administración obligatoria de la vacuna contra la COVID-19. Vid. Lucas Murillo De La Cueva, E; *Aspectos constitucionales de la vacunación a la luz de la pandemia de Covid-19*, Iustel, Madrid, 2023, p. 125 y ss.

cularmente en lo que se refiere al respeto por la reputación y los derechos de los demás, se permitía cierto grado de exageración o incluso de provocación. Es sabido que esta es una constante en la jurisprudencia del TEDH.

Algunos razonamientos del TEDH son especialmente reseñables. Por un lado, el TEDH considera que, si bien las declaraciones provocativas dirigidas contra un símbolo nacional pueden herir los sentimientos de las personas, el daño así generado, si es que fuere el caso, es de naturaleza diferente al que se produce cuando se ataca la reputación de una persona. En el presente caso, si bien la Audiencia Provincial declaró que los militares habían experimentado «un intenso sentimiento de humillación», las declaraciones del demandante no iban dirigidas contra ninguna persona o grupo de personas.

El Tribunal tiene en cuenta, además, varios factores. En primer término, que las declaraciones del demandante no causaron ningún daño personal o material. Tampoco se interpusieron reclamaciones civiles en relación con las declaraciones del demandante. A mayor abundamiento, este era representante sindical, y la jurisprudencia convencional ofrece una mayor protección en su derecho a la libertad de expresión, en la medida en que debe poder expresar a su empleador las demandas mediante las que pide mejoras en la situación de los trabajadores a los que representa. Por último, aprecia que el demandante fue condenado a una multa de 1.260 euros, que podía ser sustituida por la privación de libertad en caso de impago. En opinión del Tribunal, el importe de la multa impuesta al Sr. Fragoso Dacosta era significativa y el hecho de que la privación de libertad pudiera ser en última instancia acordada como pena alternativa resulta especialmente relevante al parecer del TEDH.

Por último, el monto de la multa fue significativo y particularmente relevante el hecho de que se pudiera imponer la privación de libertad como pena sustitutiva. Teniendo en cuenta las circunstancias particulares, la severidad del castigo impuesto había excedido la seriedad del delito; por lo tanto, la sanción penal había sido desproporcionada con respecto al fin perseguido. En conclusión, el Tribunal no ha quedado convencido de que las autoridades nacionales hayan equilibrado los intereses relevantes en juego al condenar al demandante e imponerle una sanción tan excesiva. Dictamina la violación por unanimidad y condena al Reino de España a abonar 1.260 EUR en concepto de daño material y 6.000 EUR en concepto de daño moral. La sentencia será firme o recurrida a la Gran Sala, en su caso, en el plazo de tres meses.

Otro dato sintomático, en fin, es que no se opusieron votos particulares a la resolución comentada, a buen seguro fruto de que el asunto no suscitó especiales dudas a *pool* de Jueces que la dictaron.

4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

La intención de estas páginas es realizar un comentario crítico a la sentencia de condena contra el Reino de España, recaída en el *asunto Fragoso Costa c. España*. La cronología del estudio atiende a los siguientes hechos, que no pueden hurtarse al lector para la correcta comprensión de las páginas venideras.

En el año 2021 publicamos un artículo científico donde veníamos a decir que la denegación de amparo por parte de la STC 190/2020 de un sindicalista que profirió insultos contra la enseña nacional sería enmendado en Estrasburgo, por ser un ejercicio manifiesto de la libertad de expresión, a tenor de la jurisprudencia recaída respecto del artículo 10 CEDH en general y respecto a España en particular. También sobre esto último hemos podido elaborar algún trabajo al respecto.

Desde que se publicó la pieza hasta la escritura de estas líneas tanto la doctrina constitucionalista como la penalista ha insistido en lo que la comunidad jurídica opinó al respecto en su día de forma casi pacífica: o bien se deroga el artículo 543 CP, o se redacta de forma radicalmente diferente o se aplica con extrema prudencia por parte de los tribunales⁸. Se podría decir que el castigo penal de expresiones —más allá de la necesaria observancia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, que obligarán en su caso a matizar lo que proceda— es visto de forma ampliamente sospechosa por la jurisdicción convencional⁹. El *asunto Fragoso Dacosta c. España* lo confirma ahora¹⁰. Previamente ya estábamos prevenidos y advertidos: en el *asunto Par-*

⁸ El profesor Azpitarte es de la opinión de que el Tribunal Constitucional tendría que haber planteado una cuestión interna de constitucionalidad, máxime teniendo en cuenta que la denegación de amparo se produce después de reevaluar los hechos acaecidos en autos. Véase su opinión en Presno Linera, M.Á.; «Breves consideraciones sobre el caso “hai que prenderlle lume á puta bandeira”», *El derecho y el revés*, 9 de febrero de 2021. En línea: <https://presnolinera.wordpress.com/2021/02/09/breves-consideraciones-sobre-el-caso-hai-que-prenderlle-lume-a-puta-bandeira/>. Consultado el 19 de junio de 2023. El profesor Lascuraín ya argumentaba que cuanto más política fuera una expresión, más justificable es, por desabrida o hiriente que sea. En consecuencia, le parece bien encaminada la propuesta de eliminar los delitos referidos a ultrajes a las banderas. Vid. Lascuraín, J.A.; «Labios como espadas: libertad de expresión y Derecho Penal», *Almacén de Derecho*, 29 de abril de 2021. En línea: <https://almacenderecho.org/labios-como-espadas-libertad-de-expresion-y-derecho-penal>. Último acceso: 18 de junio de 2023.

⁹ La doctrina penalista llama la atención sobre la necesaria interpretación restrictiva del tipo. Vid. Carpio Briz, D.; «Artículo 543». En Corcoy Bidasolo, M.; y Mir Puig, S (dirs.); y Vera Sánchez, J.S (coord.); *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 1651 y ss; véase también Dopico Aller, J.; «Interrogantes sobre la libertad de expresión a la altura de 2022», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 32, 2022, pp. 10-15.

¹⁰ Véase Bilbao Ubillos, J.M.^a; «La protección penal de los símbolos nacionales. El delito de ultraje a la bandera», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 126,

tido Popular Demócrata Cristiano c. Moldavia, nº 2, de 2 de febrero de 2010, el TEDH entendió que formaba parte de la crítica política admisible quemar una bandera y una reproducción de la figura del Jefe del Estado. Se debió tener en cuenta que quien puede lo más suele poder lo menos¹¹.

La doctrina ha entendido que si no se extreman las precauciones a la hora de sancionar penalmente el ejercicio de la libre expresión, las condenas se sucederán en Estrasburgo. Dicho en corto: el castigo penal cuando se ultraja a la nación y/o a sus símbolos cada vez goza de menos predicamento desde la atalaya convencional. Aun siendo discutible desde el punto de vista intelectual, tal cosa tiene sentido si se repara en los aires que soplan en una institución que pertenece, al fin y al cabo, a una organización internacional regional, cuyo compromiso con los valores del multilateralismo y globalización jurídica en torno a los derechos humanos ha quedado ampliamente contrastado (aunque quizá nunca del todo satisfechos)¹².

Tampoco cabe eludir dos pronunciamientos previos del TEDH sobre España que sirven como contexto mediato de la resolución que aquí comentamos. Nos referimos a dos Decisiones de inadmisión, una de 20 de septiembre de 2022 y otra de 2 de marzo de 2023, que a pesar de inadmitir la demanda de tutela de los derechos fundamentales (de la libertad de expresión), lo hace con una *ratio decidendi* que merece la pena siquiera esbozar.

2022, págs. 13-47; Presno Linera, M.Á.; «Breves consideraciones sobre el caso “hai que prenderlle lume á puta bandeira”», *El derecho y el revés*, 9 de febrero de 2021. En línea: <https://presnolinera.wordpress.com/2021/02/09/breves-consideraciones-sobre-el-caso-hai-que-prenderlle-lume-a-puta-bandeira/>. Consultado el 19 de junio de 2023; y González Collantes, T; «La libertad por bandera: el delito de ultrajes a España y la STC 190/2020», *Revista General de Derecho Penal*, nº 37, 2022, pp. 1-51.

¹¹ En plena redacción de este trabajo se tuvo noticia de que el Juzgado de Barcelona nº 23 dictó sentencia en 2023 absolviendo a un independentista por quemar una bandera de España en una celebración del 12 de octubre en Barcelona. El ministerio fiscal solicitaba multa de 3.000 euros y cinco meses de prisión. El Juzgado español emplea el razonamiento del TEDH en su sentencia dictada en el *asunto Stern Taulats y Roura Capellera* de 2018, quien, por lo demás, suele proteger el portar y exhibir banderas tanto para identificar ciertas ideas como para publicitar una crítica contra ciertos postulados (STEDH *Tőkés c. Rumanía*, de 27/7/2021; y STEDH *Fâber c. Hungría*, de 24/10/2012). Vid. López Guerra, L.; *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 243 y ss.

¹² García Roca, J; «Globalización de los derechos versus identidades constitucionales: la protección supranacional». En Aragón Reyes, M; Valadés Ríos, D; y Tudela Aranda, J (coords); *Derecho Constitucional del siglo XXI. Desafíos y oportunidades*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023.

4.1. Decisión de inadmisión en el asunto *Jorge López c. España*

En la primera Decisión, evacuada en 2022, se enjuiciaba el caso del cantante de rap Saúl Jorge López, perteneciente al grupo *La Insurgencia*. El cantante llega a Estrasburgo porque entiende que se han vulnerado los derechos contemplados en el artículo 6.1 CEDH (acceso a un tribunal) y del artículo 10 (libertad de expresión). Las letras de las canciones publicadas entre el 2014 y el 2016 mostraban una clara glorificación y loa del terrorismo, en gran medida del GRAPO aunque también de ETA. Defendían sus acciones, llamaban a la acción y, en suma, apoyaban medidas armadas contra políticos, jueces, fuerzas de seguridad, «los ricos» y la Corona.

En aplicación del artículo 578 del Código Penal, la Audiencia Nacional condena al demandante a dos años de cárcel y a una multa de 4.800 euros¹³. Es procedente hacer notar que la pena podía haber llegado a los tres años de cárcel conforme dicho precepto establece. Ítem más: en recurso de apelación, la Audiencia Nacional reduce la sentencia del condenado a seis meses

¹³ El precepto reza así: «1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57. 2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información. 3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior; que podrá elevarse hasta la superior en grado. 4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos. Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión; b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores. 5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa».

de prisión y a una multa de 1.200 euros. Entiende que la incitación a la violencia se ha establecido objetivamente, más allá de toda duda, en la medida en que las letras de las canciones podrían provocar un reflejo emocional de pura hostilidad, incitando y promoviendo odio e intolerancia contra personas, representantes, autoridades e instituciones. La misma Audiencia llegó a la convicción de que la interferencia en la libertad de expresión del cantante había sido necesaria y proporcional en el presente caso.

El cantante recurre ante el Tribunal Supremo, quien en 2020 rechaza su recurso de casación, arguyendo que las trazas de los actos terroristas del GRAPO y ETA todavía resonaban en varias víctimas, recordándose como experiencias traumáticas en la sociedad española. Tampoco prosperó el recurso de nulidad del cantante, pues el Tribunal Supremo lo rechaza en el año señalado. En 2021, interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, quien lo inadmite a trámite por carecer de especial trascendencia constitucional¹⁴.

La legislación penal española establece que, en caso de no tener antecedentes penales, la persona condenada a dos años o menos de prisión no entrará en la cárcel. Así sucedió: en 2021 la ejecución de la pena de seis meses se suspende en aplicación del artículo 80 CP, con la resolución judicial motivada mediante¹⁵. La vía quedó expedita para que el demandante pudiera ejercitar las acciones procesales internacionales oportunas.

¹⁴ Sigue siendo obligada referencia la obra de Hernández Ramos, M; *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Reus, Madrid, 2009.

¹⁵ La norma dice así: «1. Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. 2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 1.ª Que el condenado haya delinquirido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. 2.ª Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del pago de la multa. 3.ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127. Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento. 3. Excepcionalmente,

Y eso hizo, llegando a la jurisdicción de Estrasburgo, alegando la quiebra de su libertad de expresión en la medida en que la interferencia estatal no era necesaria toda vez que la esencia de su música era provocar a la opinión pública en forma de «canciones protesta». También arguye que el GRAPO, como organización terrorista, dejó de existir en 2007. En cuanto a la vulneración de su derecho a obtener un remedio judicial adecuado, entiende que el Tribunal Constitucional ha rechazado juzgar el fondo del asunto amparándose en requisitos formales de admisibilidad, lo cual cree que atenta contra el artículo 6.1 CEDH.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechaza de plano ambos argumentos e inadmite a trámite el asunto. No obstante, es un rechazo fundamentado y argumentado. Primero expondremos lo que sostiene respecto a la libertad de expresión y después los argumentos que brinda respecto del derecho a un juicio justo.

Respecto a la libertad de expresión, el Tribunal comienza por recordar que también ampara las ideas, opiniones o expresiones que ofenden, conmocionan o perturban. Entiende Estrasburgo que no es tarea del Tribunal sustituir a las autoridades nacionales sino comprobar que sus decisiones respetan las

aunque no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a del apartado anterior; y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.^a del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2.^a o 3.^a del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta. 4. Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo. 5. Aun cuando no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.^o del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación. 6. En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena».

exigencias del precepto en cuestión. Los Estados gozan de cierto margen de apreciación en el marco del artículo 10 CEDH¹⁶. A la hora de analizar declaraciones que llaman a la violencia, el TEDH tiene que analizar, en primer lugar, si el contexto de fondo presenta tensiones políticas o sociales; en segundo lugar, si las declaraciones correctamente construidas y vistas en su contexto, por más amplio que este sea, pueden ser una llamada, directa o indirecta, a la violencia o a la justificación de la violencia, al odio o a la intolerancia; y, en tercer lugar, la manera en que fueron proferidas las letras, en su capacidad, directa o indirecta, de conducir a consecuencias dañinas.

Al TEDH no le tiembla el pulso al afirmar algunas ideas que suscribimos desde aquí. Por un lado, las canciones y los vídeos del grupo justificaban y glorificaban el terrorismo, en particular al GRAPO como organización, así como por a integrantes y a los concretos crímenes que cometieron. Tales canciones eran incitación al odio y los tribunales nacionales así lo establecieron, resaltando que en ellas se hacía un llamamiento a cometer actos violentos. El TEDH pone el acento en que tales canciones estaban fácil y gratuitamente disponibles en Internet y habían sido interpretadas en conciertos, pudiendo alcanzar, potencialmente, una audiencia larga, incluidas personas jóvenes.

Continúa el TEDH arguyendo que no cabe ignorar que las dos organizaciones terroristas, ETA y el GRAPO, glorificadas en las canciones, han causado diversas muertes y lesiones, después de décadas de actividad terrorista. Es más, diversas causas judiciales están todavía pendientes hoy, respecto de dichas actividades y continúan siendo foco de atención de la sociedad y de los medios de comunicación. Estos eventos traumáticos siguen estando frescos en la mente colectiva de España, justificando cierta regulación de las manifestaciones que sobre ellos se viertan.

Los tribunales nacionales, sigue el TEDH, resaltaron referencias explícitas en las letras a métodos violentos o terroristas, apoyando el uso de explosivos y otras armas, la destrucción de oponentes, al igual que sponsorizaban causar daños materiales a instalaciones como cajeros automáticos o supermercados. Las letras acogen directamente la voluntad de hacer daño o matar a políticos, jueces, a las personas ricas, a la Familia Real y a todos aquellos percibidos como oponentes ideológicos. En resumen: «las canciones trasladaban al oyente la idea general de que el recurso a la violencia y al terrorismo estaba justificado. El Tribunal está de acuerdo con que las letras fueron mucho más

¹⁶ No sólo se traduce dicho margen en cuestiones referentes a la libre expresión sino también respecto a las libertades electorales, uno de los asuntos que más relevancia tienen a día de hoy en el marco tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea. Véase, respectivamente, García Vitoria, I; y Garrote De Marcos, M^a; «La revisión de las elecciones por el TEDH y la democracia como identidad europea y constitucional». En García Roca, J; y Bustos Gisbert, R; *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Arazandi, Cizur Menor, 2022, pp. 177-215; y Ferrer Martín De Vidales, C; «La nueva propuesta de reforma de las elecciones al Parlamento Europeo: ¿destinada otra vez al fracaso?», *Revista General de Derecho Europeo*, n° 60, 2023, pp. 1-49.

allá de lo que podría calificarse de “canciones-protesta”, tal y como pretendía el demandante.

Las propias jurisdicciones nacionales subrayaron el hecho de que los mensajes estaban especialmente dirigidos a los jóvenes y tenían por objeto alcanzar una audiencia amplia, mediante un canal de YouTube, un perfil en Facebook y los conciertos en directo. El TEDH juzga razonable que los jueces españoles valorasen el riesgo que implicaba acentuar el mensaje verbal por los videos agresivos que el grupo publicaba, incluso empleando en alguno de ellos el emblema del GRAPO. Por ello, el TEDH no ve razones para sustituir la apreciación de las jurisdicciones patrias, recordando la importancia, en un caso como este, del margen de apreciación nacional. Los motivos por los que se condenó al demandante, señaladamente combatir la glorificación o justificación del terrorismo son «relevantes y “suficientes” para justificar una interferencia como la de autos, y en ese sentido conforman una necesidad social acuciante.

Respecto a la presunta vulneración del artículo 6.1 CEDH, el TEDH argumenta que el precepto permite tanto interponer demandas como obtener una resolución del caso demandado. El Tribunal recuerda que el demandante pudo interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y obtuvo resolución del caso, y no de forma ni irracional ni arbitraria, sino fundamentando la decisión de inadmisión en la falta de trascendencia constitucional. Sucede que el demandante en amparo internacional «simplemente está en desacuerdo con el resultado y el hecho de que no favoreciera a sus intereses». Declara el TEDH, consecuente y congruentemente, la inadmisión a trámite del mismo también en este aspecto.

4.2. La Decisión de inadmisión en el asunto *Gozalbo Moliner c. España*

La otra Decisión de inadmisión tuvo lugar en el *asunto Gozalbo Moliner c. España*, dictada el 2 de marzo de 2023. En este caso sucedió que un grupo de estudiantes, entre los que se encontraba la demandante, forzaron una puerta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona e interrumpieron una mesa redonda cuyo objeto de reflexión era el modelo universitario, evento organizado por una asociación privada. Los manifestantes leyeron un manifiesto con un megáfono, gritaron y silbaron. Invitados a salir del recinto, se negaron rotundamente, por lo que las autoridades universitarias tomaron la decisión, de acuerdo con los organizadores, de suspender la mesa redonda para evitar males y/o riesgos mayores. Hay que hacer notar desde ahora que las conductas de los manifestantes no causaron daño personal ni material alguno, aunque no por ello debemos olvidar que las aguas bajan revueltas en los últimos tiempos en determinados campus universitarios españoles¹⁷.

¹⁷ Vid. De Lora, P; «Tótem y tabú en la academia. La libertad de expresión y sus enemigos». En Núñez Vaquero, Á; y Morales Luna, F.F (eds.lits); *Libertad de expresión*.

Algún tiempo después, un tribunal penal condenó a la demandante como culpable de una falta por coacciones, prescrito por haberse cometido más de seis meses antes. El mismo tribunal entendió que la demandante no había cometido delito de coacciones ya que su conducta no había alcanzado el umbral requerido de violencia, y tampoco delito de impedimento o perturbación del ejercicio de la libertad de reunión, dado que los organizadores y participantes de la mesa redonda habían acordado suspender su asamblea. El Ministerio Fiscal apeló la sentencia de primera instancia. La Audiencia Provincial, sin celebrar audiencia, anuló dicha resolución, declaró a la demandante culpable del delito de perturbación del ejercicio legítimo de la libertad de reunión contemplado en el artículo 514.4 del Código Penal y le impuso una multa de 1.050 euros.

Para la Audiencia Provincial, el precepto era aplicable más allá de que no se hubiera hecho uso de la violencia: el mero hecho de irrumpir en una estancia con la puerta cerrada, forzándola para entrar caía dentro de su ámbito. La demandante interpuso recurso de nulidad ante la Audiencia Provincial, alegando que había sido condenada en apelación sin haber sido oída. La Audiencia Provincial consideró que no había sido absuelta en primera instancia y que la sentencia de apelación se había limitado a modificar la calificación jurídica de los hechos. En cuanto al ejercicio de su derecho a la libertad de expresión y de reunión habían sido declarados improcedentes, pues ya habían sido abordadas en la sentencia *a quo*. Frente a esta resolución interpone la demandante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional pero este inadmite a trámite. Y llega a la jurisdicción de Estrasburgo, alegando la violación de su derecho a ser oída en audiencia pública, reconocido en el artículo 6.1 CEDH; violación del derecho a apelar en materia penal, recogido en el artículo 2 del Protocolo 7 al CEDH; violación de su libertad de expresión, establecida en el artículo 10 CEDH; y vulneración del derecho a la libre reunión, contenido en el artículo 11 CEDH.

Respecto a la primera queja, el TEDH entiende que la Audiencia Provincial interpretó de forma diferente los preceptos legales y no los hechos del caso. Además, hace notar que la demandante pudo exponer oralmente su versión en el juicio de primera instancia y, posteriormente, contestar por escrito las acusaciones realizadas por el resto de partes. Por ello entiende el TEDH que debe rechazar sus alegaciones¹⁸.

Debates pendientes, Palestra Editores, Perú, 2022; García Figueroa, A; «Charlatanería universitaria y feminismo posveritativo». En Núñez Vaquero, Á; y Morales Luna, F.F (eds.lits); *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022; y García Manrique, R; «Dominación ideológica y libertades públicas». En Núñez Vaquero, Á; y Morales Luna, F.F (eds.lits); *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022.

¹⁸ Véase Álvarez Rodríguez, I; «El caso “Serrano Contreras II” como desencuentro judicial», *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 83, 2022, pp. 123-150, y la bibliografía allí manejada sobre el particular.

Respecto a la segunda queja, la demandante alegaba que, como había sido condenada en apelación, no se le había dado la oportunidad de apelar contra su condena. El TEDH observa que fue declarada culpable de un delito menor en primera instancia y de uno más grave por la Audiencia Provincial. Los procedimientos fueron contradictorios y los tribunales ofrecieron motivación suficiente a sus razones y por ende de acuerdo con los requisitos del artículo 2 del Protocolo 7 al CEDH. El Tribunal aprovecha para reiterar que ni el Convenio ni sus Protocolos garantizan el derecho a que una demanda se examine por tres instancias judiciales. También esta queja resulta, pues, manifiestamente infundada¹⁹.

En cuanto a la queja más importante para los fines de este trabajo, la posible vulneración del artículo 10 CEDH en conjunción con el artículo 11 CEDH, el Tribunal debe partir de la base de si la demandante tiene o no razón cuando alega que su condena penal tenía un efecto desaliento en los dos derechos fundamentales, el de libre expresión y el de libre reunión²⁰. El TEDH parte de la base de que el asunto debe ser enfocado desde la perspectiva del artículo 11 CEDH, a la luz del artículo 10 CEDH. En ese sentido, entiende que el precepto protege la realización de actividades académicas y, en general, cualquier reunión frente a eventuales actos violentos contra los reunidos. Así entendido el caso, la interpretación de la Audiencia Provincial no es ni arbitraria ni impredecible. La demandante podía vislumbrar de forma razonable que interrumpir la mesa redonda atentaba contra la libertad de reunirse y, más en concreto, cayendo bajo el precepto penal que castiga tal extremo. El TEDH recuerda que la medida que interfiere en sus derechos fundamentales tenía un fin lícito: proteger los derechos de terceros, específicamente el de reunión.

Es más, Estrasburgo arguye que manifestarse causando molestias («disruption») excediendo el grado de inevitabilidad que conllevan tales manifestaciones no puede disfrutar del nivel de protección privilegiado que disfrutan el discurso político, las cuestiones de interés público o la manifestación pacífica de opiniones sobre tales materias²¹. Los Estados, continúa el TEDH,

¹⁹ Respecto a nuestro país, en el *asunto Saquetti Iglesias c. España*, STEDH de 30 de junio de 2020, se nos condena por no trasladar la garantía de la doble instancia penal al Derecho sancionador. Vid. García Roca, J; «Globalización de los derechos versus identidades constitucionales: la protección supranacional». En Aragón Reyes, M; Valadés Ríos, D; y Tudela Aranda, J (coords); *Derecho Constitucional del siglo XXI. Desafíos y oportunidades*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023, p. 182 y ss. Desde la óptica doctrinal administrativista véase Bouazza Ariño, O; *El recurso de apelación contencioso-administrativo*, Civitas, Cizur Menor, 2023.

²⁰ Véase el estudio de Cuerda Arnau, M.L^a; «La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n° 2, 2022, pp. 88-131, quien traza una distinción capital: una cosa es el exceso en el ejercicio de un derecho y otra la relevancia penal del exceso, p. 130.

²¹ Nótese que la doctrina penalista ha advertido que en los últimos tiempos se han producido reformas legales en España e interpretaciones judiciales que abundan

disfrutaban de un amplio margen de apreciación en el juicio de necesidad a la hora de tomar medidas para restringir conductas como las de autos: la interrupción real por parte de los manifestantes de actos legales llevados a cabo por terceros puede ser considerada «actos punibles» y justificar la imposición de sanciones, incluso de naturaleza penal. El TEDH considera que en el presente caso la demandante, junto a otros estudiantes, llevaron a cabo un «acto punible», porque, después de forzar la puerta e interrumpir la mesa redonda, permanecieron en la estancia, haciendo imposible que los participantes pudieran continuar con la reunión.

En conclusión, a juicio de Estrasburgo las autoridades nacionales llevaron a cabo un balance ponderado entre el fin legítimo de proteger los derechos y libertades de otros y el derecho de reunión, quedando dentro del margen de apreciación nacional. La multa impuesta, aun de carácter penal, no era desproporcionada a dicho fin. Por ello también rechaza este motivo y declara la demanda inadmisibile.

4.3. La protección de la bandera

Después de lo relatado en líneas anteriores, debemos contextualizar en un ámbito más amplio la sentencia resolutoria del asunto *Fragoso Dacosta*. Aunque sus rescoldos parecieran obedecer a hogueras actuales, este tipo de litigios ya estaban presentes, en una u otra forma, en los años ochenta del pasado siglo. Un ejemplo señero fue el de EEUU, cuando su Tribunal Supremo sentenció en el asunto *Johnson v. Texas*, de 1989 que la quema de una bandera, por más que pudiera disgustar u ofender, formaba parte del derecho a la libertad de expresión protegido por la primera enmienda. Un año después, en el asunto *U.S c. Eichmann*, el Tribunal insistía en que esa u otras formas de «profanar» la bandera, integran discurso simbólico protegido por la libertad de expresión.

Tales extremos parecen estar en consonancia con la mentalidad anglosajona, pues buena parte de países de tal órbita no castigan como delito tales conductas, a diferencia de lo que ocurre respecto a los países europeos, donde sí se establece algo parecido a nuestro artículo 543 CP. A mayor abundamiento, ha habido varias intentonas de introducir una modificación de dicha enmienda, en aras de proteger la bandera nacional de actos vandálicos. La primera iniciativa data de 1968. Uno de los intentos que estuvo a punto de fructificar fue el que tuvo lugar en 2006, cuya propuesta decayó por un solo voto en el

en la sobrelimitación de la libertad de expresión. En definitiva, «nos sentimos menos libres, más disuadidos, más desalentados, para expresar nuestras opiniones». Así se expresa Lascuraín Sánchez, J.A; «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 36, 2017, p. 125.

Senado. En los últimos tiempos, el senador Daines propuso volver a la idea, apoyada expresamente por el presidente Trump, pero no llegó a cuajar.

En Alemania se protegen tanto la bandera nacional como las extranjeras, también penalmente. Incluso los símbolos de los Länder, así como los de la Unión Europea. Así se rubrica en el artículo 90 y en el artículo 104, ambos de su Código Penal. La privación de libertad puede llegar a los tres años, pudiendo incluso agravarse hasta los cinco años. El Tribunal Constitucional alemán sentenció en 1990 que la bandera no está protegida en la Constitución «por encima» del derecho fundamental a la libertad de expresión. El caso enjuiciado tenía que ver con la portada de un libro donde aparecían varias personas haciendo sus necesidades menores sobre la enseña nacional. El principal argumento empleado por el TC alemán fue que sólo cedería la libertad de expresión en aquellas situaciones en las que se estuviera en riesgo o en peligro la propia nación alemana²².

En Francia sucede otro tanto. El delito de ultraje se recoge en el artículo 433 del Código Penal, castigado con multas de 7.500 euros e, incluso, con seis meses de prisión si el ultraje se comete en grupo.

En Italia la regulación es algo más suave pero existe. El delito de ultraje se recoge en los artículos 291 y 292 del Código Penal, donde el insulto público a la nación se castiga con multa de hasta 5.000 euros y el ultraje al símbolo nacional puede llegar a los 10.000 euros si se realiza con publicidad. El segundo precepto castiga con pena de prisión de hasta dos años el hecho de destruir, manchar o deteriorar la bandera nacional u otro emblema estatal. En 2006 el legislador italiano suavizó la regulación existente pues anteriormente se preveía, para estos delitos, pena de prisión de uno a tres años²³.

4.4. Democracia y libertad de expresión

Sabemos de la importancia de la libertad de expresión en democracia, y de la importancia del disidente²⁴. Es más, no hay democracia sin libertad de expresión. La posibilidad de que la ciudadanía se forme juicios en torno al debate y la discusión que florecen en el mercado de las ideas es una referencia que nos acompaña desde hace mucho tiempo, nunca demasiado. La tolerancia, el pluralismo político y social y el intercambio de pareceres son parte

²² Vid. Sánchez Muñoz, Ó; «La libertad de comunicación». En Biglino Campos, P; Bilbao Ubillos, J.M^a; Rey Martínez, F; Matia Portilla, F.J; Vidal Zapatero, J.M (coords); *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, (3ª edición), p. 576 y ss.

²³ Vid. Arnillas Fernández, E; *Libertad de expresión y protección penal de los símbolos nacionales*, Universidad de Valladolid, 2021. En línea: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/50750/TFG-D_01273.pdf?sequence=1&isAllowed=y último acceso: 17 de junio de 2023.

²⁴ Vid. Masferrer, A; *Libertad y ética pública*, Sekotia, Córdoba, 2022, p. 195

del ADN de las democracias liberales, sistemas que en la actualidad acusan cierto agotamiento, tanto fruto de sus fallas como de los enemigos que conspiran constantemente contra ellos. Pareciera que es el sistema por descarte. Pareciera que no goza de activos propios, tales como la capacidad de decidir el destino político que nos rige y/o la posibilidad de desarrollar libremente nuestra personalidad en torno a la elemental dignidad humana y los derechos fundamentales que nos contemplan. No es que sea el menos malo, es que es, en sí mismo, esencialmente bueno, aun con sus contradicciones o sus enemigos populistas intentando tirar abajo las puertas de la ciudad²⁵.

Después de todo lo dicho, no queremos cerrar estas líneas sin romper una lanza a favor de la mentalidad exploradora antes que por la chamánica. Siguiendo a Lapuente, la primera se basaría en ir probando, gradualmente, soluciones a problemas concretos y extraer las conclusiones pertinentes. La segunda es aquella que tira de grandes palabras («libertad», «heteropatriarcado», «odio») para adormecer a las masas y que sigan creyendo en esas recetas imposibles. Quizá haya buenas razones para que los países sigan protegiendo sus instituciones y símbolos de algunas conductas lesivas, pero la vía penal no parece la más adecuada por aquello del *matar moscas a cañonazos*. Casos como el que se ha analizado no acepta de buen grado maximalismo alguno sino la aplicación de la *prueba-error*, método ancestral de aprendizaje del ser humano mediante el que tentativamente intentamos ofrecer soluciones en Derecho a asuntos que, a lo peor, no las tienen²⁶.

5. CONCLUSIÓN

Al albur de la interpretación que ha realizado el TEDH en el *asunto Frago Dacosta*, quizá sería buen momento para replantearse la sanción penal a futuros insultos, injurias y menoscabos de nuestros símbolos nacionales. Que se garantice que todos podamos concurrir en el debate público equipados con nuestras opiniones, aun siendo estas (o precisamente por ser) desahridas, molestas, inquietantes u ofensivas. Esto vale, o debería valer, tanto a izquierda como a derecha del tablero político.

El TEDH nos viene a decir que la vituperación de la bandera es libertad de expresión como regla general y, en concreto, si no se produce en un contexto de tensión social o política, no se pone en riesgo a personas y/o bienes, y no incita a la comisión de delito alguno, tampoco desprendiendo odio o intolerancia contra grupos o individuos. Podremos colegir en que no pocas veces

²⁵ Vid. García Roca, J; y Bustos Gisbert, R; «Conclusión: La trama de identidades europeas». En García Roca, J; y Bustos Gisbert, R; *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, *passim*.

²⁶ Vid. Lapuente, V; *El retorno de los chamanes. Los charlatanes que amenazan el bien común y los profesionales que pueden salvarnos*, Península, Barcelona, 2015, p. 305 y ss.

algunas de las «espectaculares» acciones que se llevan a cabo al denostar nuestro símbolo nacional lo único que buscan es notoriedad y lograr encajar su mensaje dentro del pandemonio en el que se ha convertido, redes sociales mediante, el ágora pública del siglo XXI. Eso no debe arredrarnos, por más que nos disguste que se cisquen en lo que simboliza la casa de todos. Antes al contrario, debe ser el acicate que nos mueva a seguir defendiendo que los derechos fundamentales están comprendidos dentro de nuestra bandera y que nuestra bandera es reflejo, santo y seña de una democracia liberal, con sus errores y aciertos.

Finalmente, conviene resaltar la importancia que tiene estudiar las decisiones de inadmisión, porque en el caso concreto arrojan luz sobre el criterio que emplea el TEDH no solo siguiendo su propia jurisprudencia general sobre la libertad de expresión sino también atendiendo a la concurrencia de hechos en los diferentes casos. Así, el análisis de las dos Decisiones de admisión estudiadas arriba en conjunción con la sentencia recaída en *Fragoso* nos permite establecer una linde clara. Mientras que las expresiones que apoyan el terrorismo, la violencia y el odio no entran dentro de la libre expresión, manifestar opiniones gruesas sobre la bandera sin violencia y sin odio sí entra. Y mientras que irrumpir por la fuerza en un evento académico, gritando consignas y silbando no es libertad de expresión, porfiar respecto al símbolo nacional, sin causar daños materiales o personales de ningún tipo, sí lo es.

6. FUENTES CITADAS

- Alcácer Guirao, R; *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- Alegre Martínez, M.Á; «La libertad de expresión y sus límites en torno a los símbolos del Estado». En Del Carpio Delgado, J; Holgado González, M^a; y De Pablo Serrano, A (dirs).; *La libertad de expresión asediada. Delitos de odio, delitos de opinión, censuras de Gobiernos y empresas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- Álvarez Rodríguez, I; «El caso “Serrano Contreras II” como desencuentro judicial», *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 83, 2022.
- Álvarez Rodríguez, I; «Libertad de expresión y ultraje a la bandera de España. Comentario a la STC 190/2020, de 15 de diciembre», *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n° 1, 2021.
- Álvarez Rodríguez, I; *La libertad de expresión en la encrucijada*, Editorial Juruá, Oporto, 2023.
- Arnillas Fernández, E; *Libertad de expresión y protección penal de los símbolos nacionales*, Universidad de Valladolid, 2021. En línea: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/50750/TFG-D_01273.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Último acceso: 17 de junio de 2023.
- Bilbao Ubillos, J.M^a; «La protección penal de los símbolos nacionales. El delito de ultraje a la bandera», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 126, 2022.
- Belda Pérez-Pedrero, E; «Elementos simbólicos de la Constitución española. La protección al uso de símbolos por las personas y las instituciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 117, 2019.
- Bouazza Ariño, O; *El recurso de apelación contencioso-administrativo*, Civitas, Cizur Menor, 2023.

- Carpio Briz, D; «Artículo 543», en Corcoy Bidasolo, M; y Mir Puig, S (dirs.); y Vera Sánchez, J,S (coord.); *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- Cuerda Arnau, M.L.^a; «La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n° 2, 2022.
- Cuerda Arnau, M.^aL.; «El control constitucional deferente en materia penal (tres ejemplos de renuncia al control material sobre el derecho a castigar)», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n° 32, 2022.
- De Lora, P; «Tótem y tabú en la academia. La libertad de expresión y sus enemigos», en Núñez Vaquero, Á; y Morales Luna, F.F (eds.lits); *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022.
- Dopico Aller, J; «Interrogantes sobre la libertad de expresión a la altura de 2022», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n° 32, 2022.
- Ferrer Martín De Vidales, C; «La nueva propuesta de reforma de las elecciones al Parlamento Europeo: ¿destinada otra vez al fracaso?», *Revista General de Derecho Europeo*, n° 60, 2023.
- García Figueroa, A; «Charlatanería universitaria y feminismo posveritativo», en Núñez Vaquero, Á; y Morales Luna, F.F (eds.lits); *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022.
- García Manrique, R; «Dominación ideológica y libertades públicas», en Núñez Vaquero, Á; y Morales Luna, F.F (eds.lits); *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra Editores, Perú, 2022.
- García Roca, J; «Globalización de los derechos versus identidades constitucionales: la protección supranacional», en Aragón Reyes, M; Valadés Ríos, D; y Tudela Aranda, J (coords); *Derecho Constitucional del siglo XXI. Desafíos y oportunidades*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023.
- García Roca, J; y Bustos Gisbert, R; «Conclusión: La trama de identidades europeas», en García Roca, J; y Bustos Gisbert, R; *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- García Vitoria, I; y Garrote De Marcos, M.^a; «La revisión de las elecciones por el TEDH y la democracia como identidad europea y constitucional», en García Roca, J; y Bustos Gisbert, R; *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- González Collantes, T; «La libertad por bandera: el delito de ultrajes a España y la STC 190/2020», *Revista General de Derecho Penal*, n° 37, 2022.
- Hernández Ramos, M; *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Reus, Madrid, 2009.
- Lapuente, V; *El retorno de los chamanes. Los charlatanes que amenazan el bien común y los profesionales que pueden salvarnos*, Península, Barcelona, 2015.
- Lascuraín Sánchez, J.A; «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 36, 2017.
- Lascuraín Sánchez, J.A; «Labios como espadas: libertad de expresión y Derecho Penal», *Almacén de Derecho*, 29 de abril de 2021. En línea: <https://almacenederecho.org/labios-como-espadas-libertad-de-expresion-y-derecho-penal>. Último acceso: 18 de junio de 2023.
- López Guerra, L.; *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- Lucas Murillo De La Cueva, E; *Aspectos constitucionales de la vacunación a la luz de la pandemia de Covid-19*, Iustel, Madrid, 2023.
- Masferrer, A; *Libertad y ética pública*, Sekotia, Córdoba, 2022.
- Núñez Castaño, E; *Libertad de expresión y derecho penal. La criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

- Núñez Vaquero, Á; y Morales Luna, F (eds.); *Libertad de expresión. Debates pendientes*, Palestra, Lima, 2022.
- Presno Linera, M.Á; «Breves consideraciones sobre el caso “hai que prenderlle lume á puta bandeira”», *El derecho y el revés*, 9 de febrero de 2021. En línea: <https://presnolinera.wordpress.com/2021/02/09/breves-consideraciones-sobre-el-caso-hai-que-prenderlle-lume-a-puta-bandeira/>. Consultado el 19 de junio de 2023.
- Rojo Torrecilla, E; «La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito laboral y de protección social. Notas a la sentencia de 8 de junio de 2023, caso Frago Dacosta c. España. Sobre la libertad de expresión de un representante sindical: vulneración del art. 10.2 del Convenio (y muy amplio, y obligado, recordatorio de la sentencia del TC 190/2020 de 15 de diciembre)», <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/06/la-importancia-de-la-jurisprudencia-del.html>, 9 de junio de 2023. Último acceso: 20/06/2023.
- Sánchez Muñoz, Ó; «La libertad de comunicación», en Biglino Campos, P; Bilbao Ubillos, J.M^a; Rey Martínez, F; Matia Portilla, F.J; Vidal Zapatero, J.M (coords); *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, (3^a edición).
- Teruel Lozano, G; «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 47, 2021.
- Urías, J; *Libertad de expresión. Una inmersión rápida*, Tibidabo, Barcelona, 2019.
- Valero Heredia, A; «Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 110, 2017.
- Vázquez Alonso, V; *La libertad del artista. Censuras, límites y cancelaciones*, Athenaica, Sevilla, 2023.

