

**LOS ULTRAJES A LA BANDERA EN ESPAÑA Y EL CLAMOR GENERAL  
DEL CONSEJO DE EUROPA: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA SENTENCIA  
DEL TEDH *FRAGOSO DACOSTA C. ESPAÑA***

Por

CARMEN QUESADA ALCALÁ  
Profesora Titular de Derecho Internacional Público  
Departamento de Derecho Internacional Público  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

cquesada@der.uned.es

*Revista General de Derecho Europeo 61 (2023)*

**RESUMEN:** La condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a España en el asunto *Fragoso Dacosta c. España* (2023) resucita la polémica doctrinal y jurisprudencial existente en nuestro país en relación con la tipificación en nuestro Código Penal de ciertos delitos llamados “delitos de opinión”. Esta sentencia del TEDH hace referencia al delito de ultrajes en la bandera, contemplado en nuestro Código Penal y castigado con una multa que, de no ser cumplida, se convertiría en una pena de prisión. En este sentido, es interesante comparar el asunto *Fragoso Dacosta* con otros suscitados ante la instancia judicial del Consejo de Europa y en el ámbito interno español. El análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y de la jurisprudencia interna en referencia al ataque contra símbolos nacionales nos permite llegar a conclusiones relevantes sobre los delitos concernientes a dichos ataques y a la necesidad de reforma del Código Penal español.

**PALABRAS CLAVE:** Delitos de opinión, libertad de expresión, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, ultrajes a la bandera.

**SUMARIO:** I. LA PREOCUPACIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA POR LOS DELITOS DE OPINIÓN EN ESPAÑA: UNA INTRODUCCIÓN NECESARIA AL CASO *FRAGOSO DACOSTA*. II. LA SENTENCIA DEL TEDH *FRAGOSO DACOSTA* CONTRA ESPAÑA: PRESUPUESTOS Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA; 1. Los hechos: una huelga en un recinto militar y sus consecuencias; 2. La argumentación jurídica de nuestro Tribunal Constitucional revisada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la aplicación del triple test; 3. El tercer eje del triple test y su interacción con los otros dos ejes: injerencia ¿necesaria en una sociedad democrática?; 4. La proporcionalidad: a vueltas con la sanción penal. III. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LOS ULTRAJES A LA BANDERA. IV. EL ATAQUE CONTRA SÍMBOLOS NACIONALES EN LA JURISPRUDENCIA INTERNA ESPAÑOLA: BAJO LA SUPERVISIÓN DEL TEDH. V. LA PENALIZACIÓN DEL ULTRAJE A LA BANDERA EN ESPAÑA: EN TELA DE JUICIO. VI. BIBLIOGRAFÍA.

## OUTRAGES TO THE FLAG IN SPAIN AND THE GENERAL OUTCRY OF THE COUNCIL OF EUROPE: COMPARATIVE ANALYSIS OF THE ECHR JUDGMENT *FRAGOSO DACOSTA v. SPAIN*

**ABSTRACT:** The European Court of Human Rights (ECHR) Judgment to Spain in the case *Fragoso Dacosta v. Spain* (2023) has resurrected the Spanish doctrinal and jurisprudential controversy in relation to the classification in our Criminal Code of certain crimes called "crimes of opinion". This ECHR's Judgment deals with the crime of outrages to the flag. The outrage to the flag is a crime covered by the Spanish Criminal Code and it can be punished by a fine or a prison sentence. In this sense, it is interesting to compare the *Fragoso Dacosta* case with other cases raised before the judicial body of the Council of Europe and before the domestic courts. The comparative analysis of the ECHR jurisprudence and the internal jurisprudence in reference to the attack against national symbols allows us to reach relevant conclusions about this kind of crimes and the need to reform the Spanish Criminal Code.

**KEYWORDS:** Offence of opinion, expression freedom, European Court of Human Rights, Constitutional Court, outrage to the flag.

Fecha de recepción: 5.9.2023

Fecha de aceptación: 10.10.2023

### I. LA PREOCUPACIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA POR LOS DELITOS DE OPINIÓN EN ESPAÑA: UNA INTRODUCCIÓN NECESARIA AL CASO FRAGOSO DACOSTA

La reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 8 de junio de 2023, en el asunto *Fragoso Dacosta contra España*<sup>1</sup> vuelve a abrir el debate sobre la legitimidad, adecuación y proporcionalidad de la penalización en España de los ultrajes a los símbolos nacionales (himno y bandera). Una vez más los llamados "delitos de opinión" se sitúan en una posición delicada, por el frágil equilibrio que se ha de mantener respecto de la libertad de expresión en un Estado democrático y de Derecho. La primera pregunta que cabe formular es qué delitos se incluirían en los llamados delitos de opinión. Serían, en definitiva: las calumnias e injurias a la Corona (artículos 490 y 491 del Código Penal)<sup>2</sup> (Corral Maraver, 2020; Presno Linera, 2018; Ochoa Ruiz, 2020); el ultraje a España y a sus símbolos (artículo 543 ); el delito contra los sentimientos religiosos (artículo 525 ); y el enaltecimiento del terrorismo (artículo 578 )<sup>3</sup> (Galán Muñoz, 2018; Galán Muñoz, 2022).

---

<sup>1</sup> STEDH, Asunto *Fragoso Dacosta c. España* (nº 27926/21), de 8 de junio de 2023.

<sup>2</sup> STEDH, Asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* ( nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018.

<sup>3</sup> STEDH, Asunto *Erkizia Almandoz c. España* (nº 5869/17), de 22 de junio de 2021.

De todos estos delitos, los que menos dudas suscitan desde el punto de vista de su innecesaria penalización son los delitos contra los sentimientos religiosos o blasfemia. En efecto, en el ámbito del Consejo de Europa, la Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Blasfemia, insultos religiosos y discursos de odio contra personas por causa de su religión<sup>4</sup>, considera discursos de odio “las manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia por motivo de su religión o por cualquier otro motivo<sup>5</sup>. Sin embargo, la Recomendación 1805 (2007) afina más, al afirmar que, en la medida en que sea necesario en una sociedad democrática, y con arreglo a lo previsto en el art.10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>6</sup>, en la legislación nacional sólo deben penalizarse aquellas expresiones sobre cuestiones religiosas “que alteren grave e intencionadamente el orden público y en las que se haga un llamamiento público a la violencia”<sup>7</sup>. De este modo, se limita la penalización de dichas expresiones con el criterio de la gravedad y del llamamiento público a la violencia.

A ojos del Consejo de Europa, las ofensas religiosas precisan de mayor especificidad a la hora de su penalización, y en este sentido, se recomienda, con carácter general, que se revisen el Derecho y las prácticas internas con miras a despenalizar la blasfemia, en su condición de insulto a la religión<sup>8</sup>. Conviene señalar que, en 2021, hubo dos iniciativas parlamentarias en España encaminadas a la modificación y/o derogación del artículo 525 del Código penal, relativo a las ofensas a los sentimientos religiosos, para adaptar dicho texto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Martín Quintero, 2022; Hauksdottir, 2021; Carrillo Donaire, 2015).

---

<sup>4</sup> PARLIAMENTARY ASSEMBLY, *Recommendation 1805 (2007), Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion*, en <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/erec1805.htm>

<sup>5</sup> *Ibidem*, párrs.12 y 17.2.2.

<sup>6</sup> “Artículo 10: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”.

“Art. 10.2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.” (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, 10 octubre 1979)).

<sup>7</sup> *Ibid.*, n(4), párr.15.

<sup>8</sup> *Ibid.*, n (4), párr.17.2.4.

Coincidimos con Martínón (Martínón Quintero, 2002: 23), cuando afirma que la cuestión clave es determinar si las creencias religiosas requieren o no una tutela específica, que diferenciaría el trato de dichas creencias en relación con otras convicciones. Esta afirmación se podría extender a la necesidad o no de un trato diferenciado de ciertas creencias como el patriotismo, tal y como veremos en el asunto que nos ocupa: el caso *Fragoso Dacosta c. España*. Así, constatamos que en el Consejo de Europa la corriente más generalizada es la despenalización de la blasfemia, estimando que dichas creencias no requieren una protección especial<sup>9</sup> El problema estriba en si dicha tendencia puede hacerse extensible a otros delitos de opinión tipificados en nuestro país.

En cuanto a los delitos relativos al enaltecimiento del terrorismo y las injurias a la Corona, no existe consenso ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Podemos mencionar dos de los casos más recientes que se han suscitado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con España y los delitos de opinión, con el objeto de poner de manifiesto las difíciles aristas de estos delitos de opinión, y la problemática que plantean, digna de expandirse también a los ultrajes contra la bandera.

De este modo, en el caso *Stern Taulats i Roura Capellera c. España* (2018)<sup>10</sup>, en relación con la quema de unas fotos de los Reyes, se trató el tema de las injurias a la Corona, como delito tipificado en nuestro Código Penal. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que la condena en el ámbito penal interno de los demandantes suponía una injerencia en su derecho a la libertad de expresión, a pesar de que dicha injerencia estaba legalmente prevista y perseguía un objetivo legítimo, como es la protección de la reputación o los derechos de otros. En cambio, no cumplía el requisito de ser una injerencia necesaria en una sociedad democrática.

Los motivos eran varios: en primer lugar, el acto de los demandantes formaba parte de una crítica política, no personal, de la institución monárquica en general, y del Reino de España como nación en particular; no existió un ataque personal al rey de España con el fin de insultar o denigrar su persona, sino una denuncia de lo que representa el rey como Jefe y símbolo del Estado y de las fuerzas que, según los demandantes, habían ocupado Cataluña. En segundo lugar, la intención de los demandantes no era incitar a nadie a cometer actos de violencia contra el rey, incluso aunque la "actuación" suponía quemar una imagen del emblema del Estado. En consecuencia, el acto no podía

---

<sup>9</sup> PARLIAMENTARY ASSEMBLY (2007). *Recommendation 1805 (2007) Blasphemy, religious insults and hate speech against person on grounds of their religion*, párr. 15; COMISIÓN DE VENEZIA (2008). *Report on the Relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, párr. 68.

<sup>10</sup> *Ibid.*, n (2).

razonablemente interpretarse como incitación al odio o a la violencia. Finalmente, la condena penal impuesta a los demandantes -una pena de prisión suspendida con una multa, que debía ser cumplida en el caso de impago - suponía una injerencia en la libertad de expresión, que no era proporcionada al objetivo legítimo perseguido ni necesaria en una sociedad democrática.

En definitiva, a la luz de la Sentencia del TEDH, no es posible considerar los hechos como parte de un discurso del odio que incite a la violencia contra el Rey y la Reina. Asimismo, hemos de tener en cuenta que la Corona Española no es, a priori, susceptible de constituir objeto de un discurso de odio<sup>11</sup>. El motivo de dicha difícil configuración obedece a la posición que ocupan las instituciones de un Estado en la sociedad, posición ciertamente elevada<sup>12</sup>. En consecuencia, la crítica política, con independencia de su cariz, en ocasiones provocador, está protegida por la libertad de expresión, si no existe incitación a la violencia. Si dicha crítica se refiere a figuras como la Corona española, dada su posición especial, desprovista de la condición de vulnerabilidad, aún es más complicado articular una definición de un delito de opinión coherente y perfectamente definido.

En cuanto al enaltecimiento del terrorismo, hemos de referirnos al Asunto *Erkizia Almandoz c. España* (2021<sup>13</sup>), en el que se planteaba la participación de un político separatista vasco en un acto de homenaje a un antiguo miembro de la organización terrorista ETA. Dicho político fue condenado por apología pública del terrorismo, con una pena de un año de prisión y siete de inhabilitación. El político acudió al TEDH, alegando la vulneración de su derecho a la libertad de expresión por su condena por apología pública del terrorismo, mientras que, a su juicio, su discurso había tenido como único objetivo iniciar un procedimiento exclusivamente democrático y pacífico para conseguir la independencia del País Vasco.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia, consideró que el demandante, en el momento de los hechos, no actuó en su calidad de político y sus comentarios fueron de interés general en el contexto social de España y la problemática del País Vasco. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos incidió, de nuevo, en la naturaleza y gravedad de las penas impuestas, factores que se toman en consideración al apreciar la proporcionalidad de la injerencia. En conclusión, estimó que se había

---

<sup>11</sup> En el voto particular del magistrado *Xiol Ríos* a la sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, de 22 de julio de 2015, se apunta que : “cuando se ha pretendido aplicar la doctrina del discurso del odio a supuestos de una eventual incitación u hostilidad contra personas singulares no integradas en grupos vulnerables se ha negado que se trate de manifestaciones del discurso del odio”.

<sup>12</sup> STEDH, Asunto *Jiménez Losantos c. España* (nº53421/10), de 14 de junio de 2016, párr. 51; STEDH, Asunto *Otegi Mondragón c. España* (nº2034/07), de 15 de marzo de 2011, párr. 58.

<sup>13</sup> *Ibid.*, n (3).

producido una violación del artículo 10 (libertad de expresión) del Convenio, al estimar que la injerencia de las autoridades públicas en el derecho a la libertad de expresión del demandante no podía considerarse "necesaria en una sociedad democrática". Tras analizar la aplicación de los distintos factores que caracterizan la incitación al odio y las declaraciones de apología o defensa del terrorismo, el Tribunal consideró que el demandante había realizado sus declaraciones durante un acto en memoria de un antiguo miembro de ETA, de manera que contenido y la formulación de los comentarios del demandante demostraban que no había tenido la intención de incitar a la violencia ni de apología o defensa del terrorismo. En definitiva, no se había demostrado la existencia de una incitación directa o indirecta a la violencia terrorista y el objeto de sus declaraciones eran los objetivos políticos relativos a la independencia de la izquierda abertzale<sup>14</sup>. Una vez más, hubo condena al Estado español por vulnerar la libertad de expresión, ya que la injerencia no había sido necesaria en una sociedad democrática y proporcional al objetivo legítimo de proteger los derechos de terceros.

Coincidimos con el Juez Lemmens, en su voto concordante respecto de la mencionada Sentencia del TEDH, cuando señala, en relación con el tenor literal del art.578 del Código Penal español que: "[...] Es comprensible el sufrimiento de quienes, directa o indirectamente, han sido víctimas de atentados terroristas. El terrorismo no puede justificarse jamás. Sin embargo, la disposición mencionada es demasiado amplia en términos del artículo 10 del Convenio. Tipifica como delito el enaltecimiento o la justificación del terrorismo, sin exigir que la opinión expresada pueda considerarse incitación a la violencia o discurso de odio". Igualmente, este magistrado apunta que: "Hubiera preferido que el Tribunal afirmara explícitamente que el problema de la injerencia desproporcionada tiene su origen en la propia ley". Se impone, pues, una reforma de dicho delito en nuestro Código Penal, evitando ambigüedades, y dejando claro que el elemento esencial es la incitación a la violencia.

De hecho, tanto en el supuesto de injurias a la corona como en el de enaltecimiento del terrorismo en los casos antes señalados, la instancia europea del Consejo de Europa condena a España aplicando el triple test habitual (previsión en la ley, objetivo legítimo y necesidad en una sociedad democrática/proporcionalidad). En todos los casos, se concluye la falta del requisito de necesidad/proporcionalidad tras examinar los factores contextuales de los asuntos, y a la luz de la inconveniencia de una sanción penal para los hechos contemplados. Dichos argumentos se van a repetir, como veremos más adelante, en la sentencia relativa a ultrajes a la bandera en el asunto *Fragoso Dacosta c. España* (2023). Pero la preocupación de la instancia judicial europea por la tipificación de

---

<sup>14</sup> [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS\\_Hate\\_speech\\_SPA](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Hate_speech_SPA), consultado por última vez el 2 de agosto de 2023.

estos delitos de opinión en España se extiende a otros órganos del Consejo de Europa, no sólo al dedicado a funciones judiciales.

Dicha preocupación ha hecho que varios órganos de dicha Organización internacional hayan aconsejado la reforma del Código Penal español respecto de los delitos de opinión en varias ocasiones. Los ecos del caso de Pablo Hásel, rapero que entró en prisión en febrero de 2021 por enaltecimiento del terrorismo e injurias a la corona<sup>15</sup> (Dopico Gómez-Aller, 2021: 393-414) llegaron a la oficina de la Comisaria de Derechos humanos del Consejo de Europa, Dunja Mijatović. Dicha Comisaria, en una carta de 11 de marzo de 2021<sup>16</sup> al Ministro de Justicia español de ese momento, subrayó que los tipos penales relativos a los delitos de opinión habrían de ser revisados, porque dicha penalización, en algunos casos, va en contra de la libertad de expresión.

En concreto, la Comisaria se refería, en dicha carta, al art. 578 dedicado al enaltecimiento del terrorismo y a los artículos 490 y 491, que penan las injurias a la corona. Sin embargo, los argumentos aportados por Mijatovic pueden aplicarse *mutatis mutandis* al supuesto de las injurias a la bandera. En particular, cuando ésta afirma que está preocupada por el efecto general de algunas disposiciones del Código Penal español a la luz “de las normas internacionales de derechos humanos”. Mijatović enfatiza, así, “el peligro potencial planteado por el uso de artículos “cajón de sastre” y de delitos amplios e insuficientemente definidos, lo que puede dar lugar a restricciones innecesarias o desproporcionadas del derecho a la libertad de expresión”. Así, recuerda el caso del TEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*<sup>17</sup> que, como hemos mencionado, propició una condena a España porque la crítica política a los poderes públicos y personalidades, con independencia de su radicalidad, no puede estimarse que sea discurso de odio<sup>18</sup>.

En la respuesta del Ministro de Justicia de España a Mijatović, de 18 de marzo de 2021<sup>19</sup>, éste apuesta por la necesidad de lograr un equilibrio entre la libertad de expresión y la protección de ciertos bienes jurídicos, individuales o colectivos, que pueden ser puestos en peligro por manifestaciones de expresiones que los lesionen. Es necesario destacar que, cuando se habla de bienes jurídicos colectivos, podríamos

---

<sup>15</sup> AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN PRIMERA. ROLLO DE SALA NÚM. 0005/2017 PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0113/2016 JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NÚM. 5. Nº de Recurso: 5/2017. Nº de Resolución: 3/2018. Fecha: 02/03/2018.

<sup>16</sup> <https://rm.coe.int/letter-to-mr-mr-juan-carlos-campo-minister-of-justice-of-spain-by-dunj/1680a1c05e> consultado por última vez el 31 de julio de 2023.

<sup>17</sup> *Ibid.*, n (2).

<sup>18</sup> *Ibid.*, n (2), párrs. 33 y 34.

<sup>19</sup> <https://rm.coe.int/reply-of-mr-juan-carlos-campo-minister-of-justice-of-spain-to-the-lett/1680a1d554>, consultado por última vez el 31 de julio de 2023.

incluir, en el caso de los ultrajes a España y a sus símbolos como la bandera: el interés general del Estado en la sumisión a la Constitución, a las leyes, a las autoridades legítimas y el mantenimiento de la paz pública, y, en definitiva, a la organización democrática del Estado<sup>20</sup>.

El Ministro recuerda que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional español han establecido, en su abundante jurisprudencia, que el derecho a la libertad de expresión ha de contener límites. Es responsabilidad de los Estados establecer y definir claramente dichos límites, y para ello, se ha de definir de modo preciso los delitos de opinión, al tiempo que se propicia una interpretación restrictiva de los mismos. En su momento, España manifestó su intención de revisar y, en su caso, reformar las infracciones que más claramente atentan contra la libertad de expresión, a saber, el enaltecimiento del terrorismo (art. 578 del Código Penal), los delitos de odio (Art. 510 ídem) y la difamación de las instituciones del Estado (Arts. 490, 491 y 504 ídem), entre otros. En consecuencia, estarían incluidos los ultrajes a la bandera. Estos son precisamente los delitos por los que expresa preocupación en su carta la Comisaria del Consejo de Europa<sup>21</sup>.

Los aspectos claves de la revisión de dichos tipos penales pasarían por: definir con mayor claridad el tipo de conducta que se sanciona en virtud de estos epígrafes; y adecuar las sanciones a la gravedad de la conducta, para que no fueran desproporcionadas<sup>22</sup>. De este modo, se propone lograr una mayor seguridad jurídica y evitar que exista un impacto disuasorio en el ejercicio de las personas de su libertad de expresión. En consecuencia, una interpretación restrictiva de unos delitos de opinión claramente definidos al tiempo que se adecúan las sanciones a los mismos son exigencias clamorosas del Consejo de Europa a la luz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que nos proponemos examinar. Y dicha sentencia no hace sino confirmar una línea general de actuación de dicha instancia europea en relación con los delitos de opinión en nuestro país.

---

<sup>20</sup> Voto particular. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo penal, de 29 de marzo de 2022, recurso 5935/2020.

<sup>21</sup> En el Título XXI del Libro II de dicho Código Penal, en particular en el Capítulo III: De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes, Sección I: Delitos contra las Instituciones del Estado. El Código Penal español actual fue aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24/11/1995). Este código ha sufrido multitud de modificaciones a lo largo de los años, siendo la última de las grandes reformas la producida el 28 de abril de 2023.

<sup>22</sup> Se reafirman así algunos de los compromisos internacionales asumidos por España. En este sentido, en el marco del Tercer Examen Periódico Universal (2020) realizado por el Consejo de Derechos Humanos, España ya ha aceptado una serie de recomendaciones para revisar la regulación de los delitos definidos como difamación o delitos de odio. Ver: <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/upr/es-index>, consultado por última vez el 31 de julio de 2023.

## II. LA SENTENCIA DEL TEDH FRAGOSO DACOSTA CONTRA ESPAÑA: PRESUPUESTOS Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

### 1. Los hechos: una huelga en un recinto militar y sus consecuencias

Desde octubre de 2014 hasta marzo de 2015, los trabajadores de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones militares del arsenal de Ferrol, dependiente del Ministerio de Defensa español, se encontraban en huelga por el impago de sus salarios. De este modo, se concentraban todos los días frente a la fachada principal del arsenal militar de Ferrol, minutos antes de las 08:00 horas de la mañana, que era el momento en que tenía lugar la ceremonia del acto solemne de izado de la bandera con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de presenten armas.

Durante los días en que se realizaron esas concentraciones, los trabajadores en huelga hacían ruido, y abucheaban, utilizando pitos, vuvuzelas, ollas, sartenes y megáfonos, lo que coincidía con el acto de izado de la bandera. El 28 de octubre de 2014, el Almirante de dicha instalación militar envió una carta al secretario de la Confederación Intersindical Galega protestando por la falta de respeto hacia la bandera nacional, puesto que, además de los ruidos, proferían consignas como «a bandeira non paga as facturas», con el fin de llamar la atención de los viandantes.

Sobre las 08:00 horas del día 30 de octubre de 2014, los trabajadores en huelga se volvieron a concentrar y en un momento concreto, el sr. Fragoso Dacosta, que era representante de dicho sindicato, valiéndose de un megáfono, profirió las frases: «aquí tedes o silencio da puta bandeira» y «hai que prenderlle lume á puta bandeira» que, en castellano, significan: “aquí tenéis el silencio de la puta bandera” y “hay que prenderle fuego a la puta bandera”.

El demandante fue condenado por un delito del art.543 del Código Penal español, por la utilización de una serie de expresiones que constituyen un delito de ultraje a España, ya que dicho artículo castiga las “ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas”<sup>23</sup>, al

---

<sup>23</sup> El Capítulo VI del Título XXI, Libro II del Código Penal español se ocupa "De los ultrajes a España". En este sentido dispone el único artículo de dicho capítulo, el artículo 543 del CP lo siguiente: "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". Conviene recordar que la Constitución española, en su artículo 4, describe la bandera española, recogiendo el derecho de las Comunidades Autónomas a reconocer en sus Estatutos banderas y enseñas propias de dichas Comunidades, que se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales. Por su parte, la Ley 39/1981, de 28 de octubre, dispone en su art. 10 que : "los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el artículo 4 del presente texto, se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes".

considerar que sus manifestaciones se habían realizado públicamente delante de personal militar con el objetivo de mostrar desprecio u ofender. Se le impuso al demandante una multa de 1.260 euros, que pudiera ser sustituida por privación de libertad en caso de impago.

El 8 febrero de 2018 la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia, considerando, en particular, que el personal militar había experimentado “un intenso sentimiento de humillación”<sup>24</sup>. El Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de amparo por tener el asunto “especial trascendencia constitucional”<sup>25</sup>. El Ministerio Fiscal solicitó al Tribunal Constitucional que estimara el recurso de amparo del demandante, alegando que la sanción era desproporcionada y que los tribunales de primera y segunda instancia no habían considerado debidamente los elementos esenciales del caso, como el contexto y los objetivos del mensaje.

El 15 de diciembre de 2020 el Tribunal Constitucional, por seis votos contra cinco, desestimó el recurso de amparo<sup>26</sup>, al apreciar que las declaraciones del demandante se habían realizado en el contexto de una ceremonia solemne, concluyendo que las declaraciones transmitían un sentimiento de intolerancia y, por tanto, no estaban protegidas por la libertad de expresión; igualmente, estimó que la sanción impuesta al demandante era proporcionada. En referencia al contexto, señaló que: el momento escogido era el más solemne de todas las ceremonias que tienen lugar en un cuartel militar; y las expresiones injuriosas utilizadas para calificar la bandera eran innecesarias, a la luz de una serie de reivindicaciones que eran de tipo laboral. Igualmente, la instancia constitucional española insiste en el argumento utilizado por la Audiencia Provincial en referencia al sentimiento intenso de humillación del estamento militar.

---

En consecuencia, el delito de ultrajes a España, tal y como aparece regulado en el Código Penal, castiga 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, imponiendo al que lleve a cabo estas conductas una pena de multa de siete a doce meses. Este delito tiene como bien jurídico protegido el interés general del Estado en la sumisión a la Constitución, a las leyes, a las autoridades legítimas y el mantenimiento de la paz pública, y, en definitiva, a la organización democrática del Estado. Es de resaltar que es un delito castigado sólo en *supuestos excepcionales*, y que normalmente se suele dar en relación con ofensas o ultrajes a la bandera nacional (<https://www.iberley.es/temas/delito-ultraje-espana-47831>, consultado por última vez el 31 de julio de 2023).

<sup>24</sup> *Ibid.*, n(1), párr.10.

<sup>25</sup> *Ibid.*, n(1), párr.14.

<sup>26</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 190/2020, de 15 de diciembre de 2020. Recurso de amparo 1691-2018. Promovido por don Pablo Frago Dacosta en relación con las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña y un juzgado de lo Penal de Ferrol que le condenaron por un delito de ultrajes a España. Supuesta vulneración de los derechos a la libertad ideológica y de expresión: respuesta punitiva proporcionada a un mensaje de menosprecio a la bandera no amparado por la libertad de expresión. Votos particulares. *BOE* núm. 22, de 26 de enero de 2021, pp. 7765 a 7799.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, consciente de que ya había sido vapuleado por la instancia judicial europea en relación con el caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, procede a distanciarse de este asunto, señalando que no se trataba, en el caso *Fragoso Dacosta*, de un supuesto de escrutinio particular de los ciudadanos en el contexto de una protesta antimonárquica con ocasión de una visita de los Reyes de España; sino que, en este asunto, nos hallamos ante expresiones que son objetivamente ofensivas contra un símbolo, la bandera nacional, en un marco reivindicativo completamente ajeno a los valores que la bandera representa<sup>27</sup>.

En todo caso, consideramos que, en este asunto, el Tribunal Constitucional fue extremadamente restrictivo en la interpretación de la libertad de expresión. Si bien las manifestaciones fueron provocativas y de mal gusto, sí se hallaban en conexión con el impago de unos servicios prestados por unos trabajadores de limpieza. Dichas reclamaciones deberían haber sido protegidas por las instancias judiciales internas a la luz de la importancia de los salarios y de sus derechos laborales para los trabajadores. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos así lo consideró, tal y como veremos a continuación.

## **2. La argumentación jurídica de nuestro Tribunal Constitucional revisada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la aplicación del triple test**

El Sr. Frago Dacosta acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, haciendo uso de varios argumentos<sup>28</sup>. En primer lugar, destacó que, si bien el lenguaje utilizado fue agresivo, los tribunales internos no habían tenido en cuenta el contexto en que dichas expresiones fueron proferidas. De este modo, a juicio del demandante, los pronunciamientos sobre la bandera habían sido dirigidos contra dicho símbolo, sin que, en ningún momento, se hubiera incitado a la violencia o se hubiera provocado desorden público. Dichas expresiones, en su opinión, sólo reflejaban de modo simbólico, un sentimiento de decepción. En consecuencia, del demandante estimaba que la injerencia del Estado en su libertad de expresión no había perseguido un objetivo legítimo, de acuerdo con el art.10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Por su parte, el Gobierno de España aceptaba el hecho de que la sanción penal impuesta al demandante implicaba una vulneración en su libertad de expresión, pero consideraba que dicha injerencia cumplía el triple test aplicable, según la jurisprudencia del TEDH a los supuestos de injerencia en la libertad de expresión: legalidad, finalidad, y

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 7778.

<sup>28</sup> *Ibid.*, n (1), párr.21.

necesidad/proporcionalidad<sup>29</sup>. En efecto, a su juicio, dicha injerencia había sido prescrita por la ley (art.543 del Código Penal); perseguía un objetivo legítimo: proteger un símbolo común a todos los miembros de la Nación, en particular su bandera, que coexiste con otras banderas que representan a las distintas regiones del Estado; y, además, los tribunales internos habían considerado las circunstancias del caso, estimando que dicha injerencia había sido proporcionada y necesaria en una sociedad democrática. En particular, el Estado demandado explicó que la posibilidad de reemplazar la multa por una privación de libertad era altamente improbable. Finalmente, y con el fin de justificar su legislación interna, España presentó un informe sobre la existencia de delitos similares en los ordenamientos domésticos<sup>30</sup> de varios Estados miembros del Consejo de Europa (Santana Vega, D.M., 2009).

Entrando a analizar ya la posición del TEDH, conviene realizar primero varias precisiones en torno a su postura cuando está en juego la libertad de expresión y nos enfrentamos a declaraciones difamatorias, algunas constitutivas de discurso de odio. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al enfrentarse al mencionado dilema, suele adoptar tres posturas básicas. Dichas posturas van a arrojar mucha luz sobre los estándares que nos ofrece su jurisprudencia en relación con la penalización del discurso de odio *versus* la libertad de expresión. Una primera posición del TEDH consiste en aplicar la doctrina del abuso del derecho, conforme al art.17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>31</sup>. Según dicha postura, no gozan de la protección del art.10 del CEDH, dedicado a la libertad de expresión, los discursos de odio, por lo que la invocación de la vulneración de esta última disposición sería considerada abuso del derecho (Del Carpio Delgado (dir.) y Holgado González (dir.), 2021, López Guerra, 2021; Bychawska-Siniarska, D. 2017). En un segundo grupo de casos, el Tribunal entra a conocer del fondo del asunto, y dicta una sentencia desestimatoria o estimatoria, al afirmar que el art.10 CEDH ampara determinados discursos para los que la sanción penal es desproporcionada, y otros no. Dichos discursos son valorados a la luz del triple

---

<sup>29</sup> European Court of Human Rights, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expression*, Updated - 30 April 2021, pp.19-24.

<sup>30</sup> En efecto, esta figura penal aparece tipificada, también, en códigos penales de otros Estados miembros de la Unión Europea, con semejantes o con penas más agravadas que la prevista en el precepto español [Código penal alemán, arts. 90 a) y 104; Código penal francés (art. 433.5.1), o Código penal italiano (arts. 291 y 292)]

<sup>31</sup> El art. 17 reza así: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.”(Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, 10 octubre 1979)).

test ya mencionado (legalidad, finalidad, y necesidad/proporcionalidad)<sup>32</sup>. Y en esta segunda categoría encajaría claramente la sentencia que nos ocupa. Finalmente, una tercera posición, más reciente, sería la de aplicar el test de proporcionalidad, y concluir la inadmisibilidad del caso *ratione materiae*, tras examinar conjuntamente los arts. 10 y 17<sup>33</sup> (Elosegui, 2020, p.16).

En el asunto *Fragoso Dacosta*, el Tribunal Europeo adopta la segunda postura puesto que, tras decidir la admisibilidad del caso, entra a aplicar el triple test antes mencionado. En este sentido, el primer test que corresponde realizar es el test de legalidad, que consiste en examinar si la injerencia en la libertad de expresión está “prevista por la ley”. En este supuesto, la sanción está claramente establecida por el art.543 del Código Penal español, que opta, a juicio del TEDH, por la criminalización de ciertas conductas que constituyen un agravio contra los símbolos de España y que ofenden los sentimientos de la sociedad española<sup>34</sup>. En todo caso, se ha de intentar evitar que la discrecionalidad del Estado para enjuiciar dichos delitos resulte demasiado amplia y potencialmente abusiva por ser selectiva<sup>35</sup>.

Este primer test lleva aparejado el segundo, el test de finalidad. Conforme al mismo, la injerencia ha de responder a uno de los fines en el art.10.2 de la CEDH: seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o la moral, protección de la reputación o derechos de terceros, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o, por último, la autoridad e imparcialidad del poder judicial. En opinión del TEDH, la injerencia o sanción responde a una actuación por parte de las autoridades estatales en aras a proteger los derechos de terceros. De este modo, se acepta el argumento aportado por el Gobierno español relativo a la protección de “un símbolo común a todos los miembros de la Nación”<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> European Court of Human Rights, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expression*, Updated - 30 April 2021, pp.19-24.

<sup>33</sup> Así ha ocurrido en algunos casos más recientes, como: STEDH, Asunto *Stomakhin c. Russia*, (nº 52273/07), Judgment, Section 3, 08/10/2018; STEDH, Asunto *Williamson c. Alemania* (dec.) (nº 64496/17), Section 5.

<sup>34</sup> *Ibid.*, n (1), párr.24.

<sup>35</sup> European Court of Human Rights, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expression*, Updated - 30 April 2021, párr.68.

<sup>36</sup> *Ibid.*, n (1), párr.24.

### **3. El tercer eje del triple test y su interacción con los otros dos ejes: injerencia ¿necesaria en una sociedad democrática?**

El tercer eje del triple test gira en torno a si la injerencia es necesaria en una sociedad democrática. Para valorar dicha necesidad, se hace preciso un análisis de la proporcionalidad de la injerencia o sanción en relación con el fin perseguido. Dicha evaluación implica un examen de los medios disponibles para lograr el fin, y el recurso a aquellas medidas que limitaran menos la libertad de expresión (test de necesidad y proporcionalidad). En aplicación de esta tercera vertiente del test, el Tribunal Europeo procede a examinar si la sanción impuesta al demandante era necesaria en una sociedad democrática y para ello, toma en consideración elementos ya apuntalados en su jurisprudencia anterior. De hecho, se hace preciso analizar distintos aspectos involucrados en el asunto en cuestión: la finalidad del discurso o manifestación, el contenido del mismo, la figura y estatus del demandante y de la persona o personas aludidas en el discurso y, por supuesto, el contexto (García Santos, 2017, p.30). Igualmente, se ha de valorar la capacidad real de las expresiones proferidas para, dadas las circunstancias de tiempo y lugar, generar el efecto de violencia aparejado a tales expresiones (Eguiguren Praeli; Bustos Gisbert y Torres Muro, 2012).

En primer lugar, queremos poner de manifiesto que, en la sentencia que nos ocupa, el Tribunal Europeo reitera el cumplimiento de un papel subsidiario de los Estados en asegurar el cumplimiento de los derechos y libertades contemplados en la Convención Europea de Derechos Humanos y sus Protocolos. Sin embargo, al mismo tiempo, la instancia europea es consciente de que las autoridades nacionales están en mejor posición de juzgar el significado e impacto de las palabras ofensivas, sobre todo cuando se trata de ultrajes contra un símbolo nacional. En definitiva, se trata de una responsabilidad compartida entre los Estados y el Tribunal Europeo, sin olvidar que recae finalmente sobre el TEDH la capacidad de determinar si la manera en que la ley es interpretada y aplicada en el ámbito interno da lugar a consecuencias incompatibles con la Convención<sup>37</sup>. Una vez planteada la cuestión del papel preponderante del Tribunal Europeo en la consideración de si las autoridades internas han interpretado y aplicado bien el Derecho interno a la luz del sistema normativo del Consejo de Europa en materia de derechos humanos, la instancia europea entra a valorar la injerencia de España y la necesidad en una sociedad democrática en este caso.

De este modo, la primera circunstancia examinada por el Tribunal Europeo en el asunto que nos ocupa es la relativa a que las expresiones en tela de juicio son dirigidas

---

<sup>37</sup> STEDH, Asunto *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic* [GS] (nos. 28859/11 and 28473/12), de 15 de noviembre de 2016, párr.175; ver también: STEDH, Asunto *Maurice v. France* [GS] (nº 11810/03), párr.117.

no directamente contra una persona, sino contra un símbolo<sup>38</sup>. Ésta constituye una diferencia sustancial con otras sentencias del TEDH relativas a España, en las que las expresiones injuriosas son dirigidas hacia personas. En particular, menciona el Tribunal los asuntos *Otegi Mondragón c. España* y el *Stern Taulats y Roura Capellera contra España* también. En el primero de los casos, el Sr. Otegi fue condenado por injurias a la Corona, puesto que, en el curso de una rueda de prensa, señaló que el Rey era el jefe supremo y último de quienes habían torturado a las personas detenidas en el marco de una operación policial, amén de otras declaraciones ofensivas. El segundo asunto, ya mencionado, se refiere a la condena de dos españoles que quemaron una fotografía de los reyes en una manifestación pública durante la visita oficial del Rey de España a Girona en septiembre de 2007. En ambos es la familia real española objeto de las expresiones en tela de juicio, sin que exista un ataque a un símbolo nacional.

Este argumento relativo a que el ultraje a la bandera se diferencia de otras expresiones difamatorias atinentes a las personas es retomado por el Tribunal Europeo cuando distingue el caso *Fragoso Dacosta* de otros casos<sup>39</sup> en los que se ponía de manifiesto la vulneración del respeto de la vida privada de una persona<sup>40</sup>. Destaca así el Tribunal que el daño causado en ambos supuestos reviste una naturaleza diferente, puesto que en los asuntos relativos a la vida privada de una persona el daño deriva del ataque contra la reputación de un individuo. Algunas concepciones sobre el derecho fundamental al honor hacen difícil sostener que tales personas jurídico-públicas o institucionales (el Estado o las Comunidades Autónomas) pueden ser titulares del bien jurídico-penal del honor (Santana Vega, 2009: 41).

A continuación, la instancia europea pasa a valorar la tesis sostenida por la Audiencia Provincial de que, en el caso examinado, el personal militar había experimentado un “sentimiento intenso de humillación”. De este modo, y aceptando que un ataque contra un símbolo nacional puede herir los sentimientos de las personas, el Tribunal estima que lo cierto es que las expresiones proferidas por el demandante no fueron dirigidas contra una persona o grupo de personas<sup>41</sup>. En íntima relación con esta cuestión, en opinión de la instancia europea, las manifestaciones del demandante no causaron ningún daño material o personal, de modo que el proceso penal fue instado por la Fiscalía y no se activó ningún tipo de demanda civil por los presuntos daños causados.

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, n (1), párr. 26.

<sup>39</sup> Entre otros: STEDH, Asunto *Von Hannover v. Germany* (nº2) [GS] (nº 40660/08 and 60641/08), de 7 de febrero de 2012; STEDH, Asunto *Mesic v. Croatia* (nº 19362/18), de 5 de mayo de 2022.

<sup>40</sup> *Ibid.*, n (1), párr. 30.

<sup>41</sup> *Ibid.*, n (1), párr.30.

Una vez considerado de modo diferenciado el objeto contra el que se dirigen las expresiones injuriosas del demandante, es preciso examinar si dichas expresiones respondían a una crítica social o pretendían solamente el insulto. Hay que recordar que España está en el punto de mira del órgano judicial del Consejo de Europa, puesto que, como hemos mencionado, nuestro país fue condenado en los asuntos *Otegi Mondragón* y el *Stern Taulats y Roura Capellera*. Profundizando en el contenido de ambos casos, conviene destacar que el TEDH enmarcó dichas manifestaciones (críticas al Rey y quema de fotos de la familia real) en la crítica política, no personal, de la monarquía en general, y del Reino de España como nación en particular. En el asunto *Fragoso Dacosta*, de nuevo el Tribunal Europeo realiza la distinción entre crítica e insultos. Así, habría que demostrar que la única intención del demandante había sido insultar a una institución, puesto que, en ese caso, no existiría vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la sanción impuesta por el Estado<sup>42</sup>.

Para poder llegar a esta conclusión, el Tribunal Europeo, aplicando parámetros jurisprudenciales ya consolidados, estudia el caso en su conjunto, incluyendo el contenido de las expresiones y el contexto en el cual éstas fueron realizadas, con el fin de determinar si la injerencia en la libertad de expresión fue proporcional a los objetivos legítimos perseguidos y si las razones alegadas por las autoridades nacionales para justificar dicha injerencia fueron “relevantes y suficientes”<sup>43</sup>.

En el examen del contenido y el contexto de las expresiones, el Tribunal Europeo desmonta un argumento proporcionado por el Tribunal Constitucional español en su mayoría, aunque existió algún voto discrepante al respecto, como veremos después. De esta manera, nuestra alta instancia interna consideró que las expresiones de *Fragoso Dacosta* no estaban relacionadas con las protestas. Para la instancia europea, a la luz de las admoniciones previas de las autoridades militares pidiendo la rebaja del tono de las protestas durante el izado de la bandera, las manifestaciones proferidas por el demandante responden a una expresión de frustración contra dicha petición. En consecuencia, el Tribunal Europeo estima que dichas expresiones no constituyen un mero insulto, sino una crítica y protesta contra el staff militar<sup>44</sup>.

Hemos de destacar que esta postura del Tribunal Europeo encaja con la de la magistrada Encarnación Roca Trías en su voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional mencionada, cuando establece que: “Eran expresiones innecesarias,

---

<sup>42</sup> STEDH, Asunto *Skalka v. Poland* (nº43425/98), de 27 de mayo de 2003, párr.34.

<sup>43</sup> STEDH, Asunto *Skalka v. Poland* (nº43425/98), de 27 de mayo de 2003, párr.35, ver también: STEDH, Asunto *Nikula v. Finland* ( nº 31611/96), de 23 de marzo de 2002, párr. 44.

<sup>44</sup> STEDH, Asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* ( nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018, párr.38; STEDH, Asunto *Genov and Sarbinska v. Bulgaria* (nº 52358/15), de 30 de noviembre de 2021, párr.82.

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” [fundamento jurídico 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”.

A mayor abundamiento en la cuestión de la relación de las manifestaciones con la protesta, el Tribunal Europeo resalta que el demandante profirió dichas expresiones durante una protesta contra salarios impagados, siendo representantes de un sindicato. En consecuencia, queda demostrado que existía un debate sobre un tema de interés general para los empleados de la compañía de limpieza, en aras a conseguir sus reivindicaciones<sup>45</sup>. El Tribunal Europeo conecta, así, este asunto, con otro atinente a España, el caso *Palomo Sánchez y otros c. España*<sup>46</sup>, ya que se trata de un asunto en relación con demandas de empleados. Así, en el asunto de 2011, el Tribunal Europeo ya nos advierte de que la libertad de expresión es esencial para la acción sindical, y en el caso del sindicalista gallego, esta afirmación se hace plenamente presente.

En todo caso, si bien es legítima la protesta, es preciso no sobrepasar ciertos límites en relación con la reputación o los derechos de terceros, aunque un cierto grado de exageración o provocación sí está permitido<sup>47</sup>. Esta tesis está en consonancia con la jurisprudencia anterior del Tribunal Europeo. De este modo, el Tribunal del Consejo de Europa consideró acordes con la Convención Europea de Derechos Humanos unas afirmaciones ciertamente provocativas en el asunto *Otegi Mondragón*. En este caso, y en respuesta a una cuestión planteada por un periodista, éste afirmó, refiriéndose a la visita del rey al País Vasco, que “esto [era] patético” y que era una “verdadera vergüenza política” que el Presidente del Gobierno vasco inaugurara el proyecto (...) con Juan Carlos de Borbón, indicando que “esta imagen valía más que mil palabras”<sup>48</sup>. Igualmente, en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera*, el Tribunal considera que la quema de fotos se enmarca dentro de los “actos” de provocación que estaban siendo progresivamente “escenificados” con el fin de atraer la atención de los medios, y que no

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, n (1), párr.32.

<sup>46</sup> STEDH, Asunto *Palomo Sánchez y otros c. España* [GS] (nº 28955/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06 y 28964/06), de 12 de septiembre de 2011, párr.72.

<sup>47</sup> *Ibid.*, n (1), párr.32.

<sup>48</sup> STEDH, Asunto *Otegi Mondragón* (nº 2034/07), de 15 de marzo de 2011, párr.10.

fueron más allá del uso de cierto nivel permitido de provocación para transmitir un mensaje crítico en el marco de la libertad de expresión<sup>49</sup>.

En cambio, no estaría permitido que ese lenguaje provocativo o el uso de términos peyorativos gratuitos hubieran producido desórdenes o disturbios<sup>50</sup>. Sin embargo, el Tribunal Europeo no encuentra indicaciones de que se hubieran producido desórdenes o disturbios en el caso que nos ocupa. En ningún momento, la Audiencia Provincial o el Gobierno español hacen referencia a la incitación a la violencia o al discurso de odio, en relación con las expresiones proferidas por el sindicalista gallego. La única instancia judicial interna que realiza una somera referencia al “sentimiento de intolerancia” es el Tribunal Constitucional<sup>51</sup>, pero tampoco analiza la existencia de motivos para creer que exista discurso de odio, a la luz de la existencia de una situación política o social tensa o de la capacidad de dichas manifestaciones de poseer consecuencias perjudiciales. Tomando como referencia algunos asuntos, en los que el TEDH tuvo en cuenta distintos factores para determinar la vulneración de la libertad de expresión por intervenciones del Estado sobre individuos y sus discursos<sup>52</sup>, parece claro que todos ellos tienen en común la inexistencia de un llamamiento a la violencia. De este modo, al no existir dicho llamamiento, no son considerados discursos de odio y no pueden limitar la libertad de expresión. En el caso que nos ocupa, además de no existir llamamiento a la violencia, se constata que las manifestaciones en tela de juicio no han tenido un amplio impacto público<sup>53</sup>.

Por otra parte, el Tribunal tiene en cuenta que las declaraciones del sindicalista gallego constituían expresiones orales pronunciadas en el marco de una serie de protestas, al igual como las que formuló Otegui fueron en el seno de una rueda de

---

<sup>49</sup>STEDH, Asunto *Mamère c. Francia* (nº 12697/03), de 7 de noviembre de 2006, párr. 25; STEDH, Asunto *Otegi Mondragón* (nº 2034/07), de 15 de marzo de 2011, párr.54; STEDH, Asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* ( nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018, párr.38.

<sup>50</sup> *Ibid.*, n (1), párr.29.

<sup>51</sup>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 190/2020, de 15 de diciembre de 2020, *cit.*, p.7778.

<sup>52</sup> STEDH, Asunto *Gunduz c. Turquía* (nº 35071/97), de 4 de diciembre de 2003, párrs.43,52 y 53; STEDH, Asunto *Faruk Temel c. Turquía* (nº 16853/05), de 1 de febrero de 2011; STEDH, Asunto *Dink. c. Turquía* (nº 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09), de 14 de septiembre 2010; STEDH, Asunto *Fáber c. Hungría* (nº 40721/08), de 24 de julio de 2012; STEDH, Asunto *Jersild c. Dinamarca* (nº5890/89), de 23 de septiembre de 1994; STEDH, Asunto *Perinçek c.Suiza* (nº 27510/08) , de 15 de octubre de 2015; STEDH, Asunto *Erkizia Almandoz c. España* (nº 5869/17), de 22 de junio de 2021.

<sup>53</sup> *Ibid.*, n (1), párr.29.

prensa. De esta manera, se privó a los demandantes de la posibilidad de reformularlas, de perfeccionarlas o retirarlas antes de que se hicieran públicas<sup>54</sup>.

En definitiva, y del examen de todos estos elementos conjuntamente, el Tribunal puede deducir la inexistencia de ese requisito relativo a que la injerencia en uno de los derechos o libertades fundamentales de la CEDH responda a la necesidad en una sociedad democrática. No obstante, este tercer eje del test va acompañado de un estudio de la proporcionalidad en torno a la injerencia, tal y como analizaremos a continuación.

#### 4. La proporcionalidad: a vueltas con la sanción penal

La proporcionalidad hace referencia básicamente al carácter proporcional que tiene la adopción de medidas que suponen la injerencia en la libertad de expresión en cuestión (Fassbender, 1998). Si analizamos el párr.34 de la Sentencia que nos ocupa, vemos cómo la conclusión final de la instancia europea es la siguiente: “La Corte no está convencida de que las autoridades nacionales hayan logrado un equilibrio justo entre los intereses relevantes en juego al condenar al demandante e imponerle una sanción tan excesiva”<sup>55</sup>. Como consecuencia de dicha afirmación, la Corte afirma que ha habido una violación del art.10 de la CEDH que protege la libertad de expresión. Así las cosas, se impone una reflexión sobre si la condena y sanción impuesta a Frago Dacosta en el orden interno responde a los estándares del Consejo de Europa.

En primer lugar, destacamos que, en cuanto a la utilización de la vía penal para castigar las injurias a la bandera, el TEDH sienta una jurisprudencia clara. De hecho, para dicha instancia: “[s]i bien es absolutamente legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que ocupan estas instituciones exige a las autoridades de dar muestras de contención en la utilización de la vía penal”<sup>56</sup>.

De este modo, el TEDH ha subrayado, en repetidas ocasiones, que 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 que el

---

<sup>54</sup> STEDH, Asunto *Fuentes Bobo c. España* (nº 39293/98), de 29 de febrero de 2000, párr. 46; STEDH, Asunto *Biról c. Turquía* (nº44104/98), de 1 de marzo de 2005, párr. 30; STEDH, Asunto *Otegi Mondragón* (nº 2034/07), de 15 de marzo de 2011, párr.54.

<sup>55</sup> *Ibid.*, n(1), párr.34. La traducción es propia.

<sup>56</sup> STEDH, Asunto *Jiménez Losantos c. España*, nº 53421/10, de 14 de junio de 2016, párr.51.

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<sup>57</sup>.

En el caso *Fragoso Dacosta* queda descartada la incitación a la violencia o su consideración como discurso de odio, así que cabe examinar si el hecho de imponer una sanción penal es proporcional. A este respecto, el Tribunal Europeo se refiere a ciertos estándares comunes: el grado de culpabilidad de la persona, la gravedad de la ofensa y si la misma fue cometida de modo repetitivo<sup>58</sup>. A este respecto, el Tribunal considera que las declaraciones del sindicalista fueron realizadas de modo oral, en una sola ocasión, con una audiencia limitada, en el contexto de unas protestas que duraban varios meses y sin que se ocasionaran disturbios<sup>59</sup>.

Por otro lado, en el asunto que nos ocupa, el hecho de que en el art.543 se hable de multa o prisión ya suscita varias dudas, a pesar de que, como señala el Gobierno español, se le impuso una multa de 1.260 euros y era muy improbable el recurso a la prisión, previsto solo en caso de impago. En el caso *Rodríguez Ravelo c. España*<sup>60</sup>, se nos recuerda que “[e]l carácter relativamente moderado de las multas, cuyo impago puede acarrear una privación de libertad no bastaría para que desapareciera la probabilidad de un efecto disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de expresión”<sup>61</sup>. Y dicho recordatorio es plenamente aplicable a otro asunto relativo a críticas a un juez, en el caso *Benítez Moriana e Iñigo Fernández c. España*<sup>62</sup>.

En consecuencia, y a la luz del incumplimiento del aspecto relativo a la necesidad/proporcionalidad del triple test, el 8 de junio de 2023, el TEDH condenó al reino de España por una violación del artículo 10 del Convenio (libertad de expresión),

---

<sup>57</sup> STEDH, Asunto *Gerger c. Turquía* [GS], no 24919/94, de 8 de julio de 1999, párr. 50; STEDH, Asunto *Otegi Mondragón* (nº 2034/07), de 15 de marzo de 2011, párr.54.

<sup>58</sup> STEDH, Asunto *Skalka v. Poland* (nº43425/98), de 27 de mayo de 2003, párr.41.

<sup>59</sup> *Ibid.*, n (1), párr.33.

<sup>60</sup> Este asunto hacía referencia a la condena por un delito de calumnias al abogado Fernando Rodríguez Ravelo que acusó a la juez del juzgado de Primera Instancia número 2 del Puerto del Rosario (Canarias) de mentir y falsear la realidad en resoluciones dictadas en un expediente de dominio. En este asunto, se le condenó al pago de una multa de 8.100 euros, y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas (STEDH, Asunto *Rodríguez Ravelo c. España* (nº 48074/10), de 12 de enero de 2016, párr. 44).

<sup>61</sup> STEDH, Asunto *Rodríguez Ravelo c. España* (nº 48074/10), de 12 de enero de 2016, párr. 44; STEDH, Asunto *Moriana e Iñigo Fernández c. España* (nº 36537/15 y 36539/15), de 9 de marzo de 2021, párr. 49 y 59.

<sup>62</sup> El caso refiere a la violación del derecho a la libertad de expresión de los demandantes debido a su condena por la publicación de una carta abierta en un periódico local en la que se quejaban de la conducta de un juez en un procedimiento que les afectaba. El TEDH, en un fallo de cinco votos contra dos, ha considerado que la condena de los demandantes vulnera su derecho a la libertad de expresión recogido en el artículo 10 CEDH (STEDH, Asunto *Moriana e Iñigo Fernández c. España* (nº 36537/15 y 36539/15), de 9 de marzo de 2021).

ordenando el abono de una satisfacción equitativa de 6.000 al demandante. Esta condena se suma a otras tantas en relación con los delitos de opinión tipificados en España y la vulneración de la libertad de expresión, lo que debería hacer reflexionar a nuestro Estado sobre la necesidad de una reforma urgente del Código Penal<sup>63</sup>.

En definitiva, se hace preciso determinar claramente en qué supuestos la adopción de medidas penales internas en relación con ciertas manifestaciones o discursos no va a entrar en conflicto con derechos reconocidos en el CEDH. En cualquier caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos nos ofrece pistas, porque a su juicio, es admisible la sanción penal como injerencia en la libertad de expresión en tres casos muy claros: en el caso de discurso de odio, cuando existe incitación a la violencia y cuando se ha producido un abuso del derecho conforme al art.17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Petit de Gabriel, 2021; Roig Torres, 2020; Esquivel Alonso, 2016).

En el ámbito doctrinal, arroja algo de luz la posición de Alcácer Guirao (2019: 25), cuando incluye, entre los supuestos claros en que cabe la represión penal, algunos casos. Destaca, así, los supuestos de incitación directa a la violencia (en la misma línea que gran parte de la jurisprudencia del TEDH), así como otros actos de discriminación que sean constitutivos de delito. Igualmente, apuesta por la inclusión de aquellas amenazas concretas que lesionen la libertad de las personas.

---

<sup>63</sup> En este sentido, hemos de destacar que, el 27 de febrero de 2020, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común presentó una proposición de ley para la reforma del Código penal español en relación con los delitos de opinión, pero dicha propuesta fue retirada (Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión. (122/000042), presentada el 27/02/2020, calificada el 03/03/2020, y retirada el 11/9/2020). Unos meses más tarde, en agosto de 2020, el Grupo Parlamentario Republicano presentó una proposición de ley para despenalizar determinados delitos de nuestro Código, en particular: las injurias a la Corona (art. 490.3 y 491) y los ultrajes a España (artículo 543). Dicha propuesta se sometió a votación y fue rechazada en octubre de 2020 (Proposición de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para despenalizar las injurias a la Corona y los ultrajes a España (Orgánica). (122/000078), presentada el 11/08/2020, calificada el 02/09/2020, sometida a votación el 27 de octubre de 2020 y rechazada con 73 votos a favor, 273 en contra y 4 abstenciones). Finalmente, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común presentó de nuevo su proposición de ley en febrero de 2021, y fue admitida a trámite, hallándose en situación de toma en consideración por el Pleno cuando se paralizó su examen para concentrarse solamente en la reforma relativa a la sedición. En particular, los tipos delictivos que estarían implicados en esta última proposición serían: los delitos contra la Corona ( artículos 490.3 y 491); ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas (artículo 543); injurias al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma y a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (artículo 504), los delitos contra los sentimientos religiosos o de escarnio público (artículo 525) y el delito de enaltecimiento del terrorismo (artículo 578) (Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión. (122/000124), presentada el 09/02/2021, calificada el 16/02/2021, BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-149-1 de 19/02/2021).

En este sentido, no podemos olvidar la posición mantenida por el propio Consejo de Europa, no sólo a través de la jurisprudencia de su Tribunal Europeo, sino también mediante la postura de la Comisión contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI)<sup>64</sup>. Conforme a dicha Comisión, si existen otro tipo de sanciones, como las civiles y las administrativas, la vía penal habría de reservarse a supuestos excepcionales. En el caso que analizamos, la utilización de una vía penal tan seria, a la luz de la inexistencia de la serie de factores que justifican su uso, resultaría claramente desproporcionada.

### III .ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LOS ULTRAJES A LA BANDERA

Si comparamos la escasa jurisprudencia del Tribunal Europeo en relación con los ultrajes a la bandera, llegamos a conclusiones muy similares a las establecidas en el asunto *Fragoso Dacosta*, pudiendo afirmar que la instancia europea mantiene una jurisprudencia coherente en relación con este tipo de delitos.

De hecho, es el propio Tribunal Constitucional español el que, en el asunto *Fragoso Dacosta*, acude a jurisprudencia anterior del TEDH, aunque sea sólo para obtener una suerte de diferenciación. En particular, el Tribunal Constitucional hace alusión al asunto *Christian Democratic People's Party v. Moldova* nº2<sup>65</sup>. En dicho asunto, el TEDH reconoció el derecho que asistía a este partido político en relación con la expresión abierta de "sus opiniones sobre asuntos controvertidos que afectan a la comunidad"<sup>66</sup>. Igualmente, el Tribunal Europeo reconoció que la quema de una bandera de la Federación Rusa y de una imagen del Presidente de dicho país son manifestaciones del ejercicio de la libertad de expresión.

Más concretamente, el TEDH señaló que: "[...] las consignas del partido demandante, incluso si van acompañadas de la quema de banderas y fotos, eran una forma de expresar una opinión con respecto a [...] la presencia de tropas rusas en la territorio de Moldavia". La Corte recuerda en este contexto que la libertad de expresión se refiere no sólo a "información" o "ideas" que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, escandalizan o

---

<sup>64</sup> ECRI, Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, párr.10.

<sup>65</sup> STEDH, Asunto *Christian Democratic People's Party v. Moldova* nº2 (nº25196/04), de 2 febrero de 2010.

<sup>66</sup> *Ibidem*, párr.25.

perturban”<sup>67</sup>. En esta última frase, el Tribunal Europeo no hace sino reafirmar lo apuntado en su jurisprudencia de un modo coherente y reiterado<sup>68</sup>.

En este mismo sentido, y a juicio de nuestro Tribunal Constitucional<sup>69</sup>, el hecho determinante que hizo prevalecer la libertad de expresión y reunión en el caso del partido de Moldavia no es aplicable al caso *Fragoso Dacosta*. En particular, en el asunto contra Moldavia, los hechos tuvieron que ver con la actuación de miembros de un determinado partido político moldavo que defendía el respeto por los derechos humanos y que protestaba contra la presencia del Ejército ruso en el territorio de Transdniestrina. Todo ello enmarcado en el conflicto político surgido entre la Federación Rusa y la República de Moldavia. Es precisamente en este contexto de reivindicación de sus derechos humanos que se produjo la quema de la bandera de la Federación Rusa. De este modo, a juicio de la instancia europea, “los eslóganes del partido demandante, incluso cuando fueran acompañados por la quema de banderas y fotografías, eran una forma de expresar una opinión con respecto a un asunto de máximo interés público, en concreto la presencia de las tropas rusas en el territorio de Moldavia”<sup>70</sup>. En consecuencia, no cabía prohibir las manifestaciones por el simple hecho de la quema de banderas o fotos del Presidente. Tampoco se estimó que pudieran considerarse los hechos como constitutivos, razonablemente, de incitación a la violencia, a pesar de la quema anteriormente mencionada.

Sin embargo, podemos utilizar los mismos argumentos que el Tribunal Constitucional, en el asunto *Fragoso Dacosta*, para llegar a una conclusión contraria. Así, podemos estimar que las expresiones proferidas por el sindicalista gallego ante la bandera de España formaban parte, tal y como afirmó el TEDH en su sentencia, de una serie de protestas. Justamente aquí dichas manifestaciones cobran todo el sentido y se aseguran su protección bajo el amparo de la libertad de expresión. Dichas expresiones contra la bandera son coherentes con la existencia de un marco de conflicto laboral, de protestas reiteradas y de llamadas de atención por quienes regentaban el establecimiento militar para evitar ruidos durante el izado de la bandera. Aquí tampoco halló el Tribunal Europeo

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, párr.25.

<sup>68</sup> Esta postura fue afirmada por el TEDH, en el Asunto *Handyside c. el Reino Unido* (nº 5493/72), de 7 de diciembre de 1976, párr.49, y posteriormente, ha sido reafirmada en otros casos, como: STEDH, Asunto *Lingens c. Austria* (nº 9815/82), de 8 de julio de 1986, párr. 41; y STEDH, Asunto *Müslüm c. Turquía* (nº35071/97), de 4 de diciembre de 2003, párr.37; STEDH, Asunto *Jersild c. Dinamarca* [GS] (nº 15890/89), de 23 de septiembre de 1994; STEDH, Asunto *Sürek y Özdemir v. c. Turquía* [GS] (nº 23927/94), de 8 de julio de 1999, STEDH, Asunto *Giniewski c. Francia* (nº 64016/00), de 31 de enero de 2006; STEDH, Asunto *Alves da Silva c. Portugal* ( nº41665/07), de 20 de octubre de 2009 y STEDH, Asunto *Fáber c. Hungría* (nº 40721/06), de 24 de julio de 2012.

<sup>69</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 190/2020, de 15 de diciembre de 2020, *cit.*, p.7778.

<sup>70</sup> *Ibid.*, n (66), párr.27.

indicios de incitación a la violencia, ni fue ésta una de las cuestiones examinadas por los tribunales internos españoles.

A *sensu contrario*, nos encontramos con otro asunto en relación con la bandera nacional: el asunto *Rufi Osmani y otros c. la ex República yugoslava de Macedonia*<sup>71</sup>, que fue declarado inadmisibile el 11 de octubre de 2011. En éste, el demandante, que era alcalde de un pueblo de mayoría albanesa, organizó un acto público en defensa de la utilización oficial de la bandera nacional albanesa. Durante dicho acto público, Osmani pronunció un discurso apelando a los ciudadanos de origen albanés a proteger su bandera, que había sido desplegada en el Ayuntamiento. Los tribunales internos interpretaron que existió incitación a la violencia en algunos fragmentos del mencionado discurso. Además, el demandante era consciente de que su llamamiento para impedir que la bandera fuese retirada podía dar lugar a una serie de disturbios interétnicos y enfrentamientos con la policía. Así, fue condenado a varios años de prisión por incitación al odio nacional, racial y religioso. El Tribunal Europeo estimó que dicha actuación irresponsable jugó un papel relevante en los sucesivos altercados violentos que se produjeron y que tuvieron un saldo de tres muertos y numerosos heridos. En conclusión, a la luz de las circunstancias examinadas, y a juicio del TEDH, la condena impuesta por los tribunales internos estaba justificada y no había sido desproporcionada.

En definitiva, en todas estas sentencias, la cuestión principal estriba es el valor atribuido a la bandera y a lo que se hace con ella, de acuerdo con el contexto. Así, en cuanto a los objetos simbólicos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que hay una serie de actos simbólicos, que incluirían la quema de retratos de personajes públicos, la quema de bandera o las injurias contra la bandera que deben ser “entendidos más como expresión de desacuerdo y protesta que como llamamiento a la violencia”<sup>72</sup>. Pero dicho presupuesto sería matizado en aquellos casos en que se produjera una verdadera incitación al odio o la violencia. En estos supuestos, no cabría buscar el amparo de la libertad de expresión.

Con todo, coincidimos con Climent Gallart (2015: 305) cuando afirma que el lenguaje simbólico referido también a las banderas deriva de una construcción jurisprudencial estadounidense que ha sido recibida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En

---

<sup>71</sup> STEDH, Asunto *Rufi Osmani and Others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia* (nº 50841/99), de 11 de octubre de 2001.

<sup>72</sup> La traducción es propia (STEDH, Asunto *Savva Terentyev v. Russia* (nº 10692/09), de 28 de agosto de 2018, párr. 74). Ver también expresiones similares en: STEDH, Asunto *Christian Democratic People's Party v. Moldova* nº2 (nº25196/04), de 2 febrero de 2010, párr.27; STEDH, Asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* ( nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018, párr. 39. Ver también: STEDH, Asunto *Pakdemirli v. Turquía* (nº35839/97), de 22 de febrero de 2005; STEDH, Asunto *Lopes Gomes Da Silva v. Portugal* (nº37698/97), de 28 de septiembre de 2000; y STEDH, Asunto *Colombani y otros v. Francia* (nº51279/99), de 25 de junio de 2002.

este sentido, no podemos olvidar que dicho lenguaje simbólico tiene un efecto importante, puesto que puede contribuir a ampliar y magnificar el mensaje que se quiere transmitir (Garlicki, 2012: 332).

De hecho, el uso simbólico de la bandera ha sido analizado convenientemente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un asunto ya clásico, el asunto *Fáber c. Hungría*<sup>73</sup>. En este caso, el demandante alegaba ante el TEDH la vulneración de la libertad de expresión (art.10) y de la libertad de reunión y asociación. El origen de la demanda se hallaba en una multa que se le impuso por exhibición de una bandera, la bandera de Arpád, con connotaciones históricas totalitaristas, a menos de 100 metros de una manifestación contra el racismo.

El TEDH fue consciente de las connotaciones que podía tener dicha bandera, símbolo del régimen totalitario de Hungría, entre las víctimas de dicho régimen y sus familiares. Sin embargo, aunque halló dichos sentimientos comprensibles, estimó que no podían por sí solos justificar una injerencia en la libertad de expresión. Una vez más, tomó en consideración la no violencia, la distancia existente entre el que exhibía la bandera y los manifestantes, y la falta de riesgo probado para la seguridad pública. En consecuencia, a juicio del Tribunal Europeo, no fue un acto intimidante ni hubo incitación a la violencia, por lo que la condena al demandante fue considerada una vulneración a la libertad de expresión, en conexión con la libertad de reunión y asociación.

A pesar de llegar a dicha conclusión, hay una apreciación del Tribunal Europeo que merece ser resaltada. La Corte determina, igualmente, que la exhibición de un símbolo contextualmente ambiguo en un lugar particular puede dar lugar a la protección de la libertad de expresión, dependiendo del contexto y circunstancias. La misma utilización de un símbolo no es igualmente permisible en todos los lugares y en todos los tiempos<sup>74</sup>. Este argumento de la Corte europea puede ser perfectamente extrapolable al caso *Fragoso Dacosta*, de manera que las expresiones del sindicalista ante la bandera en un contexto y en unas circunstancias diferentes podrían haber conducido a conclusiones distintas por parte de la instancia europea.

Por una parte, un aspecto poco mencionado en la sentencia del TEDH y sobre el que cabe reflexionar es el relativo a los sentimientos del personal militar destacado en el arsenal y presentes en el momento de las expresiones injuriosas contra la bandera. De hecho, en el ámbito interno, la Audiencia Provincial menciona el “sentimiento intenso de humillación” del personal de la instalación militar, y el Tribunal Constitucional alude al “sentimiento de intolerancia”. Como ya hemos mencionado, basándose en el carácter

---

<sup>73</sup> STEDH, Asunto *Fáber v. Hungría* (nº 40721/08), de 24 de julio de 2012.

<sup>74</sup> STEDH, Asunto *Fáber v. Hungría* (nº 40721/08), de 24 de julio de 2012, párr.58.

subsidiario de la Corte europea y el llamado margen de apreciación nacional, el propio Tribunal afirma que las instituciones del Estado en cuestión son las más apropiadas para juzgar lo que implica un ataque a la bandera. Podríamos haber argumentado, en consonancia con la postura de algunos penalistas (Santana Vega, 2009:46-47), que el delito de ultrajes a los símbolos nacionales implicaría la protección de los derechos de los ciudadanos a no ser atacados o menospreciados en los sentimientos que les inspiran algunos símbolos oficiales del Estado.

En este sentido, nos aventuramos a decir que quizás los tribunales internos españoles no han sabido transmitir de una manera fidedigna lo que un ataque a la bandera nacional implica para el estamento militar en nuestro país. Al ser un argumento escasamente utilizado, el Tribunal Europeo tampoco profundiza en él.

En todo caso, nos alineamos con los penalistas que consideran que los sentimientos son de “difícil captación para su protección como bienes jurídico-penales” o como simples bienes jurídicos, sobre todo si son colectivos (Santana Vega, 2009:49). Por otra parte, coincidimos con Climent Gallart (2015: 310) cuando manifiesta que el Estado no puede obligar a todos los ciudadanos a que comulguen con el significado que él le haya podido dar a un determinado símbolo. La percepción del significado de dicho símbolo varía para los diferentes grupos de población, de acuerdo con la libertad ideológica de los mismos. Aplicando esta tesis al caso *Fragoso Dacosta*, podríamos deducir que, para el sindicalista, dicha bandera no poseía el mismo significado como símbolo que para los miembros del Ejército, de modo que se expresó en la manera antes señalada con la intención clara de magnificar su mensaje en referencia a las reivindicaciones salariales.

#### **IV. EL ATAQUE CONTRA SÍMBOLOS NACIONALES EN LA JURISPRUDENCIA INTERNA ESPAÑOLA: BAJO LA SUPERVISIÓN DEL TEDH**

Nos aventuramos a afirmar que la contundente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los delitos de opinión en España está teniendo repercusiones sobre la jurisprudencia interna. De este modo, queremos mencionar dos decisiones judiciales internas en relación con la aplicación del art. 543 del Código Penal, en las que se nota la influencia de la instancia europea de un modo decisivo.

El primer caso a analizar es el del humorista español Dani Mateo que, en el programa “El Intermedio” de la Sexta, realizó una actuación humorística en la que se sonaba los mocos con la bandera nacional, la llamó “trapo que se vende en los chinos” y la tiró al suelo. Una Asociación Policial presentó una demanda contra el mencionado humorista, amparándose en el art.543 de nuestro Código Penal. El Juzgado de Instrucción nº47 archivó la demanda, puesto que, a pesar de estimar que la actuación humorística fue provocadora, consideró que su penalización supondría la vulneración de la libertad de

expresión. Así, apuntó a que la condena al humorista implicaría ir en contra del “principio de intervención mínima del Derecho Penal y la amplia libertad de expresión que viene tutelando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo”<sup>75</sup>. No constató el juez un ánimo de denigrar los símbolos nacionales, sino que halló en dicha actuación signos de realizar una crítica política con sentido del humor, así que, amparándose en la tendencia jurisprudencial de la instancia europea, archivó la demanda.

Lo relevante del caso de Dani Mateo no es el hecho de que fuera una actuación humorística, sino que su ataque a la bandera española se llevó a cabo en un contexto de crítica política, utilizando la sátira y sin pretender injuriar dicho símbolo nacional. No podemos olvidar que cualquier forma de expresión artística también es susceptible de ser calificada como discurso de odio si reúne las características para ello. Y decimos “es susceptible de” porque hay que indagar en el propósito de dicha manifestación artística. Así, el Tribunal Europeo, en el caso *M'Bala M'Bala c. Francia*<sup>76</sup>, consideró que el demandante había utilizado un espectáculo teatral cómico para ridiculizar a la comunidad judía. Dicho espectáculo teatral fue considerado por la instancia europea como “una actuación contraria a los valores del Convenio Europeo de Derechos Humanos” (párr.26), de modo que, para el Tribunal, el formato artístico o cultural en este caso era una simple apariencia travestida de una innegable conducta injuriosa marcada por una finalidad negacionista y antisemita que superaba los límites de la libertad de expresión (párr.40) (Galdámez Morales, 2018). En el caso Dani Mateo, no parece existir un fin claro de ultrajar la Nación que supere los límites de la libertad de expresión, y el Juzgado Central de Instrucción nº47 archiva un caso que nos podría haber conducido de nuevo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Otro caso de supuesta vulneración del art. 543 es el referente a un manifiesto en el que se instaba a la pitada generalizada al himno de España y al Rey Felipe VI en la final de la Copa del Rey disputada por el F.C. Barcelona y el Athletic Club de Bilbao en el Estadio Camp Nou de Barcelona, en el año 2015. Dichos hechos llegaron a manos de la Audiencia Nacional, tras una condena judicial, puesto que se trató de una acción colectiva organizada por asociaciones proindependentistas catalanas, que fue retransmitida a nivel nacional e internacional, y logrando el propósito de ofender y menospreciar al Jefe de Estado español y al himno nacional.

Hay que señalar, al respecto, que una de las cuestiones controvertidas en la aplicación del art.543 CP es la relativa a las autorías masivas de dichos ultrajes. En este

---

<sup>75</sup> <https://www.europapress.es/madrid/noticia-juez-cita-declarar-investigado-dani-mateo-sonarse-nariz-bandera-20181123143628.html>, consultado por última vez el 2 de agosto de 2023.

<sup>76</sup> STEDH, *Asunto M'Bala M'Bala c. Francia* (nº 25239/13), Decisión de inadmisibilidad, 20 de octubre de 2015.

caso, se considera un autor individual, el que realizó el principal manifiesto que proponía la pitada colectiva. En todo caso, de haberse considerado como imputables los numerosos espectadores que incurrieron en esa conducta durante la interpretación del himno nacional, y habida cuenta de que se trataba de un acto deportivo, cabría cuestionarse la aplicabilidad del artículo en cuestión (Santana Vega, 2009: 62).

En este asunto, la Audiencia Nacional<sup>77</sup> volvió a basarse en la jurisprudencia del TEDH, al considerar que la libertad de expresión prevalecía sobre los delitos de injurias al Rey del art. 490.3 del CP y el ultraje a España del art. 534 del CP. El acto fue interpretado por la Audiencia Nacional como una crítica política, aunque la misma " sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quienes se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática"<sup>78</sup>. De este modo, apunta a que "la libertad de expresión vale no sólo para la difusión de ideas y opiniones "acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellos que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte de la población. Dicho tenor literal reproduce la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes ya mencionada.

La Audiencia Nacional vuelve a indagar en la intención del autor del manifiesto que incitaba a la pitada general en dicho partido de fútbol, detectando que "[l]a propuesta contenida en el manifiesto tiene como ilusorio y confesado fin conseguir "la proclamación de un Estado Catalán Independiente con el consiguiente control político efectivo del territorio" mediante "la protesta colectiva cívica"<sup>79</sup>. Por consiguiente, la pitada se inscribe en el marco de dichas reivindicaciones independentistas y así deben ser examinadas. Teniendo claro el contexto, y ponderando la libertad de expresión y los delitos imputados, la Audiencia Nacional procedió a revocar la sentencia apelada y a absolver al solicitante de los delitos de opinión ya examinados.

En consecuencia, la Audiencia Nacional apuesta por una reprimenda de tipo social calificando los hechos de "actos reprobables". No obstante, elude la acción penal, siguiendo la estela de la jurisprudencia de nuestro TEDH que se inclina por utilizar la contención en el uso de la vía penal<sup>80</sup>. Los tribunales internos españoles, conscientes de que la espada de Damocles del TEDH pesa sobre sus cabezas, se enfrentan al difícil

---

<sup>77</sup> AUDIENCIA NACIONAL - SALA DE LO PENAL. Sección 004. SENTENCIA Nº 14/18, de 4 de mayo de 2018. Roj: SAN 1511/2018 - ECLI:ES:AN:2018:1511, p.4.

<sup>78</sup> Se ampara la Audiencia Nacional en las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: S.T.C. 174/2006, de 05 de junio, y 77/2009, de 23 de marzo.

<sup>79</sup> *Ibid.*, n (77), p. 3.

<sup>80</sup> STEDH, Asunto *Otegi Mondragón c. España* (nº2034/07), de 15 de marzo de 2011, párr. 58.

dilema de aplicar la ley española sabiendo que se arriesgan a una condena a nuestro país basándose en dicha sentencia.

## V. LA PENALIZACIÓN DEL ULTRAJE A LA BANDERA EN ESPAÑA EN TELA DE JUICIO

Es cierto que la instancia judicial del Consejo de Europa ejerce una función supervisora respecto de los tribunales internos de los Estados, cuando éstos aplican una sanción penal que atañe a la libertad de expresión. Pero dicho Tribunal, a la hora de enfrentarse a este tipo de dilemas y aplicar el test de proporcionalidad, ha de ceñirse a criterios estrictos relativos al contenido, contexto y la incitación a la violencia. Todas estas consideraciones son plenamente aplicables al supuesto de ultrajes a la bandera, y a la ponderación que el TEDH pueda realizar de la aplicación de este delito en nuestro país.

En cuanto al margen de apreciación de nuestros tribunales internos, siguiendo a Elosegui (2017:9), señalamos que: “[e]l TEDH admite un margen de apreciación del Estado en su calidad de garante del orden público, con medidas incluso de carácter penal, destinadas a reaccionar de manera adecuada y sin exceso ante tales discursos”. La vía penal existe, por tanto, y es una opción del Estado. Cuestión diferente es si esta opción es la deseable cuando hablamos de ciertos delitos de opinión que colisionan con la libertad de expresión, tales como el relativo al ultraje a símbolos nacionales.

En relación con los delitos de opinión en España, nos hemos de alinear con Petit de Gabriel (2021), cuando afirma que el conjunto de casos en los que el TEDH ha condenado a España por excesos en la sanción penal del ejercicio del derecho a opinar es aparentemente pequeño y se concentra en la última década. Tal y como señala la autora, dejando aparte el asunto *Castells*<sup>81</sup>, desde la sentencia *Otegi Mondragón* (2011) hasta la más reciente en 2023 (*Fragoso Dacosta*) han pasado sólo doce años, pero coincidimos con ella en que estas sentencias del TEDH son solamente “la punta del iceberg de un problema más amplio y complejo ante los tribunales nacionales” españoles (Petit de Gabriel, 2021: 68). La magnitud de este problema se refleja no sólo en la existencia de dichas sentencias de la instancia europea, sino en la controvertida aplicación que de esas disposiciones penales referentes a delitos de opinión han de realizar los jueces en España.

En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos nos viene advirtiendo de las necesidades de realizar reformas en nuestro ordenamiento interno. Dichas reformas

---

<sup>81</sup> STEDH, Asunto *Castells c. España* (nº 11798/85), de 23 de abril de 1992.

pasarían por una proporcionada y bien delimitada definición y tipificación de los delitos de opinión, así como por un adecuado establecimiento de la sanción a adoptar.

El propio Tribunal Europeo, en su guía sobre la libertad de expresión, establece claramente que la imposición de una sanción penal por los Estados en casos de difamación o ultrajes sólo sería compatible con el respeto a la libertad de expresión en circunstancias excepcionales. Dichas circunstancias excepcionales harían referencia a esos supuestos en los que se vulneren los derechos humanos, como ocurre en los casos de discurso de odio o incitación a la violencia<sup>82</sup>.

Pero no sólo el Tribunal Europeo nos amonesta, sino que otros órganos del Consejo de Europa, como la ECRI o la propia Comisaria de Derechos Humanos, señalan que no es adecuado imponer una sanción penal en todos los casos relativos a manifestaciones, expresiones o discursos injuriosos. Aconsejan la posibilidad de contar con otras vías, tales como: exigir responsabilidades administrativas y civiles, retirar el apoyo a algunas organizaciones y prohibir otras, e imponer sanciones penales sólo en algunas circunstancias específicas y limitadas.

La ECRI en su recomendación de 2015 insta a actuar de forma adecuada y decidida contra el uso en público de discurso de odio que tenga como finalidad, o quepa suponer razonablemente que va a tener dicho efecto, incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a los que van dirigidas. Para este caso concreto, la ECRI<sup>83</sup> apuesta por normas penales, pero siempre que otras medidas menos restrictivas puedan resultar menos eficaces, y se respete la libertad de expresión y opinión<sup>84</sup>.

Mientras tanto, nuestro país parece ajeno a estas consideraciones, y mantenemos en nuestro ordenamiento delitos difícilmente sustentables ante instancias internacionales. De hecho, nuestros propios tribunales son conscientes de que existe una corriente mayoritaria de la doctrina que apuesta por una modificación intensa de los delitos de opinión en nuestro Código Penal, y así lo aseveran, pero se ven obligados a aplicar la legislación en su estado actual.

En todo caso, conviene seguir adelante con las propuestas de despenalización de los llamados delitos de opinión y, en particular, del que aquí nos ocupa. Nos podemos sino recordar que este delito de ultrajes se incardina en el llamado Derecho penal de los

---

<sup>82</sup> ECHR, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights*, 31 December 2020, párr.250.

<sup>83</sup> ECRI, Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, párr.10.

<sup>84</sup> El Comité de Derechos Humanos ha subrayado que éstas han de ser compatibles con las restricciones de libertad de expresión que están autorizadas de conformidad con el artículo 19 (3) (Comentario General No 34 Artículo 19: Libertades de opinión y expresión, CCPR/C/GC/34, del 12 de septiembre 2011, apartados 50-52).

símbolos, que recoge tipos penales de “extraña fisonomía en los que se entremezclan sentimientos colectivos y simbología, no siempre incontestables, elevándose esta amalgama a la categoría de presuntos bienes jurídico-penales” (Santana Vega, 2009: 48).

Este tipo de delitos, por su ambigüedad e indefinición, no deberían estar penalizados del modo en que prevé nuestro Código Penal. En particular, el delito de ultraje a los símbolos nacionales, en este caso la bandera, constituiría un delito dotado de mayor imprecisión, si tomamos en consideración que una de las interpretaciones posibles sería estimar que el bien jurídico es un sentimiento: el patriotismo u orgullo nacional o autonómico (Vázquez Portomeñe, 2001-2002:226). Sería más fácilmente defendible apostar por otro bien jurídico posible, como en alguna sentencia en el orden interno español: el interés general del Estado en la sumisión a la Constitución, a las leyes, a las autoridades legítimas y el mantenimiento de la paz pública. Pero, en todo caso, se trata de consideraciones ciertamente ambiguas e interpretables, habida cuenta de la importancia de respetar la libertad ideológica y la libertad de expresión en un Estado Democrático y de Derecho miembro del Consejo de Europa.

Manteniendo las disposiciones en nuestro ordenamiento interno relativas a los delitos de opinión, en particular, los ultrajes a los símbolos nacionales, no hacemos sino alejarnos de la postura clara del Consejo de Europa que apuesta por su despenalización.

Sin embargo, la despenalización de esta categoría no implica necesariamente una desprotección de nuestros símbolos nacionales frente a ataques, sino que conduce a la adopción de otro tipo de medidas más apropiadas para castigar, convenientemente y sin desproporciones, los ultrajes a nuestros símbolos nacionales.

Igualmente, estas consideraciones no implican la imposibilidad de adoptar medidas penales para ultrajes a la nación, pero éstas se deberían limitar a supuestos claros de actos constitutivos de discurso de odio en los que exista incitación a la violencia. Así, y tomando como referencia el asunto *Handyside c. el Reino Unido* ante el TEDH<sup>85</sup>, nuestros tribunales internos han de adoptar las medidas que sean razonables, dependiendo del caso, y la respuesta debe ser proporcionada. Si tomamos estas cautelas, será más fácil lograr decisiones judiciales equilibradas, que tomen en consideración los bienes jurídicos en tela de juicio, y que prioricen la sacrosanta libertad de expresión, siempre que sea posible.

---

<sup>85</sup> STEDH, *Asunto Handyside c. el Reino Unido* (nº 5493/72), de 7 de diciembre de 1976, párr. 49.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Alcácer Guirao, R. (2019). Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, diciembre 2019, pp.19-27.

Bychawska-Siniarska, D. (2017). *Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights, A Handbook for Legal Practitioners*, Council of Europe.

Carrillo Donaire, J. A. (2015). La libertad de expresión y 'el discurso de odio' religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular. *Revista de Fomento Social*, 70, pp. 205-243.

Climent Gallart, J. (2015). La jurisprudencia estadounidense sobre el lenguaje simbólico en relación con las banderas y su acogimiento por el TEDH. *Revista Europea de Derechos Fundamentales* · segundo semestre 2015: 28, pp.303-328.

Corral Maraver, N. (2020). Sentencia del TEDH en el Asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*. Reflexiones sobre el Delito de Injurias a la Corona y el Derecho a la Libertad de Expresión Política en España". *Revista General de Derecho Penal*, nº34, pp.1-15.

Del Carpio Delgado, J. (dir.); y Holgado González, M. (dir.) (2021). *Delitos de opinión y libertad de expresión: Un análisis interdisciplinar: cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*. Aranzadi, pp.347

Dopico Gómez-Aller, J. (2021). El segundo "caso Pablo Hasél. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº20, 2021, pp. 393-414.

Elosegui, M. (2017). Las recomendaciones de la ECRI sobre el discurso de odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas. *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 44 (2017), p. 9.

Elosegui, M. (2020). El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los casos *Stomakhin v. Rusia*, *Williamson y Pastörs v. Alemania*. *Revista General de Derecho Europeo Iustel*, Nº51, 2020, p. 16.

Eguiguren Praeli, F.J.; Bustos Gisbert, R. y Torres Muro, I. (2012). *Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo*, Pamplona, Civitas-Thompson Reuters, pp.192.

Esquivel Alonso, Y. (2016). El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cuestiones Constitucionales. *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, nº. 35, julio-diciembre 2016, pp.1-42.

Fassbender, B. (1998). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Público*, nº5, 1998, pp.51-73.

Galán Muñoz, A. (2018). El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?. *Estudios Penales y Criminológicos*, nº38, 2018, pp.245-304.

García Santos, M. (2017), El límite entre la libertad de expresión y la incitación al odio: análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Comillas Journal of International Relations*, nº10, 2017, pp.1-20.

Garlicki, L. (2012). Symbolic speech, en AAVV. *Freedom of expression. Essays in honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, The Netherlands, pp. 332.

Hauksdottir, E. (2021). Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the ECHR'S Approach to Blasphemy. *European Convention on Human Rights Law Review*, nº 2, pp. 75-118.

Galán Muñoz, A. (2022). El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-32, pp.1-51.

Galdámez Morales, A.G. (2018). M'Bala M'Bala c. Francia: la singularidad del negacionismo en Europa". *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, nº36, pp. 219-230.

López Guerra., L. (2021). Capítulo 12: Libertad de Expresión, en López Guerra, L. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 236.

Martinón Quintero, R. (2022). La interacción entre la libertad de expresión y la libertad religiosa en el TEDH. La posible modificación del artículo 525 del Código Penal español. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº44, diciembre de 2022, pp. 1-27.

Ochoa Ruiz, N. (2020). Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, demandas nº51168/15 y 51186/15, sentencia de 13 de marzo de 2018. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº6, pp. 1-10.

Petit de Gabriel, E.W. (2021). Los delitos de opinión, España y el TEDH, una historia ¿pasada? de desencuentros recalcitrantes ,en De Pablo Serrano, A.(coord.); Del Carpio Delgado, J. (dir.); y Holgado González, M. (dir.). *Delitos de opinión y libertad de expresión: Un análisis interdisciplinar: cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*, pp. 45-102.

Presno Linera, M. Á. (2018). Crónica De Una Condena Anunciada: El Asunto *Stern Taulats Y Roura Capellera c. España* Sobre La Quema De Fotos Del Rey. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº42, pp. 539-540.

Roig Torres, M. (2020). Delimitación entre libertad de expresión y "discurso del odio. Tirant lo Blanch, pp.242.

Santana Vega, D.M. (2009). Delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas: ¿protege algún bien jurídico-penal?. *Cuadernos de política criminal*, nº 99, 2009, pp. 35-66.

Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (2001-2002). Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código Penal). *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIII (2001-2002), pp. 216-252.