

## MINISTERIO DE JUSTICIA

### SECCIÓN QUINTA ASUNTO FRAGOSO DACOSTA c.ESPAÑA (Demanda nº 27926/21)

SENTENCIA Artículo 10 • Libertad de expresión • Pena desproporcionada impuesta a un representante sindical por injurias a la bandera nacional en una base militar durante una protesta como consecuencia del impago de salarios – No se cuestiona el discurso del odio o la incitación a la violencia - No se produjeron disturbios o desórdenes - Debate sobre un asunto de interés general - No se alcanzó un equilibrio justo entre los intereses relevantes en juego.

## ESTRASBURGO

8 de junio de 2023

Esta sentencia será firme de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 del Convenio. Puede ser objeto de revisión editorial. TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés, en los que se publican las sentencias, decisiones y cualquier otra documentación.

SENTENCIA FRAGOSO DACOSTA c.ESPAÑA 1 En el asunto Fragoso Dacosta c.España, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta), reunido en una Sala formada por:

Georges Ravarani, Presidente

Mārtiņš Mits,

Stéphanie Mourou-Vikström,

Lado Chanturia,

María Elósegui,

Mattias Guyomar,

Kateřina Šimáčková, Jueces, y Martina Keller, Secretaria de Sección adjunta, Teniendo en cuenta: la demanda (nº 27926/21) interpuesta contra el Reino de España el 14 de mayo de 2021 ante el Tribunal, de conformidad con el artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("el Convenio"), por un ciudadano español, Sr.

Pablo Fragoso Dacosta ("el demandante"); la decisión de poner dicha demanda en conocimiento del Gobierno español ("el Gobierno"); las observaciones de las partes, Tras deliberar a puerta cerrada el 4 de abril y el 9 de mayo de 2023, dicta la siguiente sentencia adoptada en esta última fecha: INTRODUCCIÓN 1.

La demanda se refiere a la presunta vulneración del derecho del demandante a la libertad de expresión con arreglo al artículo 10 del Convenio, como consecuencia de su condena por un delito de injurias a la bandera española. HECHOS 2. El demandante nació en 1986 y reside en Vedra. Estuvo representado por M.

J.Arias Eibe, letrado en ejercicio en Fene.<sup>3</sup>El Gobierno estuvo representado por su Agente, A.Brezmes Martínez de Villarreal.<sup>4</sup>Los hechos del caso pueden resumirse como sigue.<sup>5</sup>En el momento de los hechos, el Arsenal Militar de Ferrol, una base militar dependiente del Ministerio de Defensa, se vio envuelto en un conflicto sobre el impago de salarios a los trabajadores de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones de Defensa.

En respuesta a dicho impago, el personal de la empresa de limpieza se declaró en huelga desde octubre de 2014 hasta marzo de 2015.En ese periodo, los trabajadores, junto a algunos representantes sindicales, celebraron concentraciones diarias frente SENTENCIA FRAGOSO DACOSTA c.ESPAÑA

2 al Arsenal (es decir, su lugar de trabajo), gritando consignas relacionadas con sus protestas (tales como “la bandera no paga las facturas”), con pitidos y, en general, haciendo ruido.

Dichas protestas coincidían con el izado diario de la bandera en presencia de los militares.<sup>6</sup>El 28 de octubre de 2014, el Almirante Jefe del Arsenal remitió una carta al secretario de la Confederación Intersindical Galega, un sindicato gallego, protestando por la falta de respeto de los manifestantes hacia la bandera.

El 29 de octubre el demandante, representante del mencionado sindicato, participó en una reunión con el Almirante, quien le pidió “rebajar el tono” de las protestas durante el izado de la bandera.<sup>7</sup>A las 8 de la mañana del 30 de octubre de 2014 el demandante, junto a una treintena de manifestantes, se encontraba frente al Arsenal en el momento del izado solemne de la bandera cuando, a través de un megáfono, gritó: “aquí tedes o silencio da puta bandeira” [“aquí tenéis el silencio de la puta bandera”] y “hai que prenderlle lume á puta bandeira” [“hay que prenderle fuego a la puta bandera”].

No hubo ningún otro incidente.<sup>8</sup>El 6 de febrero de 2015 el demandante fue acusado, con arreglo al artículo 543 del Código Penal, de un delito de ultrajes a España.<sup>9</sup>El 22 de marzo de 2017, el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ferrol condenó al demandante por los cargos imputados.Declaró que las expresiones se hicieron públicamente en presencia del personal militar con la intención de mostrar desprecio u ofender, y señaló que en sendas reuniones celebradas en días anteriores, las autoridades militares pidieron expresamente al demandante que “rebajara” el tono de su protesta durante la ceremonia solemne.

Añadió que, aunque un sector de la doctrina se muestra partidaria de despenalizar este delito en cuestión, los jueces están sujetos a la ley penal siempre que concurren los elementos de tipo mencionado.Condenó al demandante a una multa de 1.260 euros, que podía sustituirse por la privación de libertad en caso de impago.

<sup>10</sup>El demandante recurrió ante la Audiencia Provincial de A Coruña, alegando una injerencia desproporcionada con el derecho a la libertad ideológica y a la libertad de expresión.<sup>11</sup>El 8 de febrero de 2018, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la condena impuesta en primera instancia, declarando concretamente que el personal militar había experimentado “un intenso sentimiento de humillación” por las expresiones proferidas por el demandante.

12.El 1 de marzo de 2019, el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ferrol declaró extinguida la responsabilidad personal subsidiaria del demandante tras haber satisfecho la obligación de pago de la multa.13.El 27 de marzo de 2018, el demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la vulneración de sus derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión.

SENTENCIA FRAGOSO DACOSTA c.ESPAÑA 3 14.El Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de amparo por providencia de 25 de febrero de 2019, tras apreciar que concurría en el mismo una “especial trascendencia constitucional”.15.El 7 de mayo de 2019, el Ministerio Fiscal interesó del Tribunal Constitucional la estimación del recurso de amparo, alegando que la condena penal había sido desproporcionada y que los tribunales en primera y segunda instancia no habían ponderado adecuadamente ciertos aspectos esenciales del asunto, tales como el contexto y la finalidad del mensaje.

16.El 15 de diciembre de 2020, el Tribunal Constitucional, por seis votos a cinco, desestimó el recurso de amparo.Expuso que en principio su función consistía en verificar si las sentencias impugnadas ponderaron la libertad de expresión del demandante con la protección del interés general que suponen la defensa de los símbolos del Estado.

Observó que las expresiones del demandante no se habían referido a los impagos de salarios objeto de las protestas, que dichas declaraciones se hicieron en el contexto de una ceremonia solemne, y que algunos de los manifestantes las habían rechazado, diciendo “no, eso no”.El Tribunal Constitucional concluyó que las expresiones transmitían un sentimiento de intolerancia y que por tanto no estaban protegidas por la libertad de expresión, así como que la sanción impuesta al demandante fue proporcionada.

En lo que aquí resulta relevante, la sentencia decía lo siguiente:

“En suma, el control de constitucionalidad que a este Tribunal corresponde llevar a cabo en este tipo de supuestos debe quedar limitado, antes de entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal —que, en su caso, podrían ser objeto de control bajo la invocación del derecho a la legalidad penal (art.

25.1 CE)—, a verificar si las sentencias impugnadas, al imponer la condena penal, han valorado como cuestión previa si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión [art.20.1 a) CE] [art.20.1 a) CE] y si, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso, pues así lo impone el principio de supremacía de la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales (...).

Consideran las sentencias impugnadas que aquellas expresiones, proferidas por el recurrente en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional, constituyen ultrajes de palabra a la bandera española, realizados con publicidad, que no pueden entenderse amparados en la libertad de expresión.

Ello, a diferencia de lo que sucedió con otras consignas que se gritaron en concentraciones celebradas en días anteriores, acaecidas en el mismo lugar, a la misma hora y con ocasión del mismo acto.Se razona en las sentencias que el encausado actuó con ánimo de menospreciar o

ultrajar, por cuanto las expresiones proferidas constituyeron su concreta respuesta a una previa solicitud de la autoridad militar a los representantes sindicales de los trabajadores, para que rebajasen el tono de las protestas que venían realizando desde hacía meses ante el establecimiento militar durante el izado de la bandera nacional (...).

Sin embargo, los hechos declarados probados en la vía judicial previa aportan una serie de elementos que no pueden escapar a nuestra valoración: SENTENCIA FRAGOSO DACOSTA c.ESPAÑA

4 (i) El momento en que las expresiones fueron proferidas: Se trataba del momento del izado de la bandera nacional, con interpretación del himno nacional y la guardia militar en posición de arma presentada, es decir, la ceremonia más solemne de todas las que tienen lugar en un acuartelamiento militar, en la que se hace un acto de especial respeto y consideración a símbolos del Estado, en este caso a la bandera y al himno nacional.

(ii) La utilización del término "puta" para calificar a la "bandeira" y, además, ambas palabras insertadas en la expresión "hai que prenderlle lume á puta bandeira", que nunca fue utilizada hasta aquel momento por las personas concentradas, según se deduce de los hechos declarados probados por las resoluciones judiciales impugnadas.

(iii) La innecesariedad de las dos expresiones proferidas para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas por los concentrados.(iv) La falta de vínculo o relación de las expresiones utilizadas con la reivindicación laboral que estaban llevando a efecto las personas concentradas.

(v) Además del "intenso sentimiento de humillación" que, según refiere la sentencia de apelación, sufrieron los militares presentes en el acto, también la manifestación de algunas de las trabajadoras participantes en la concentración, que dijeron "no, eso no".(...) Uno de los dos mensajes difundidos (...) sólo sirvió para transmitir a la opinión pública la idea de que había que prenderle fuego a la "puta bandera", sin añadir ninguna otra palabra más que asociara ese expresado deseo a las reivindicaciones laborales defendidas en la concentración.

Este dato es relevante para nuestro enjuiciamiento toda vez que se trataba de expresiones proferidas por el demandante, singulares y aisladas del resto de los actos de concentración y de las consignas expresadas en los mismos, que no guardaban relación con lo que defendían los concentrados.El recurrente, a quien, conforme a los hechos declarados probados por las resoluciones judiciales impugnadas, le son imputadas las frases proferidas y que sostiene haber participado en la concentración como miembro de un sindicato nacionalista, tampoco ha justificado en la demanda cuál habría podido ser el objetivo que perseguía al utilizar los términos empleados y cuál la eventual relación de las frases con las reivindicaciones laborales que ha alegado defender.

Esta carga, que correspondía al recurrente, no puede ser suplida por este Tribunal.También son relevantes, para el enjuiciamiento de este caso, otros dos elementos: En primer lugar, el contexto en que aquellas frases fueron proferidas.Si bien, hasta aquella ha y en jornadas posteriores, las personas concentradas eligieron el momento y el lugar que, a juicio, era el más relevante para hacer del público conocimiento sus reivindicaciones laborales, esto es el del acto de izado de la bandera, con la guardia formada e interpretación del himno nacional, tales actos no han sido

objeto de enjuiciamiento por la jurisdicción penal, al hallarse amparados por la libertad de expresión.

Sin embargo, este mismo contexto cobra, también, especial importancia para nuestro enjuiciamiento porque, precisamente, en aquella jornada y única ocasión, el demandante se sirvió del referido momento solemne para proferir aquellas expresiones, innecesarias y desvinculadas de la reivindicación laboral.

Y, en segundo término, aunque íntimamente conectado con el anterior elemento, es preciso valorar, también, que cuando se escucharon aquellas expresiones en alta voz, algunas de las personas concentradas declararon "no, eso no" (así lo recoge la sentencia del Juzgado de lo Penal). Tales palabras reflejan el sentimiento de aquellas personas, participantes en la concentración, que no compartieron lo que el demandante había dicho y expusieron el expreso rechazo a aquellas con su negación.

SENTENCIA FRAGOSO DACOSTA c.ESPAÑA 5 ...Pero, si a dichas palabras y en una de las dos frases pronunciadas, quien las profiere utiliza los términos "hai que prenderlle lume" (...) las expresiones realizadas configuran el conjunto de un mensaje que conlleva una carga, no sólo de rechazo hacia la simbología política que representa la enseña nacional y, por tanto, menospreciativa de los sentimientos de unidad y de afinidad que muchos ciudadanos puedan sentir por aquella, sino también, lo que revela es el mensaje de beligerancia que mostró el recurrente hacia los principios y valores que aquella representa.

Además, la expresión de ese deseo supone, no ya el de la mera destrucción material de la bandera por el fuego, sino también la difusión a los demás de un sentimiento de intolerancia y de exclusión que se proyecta con su afirmación a todos aquellos ciudadanos que sientan la bandera como uno de sus símbolos de identidad nacional y propios.

(...) No se trataba, por tanto, de una crítica hacia personas que, por su función, están sometidas a un especial escrutinio ciudadano, en el contexto de una concentración antimonárquica y de protesta por la visita de los reyes a una ciudad, como ocurrió en el precitado asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España, [nº 51168/15 y 51186/15, de 13 de marzo de 2018] sino de unas expresiones objetivamente ofensivas hacia un símbolo, la enseña nacional, en un marco reivindicativo completamente ajeno a los valores que la bandera representa.

En el caso de autos, el contexto es muy diferente, puesto que no tiene lugar en el ámbito de un conflicto político entre Estados independientes, en el que ciudadanos de uno de los Estados partícipes del conflicto queman la bandera y una imagen del presidente del otro Estado, por su repulsa a este y no al Estado propio.

En el caso presente no partimos, por fortuna, de aquel supuesto de violencia y de hostilidad hacia el símbolo de otro Estado en conflicto con el propio, en que hubo de situarse el Tribunal Europeo. Ahora, el presupuesto de hecho es muy distinto pues se trataba de una concentración pacífica por motivos laborales que tenía lugar frente a unas instalaciones militares, y en la que, en un momento determinado, una de las personas participantes, actuó individualmente y profirió dos frases contra la bandera de España que eran innecesarias para los fines reivindicativos laborales que defendían los concentrados y que ninguna relación guardaba con aquellas reclamaciones.

Incluso alguna de las personas concentradas mostró su rechazo expresamente, en signo de disconformidad con aquellas expresiones. Cuando, como ocurre en el caso de autos, la expresión de una idea u opinión se hace innecesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en este caso la reivindicación laboral; cuando aparece de improviso y no tiene que ver, por su desconexión, con el contexto en que se manifiesta; cuando, además, por los términos empleados, se proyecta un reflejo emocional de hostilidad; cuando, en definitiva, denota el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos, el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión.

(...) Con fundamento en los presupuestos de hecho que ahora enjuiciamos, hemos de adelantar que la conducta del recurrente queda fuera del ámbito protector de los derechos a la libertad de expresión e ideológica invocados por aquél y que no es posible apreciar, siquiera, una mera extralimitación en los medios empleados en el contexto de un ejercicio, en principio legítimo, de aquel derecho.

#### SENTENCIA FRAGOSO DACOSTA c. ESPAÑA

6 En el caso de autos, lo que hizo el recurrente fue invocar de forma retórica el ejercicio de aquellos derechos para pretender justificar su conducta materializada en las expresiones proferidas contra la bandera de España. Tales expresiones incorporaban términos, que unido contenían en sí mismos significaciones de menosprecio (aquí tedos o silencio da puta bande.

hai que prenderile lume á puta bandeira); resultaban innecesarios y, además, habían proferidos, al margen del contexto y sin vinculación alguna al objetivo legítimo de formular reivindicaciones laborales, provocando, incluso, sentimientos de rechazo por parte de algunas de las personas que secundaban la protesta.

Finalmente, tampoco el recurrente, en su demanda de amparo, ha explicado cuál era el objetivo que perseguía al utilizar los términos empleados y cuál la eventual relación de las frases pronunciadas con las reivindicaciones laborales que ha alegado defender. En consecuencia, ni siquiera es posible apreciar una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, pues su conducta, por las razones expresadas, no puede quedar amparada por este derecho, dado que no contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre.

(...) Con fundamento, pues, en estos antecedentes hemos de llegar a la conclusión de que la respuesta punitiva aplicada al recurrente resultó proporcionada a la entidad de la conducta delictiva apreciada. La pena de multa (...) fue aplicada en su grado mínimo; la cuota diaria asignada (...), era adecuada a su capacidad económica, (...); y, finalmente, la responsabilidad personal subsidiaria no ha llegado a tener efecto”.

**MARCO JURÍDICO RELEVANTE** 17. Las disposiciones pertinentes de la Constitución Española establecen lo siguiente: Artículo 16 “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

Artículo 20 “1.Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.(...) 4.Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Artículo 28 “1.Todos tienen derecho a sindicarse libremente.La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los SENTENCIA FRAGOSO DACOSTA c.ESPAÑA 7 funcionarios públicos.

La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas.Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.  
18.La disposición pertinente del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) establece lo siguiente: Artículo 543 “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”.

LEGISLACIÓN I.PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO 19.El demandante se quejó de que la condena impuesta vulneró su derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 del Convenio, cuyas partes pertinentes dicen lo siguiente: “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 (...).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”.

#### A.Admisibilidad

20.En el presente caso, si bien algunas de las conclusiones del Tribunal Constitucional pueden interpretarse en el sentido de cuestionar la aplicabilidad del artículo 10 del Convenio (véase los párrafos 16 supra y 27 infra), el Tribunal observa que dicha aplicación no ha sido impugnada por el Gobierno, por lo que, igual que las partes, considera que dicha disposición es sin duda aplicable.

El Tribunal además indica que la reclamación no está manifiestamente mal fundada ni es inadmisibile por ningún otro motivo de los relacionados al artículo 35 del Convenio.Por tanto, debe ser declarada admisible.SENTENCIA FRAGOSO DACOSTA c.ESPAÑA

8 B.Fondo 1.Alegaciones de las partes 21.El demandante alega que incluso si el lenguaje utilizado hubiese sido agresivo, los tribunales internos deberían haber tenido en cuenta el

contexto en el que se realizaron dichas expresiones.

Destacó que sus declaraciones se hicieron contra un símbolo y no incitaron a la violencia ni provocaron alteraciones del orden público. El demandante argumentó que la injerencia no había perseguido un “objetivo legítimo” en el sentido del artículo 10.2 del Convenio. Finalmente, afirmó que las declaraciones debían ser interpretadas como expresión simbólica de una insatisfacción.

22. El Gobierno aceptó que la condena impuesta al demandante suponía una injerencia en su derecho a la libertad de expresión. Argumentó que la injerencia estaba “prevista por la ley” y perseguía un fin legítimo, es decir, “proteger un símbolo común de todos los miembros de una nación, cuál es su bandera o enseña nacional, sin perjuicio de que puedan coexistir muchas otras banderas de naciones o regiones que conviven dentro de dicho Estado”.

Alegó que los tribunales internos tuvieron debidamente en cuenta las circunstancias del asunto concluyendo que la injerencia había sido proporcionada y por tanto “necesaria en una sociedad democrática”. El Gobierno aportó un informe sobre la existencia de delitos similares en el sistema jurídico interno de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Además, observó que la posibilidad de que la multa fuese sustituida por la privación de libertad era muy improbable. 2. Valoración del Tribunal

23. El Tribunal indica que las partes no cuestionan que la sanción impuesta al demandante supuso una injerencia en su derecho a la libertad de expresión. Dicha injerencia constituye una violación del artículo 10 a no ser que esté “prevista por la ley”, persiga uno o más objetivos legítimos establecidos en dicha disposición, y sea “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzar dichos objetivos (véase NIT S.R.L.).

c. la República de Moldavia [GS], nº 28470/12, § 151, de 5 de abril de 2022). 24. El Tribunal entiende que la injerencia denunciada estaba “prevista por la ley”, es decir, por el artículo 543 del Código Penal español, que prevé, por elección del Parlamento español, la tipificación de ciertas conductas que pueden ultrajar los símbolos de España y que se consideran perjudiciales para los sentimientos de la sociedad española.

Respecto al objetivo legítimo, el Gobierno se refirió a la protección de “un símbolo común a todos los miembros de una nación”. Dada la importancia de promover la cohesión social, el Tribunal acepta que esto corresponde al objetivo legítimo de proteger los “derechos de otros”, al que hace referencia el segundo párrafo del artículo 10 (compárese Murat Vural c.

Turquía, nº 9540/07, § 60, de 21 SENTENCIA FRAGOSO DACOSTA c. ESPAÑA 9 de octubre de 2014; Animal Defenders International c. Reino Unido [GS], nº. 48876/08, § 78, TEDH 2013; y NIT S.R.L., anteriormente citada, § 175) 25. Para ello, la valoración del Tribunal se centrará en establecer si la pena impuesta al demandante era “necesaria en una sociedad democrática”.

Los principios generales pertinentes están consolidados en la jurisprudencia del Tribunal (para un resumen reciente, véase NIT S.R.L., citado anteriormente, § 177). 26. Respecto a las circunstancias del presente asunto, el Tribunal señala que el demandante, miembro de un sindicato que había



proferido sendas expresiones malsonantes utilizando un megáfono en una protesta pacífica contra el impago de salarios, fue declarado culpable de haber ultrajado la bandera española y fue sancionado por ello.

El Tribunal subraya que las expresiones denunciadas no se dirigían a una persona sino a un símbolo (compárese *Otegi Mondragón c.España*, nº 2034/07, TEDH 2011, y *Stern Taulats y Roura Capellera c.España*, nº 51168/15 y 51186/15, de 13 de marzo de 2018, en el que los demandantes fueron condenados por haber insultado al rey de España, en el primer caso, y por haber prendido fuego a una fotografía de los reyes, en el segundo).

27.El Tribunal Constitucional consideró que las manifestaciones del demandante quedaban fuera del derecho a la protección de la libertad de expresión con arreglo al artículo 20 de la Constitución, ya que eran indudablemente injuriosas para un símbolo nacional, mostraban hostilidad y falta de respeto hacia dicho símbolo en un contexto absolutamente ajeno a los valores que representa, y eran innecesarias y ajenas a las reclamaciones sobre el impago de salarios (véase el apartado 16 supra).

Al respecto, el Tribunal reitera que es consciente de su papel esencialmente subsidiario establecido por el Convenio, según el cual los Estados contratantes tienen la responsabilidad fundamental de garantizar los derechos y libertades proclamados en el Convenio y en sus Protocolos (véase *Dubská y Krejzová c.*

la República Checa [GS], nº 28859/11 y 28473/12, § 175, de 15 de noviembre de 2016).En principio, las autoridades nacionales están mejor posicionadas que el juez internacional para evaluar el significado e impacto de las injurias, en concreto cuando se dirigen a un símbolo nacional.No obstante, señala asimismo que el principio de subsidiariedad impone una responsabilidad compartida entre los Estados parte y el Tribunal, y que las autoridades y tribunales nacionales deben interpretar y aplicar el Derecho interno de manera que dote de pleno efecto al Convenio (véase *Guðmundur Andri Ástráðsson c.*

Islandia [GS], nº 26374/18, § 250, de 1 de diciembre de 2020).De ello se desprende que, si bien corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, y en concreto a los órganos jurisdiccionales, interpretar y aplicar la legislación interna, corresponde en última instancia al Tribunal establecer si la forma en que se interpreta y aplica dicha legislación produce efectos compatibles con el Convenio (ibid.).

## SENTENCIA FRAGOSO DACOSTA c.ESPAÑA

10 28.En las circunstancias del presente caso, el Tribunal se remite a su posición consolidada respecto a que la libertad de expresión se aplica no sólo a la “información” o a las “ideas” que se reciben de forma favorable o se consideran inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, escandalizan o molestan al Estado o a cualquier otro sector de la población (véanse *Handyside c.*

el Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, § 49, Serie A nº 24, y *Handzhiyski c.Bulgaria*, nº 10783/14, § 58, de 6 de abril de 2021).No obstante, el Tribunal ha declarado que debe establecerse una distinción clara entre la crítica y los insultos y que, en algunas circunstancias, si

la única intención de cualquier forma de expresión es injuriar una institución o a una persona, una sanción adecuada no supondría en principio una violación del artículo 10.2 del Convenio (véase *Skalka c.*

Polonia, nº 43425/98, § 34, de 27 de mayo de 2003). En cualquier caso, incluso en este tipo de asuntos, el Tribunal, en el ejercicio de su competencia de control, debe examinar la injerencia impugnada a la vista del caso en su conjunto, incluyendo el contenido de las observaciones formuladas en contra del demandante y el contexto en el que se realizaron, y establecer si la injerencia en cuestión es “proporcionada a los objetivos legítimos” y si los motivos alegados por parte de las autoridades nacionales para justificarlos son “relevantes y suficientes” (*ibid.*, § 35).

29. El Tribunal acepta que lenguaje utilizado por el demandante puede considerarse provocativo, y el uso de improperios gratuito. Sin embargo, afirma que no hay indicios de desorden o disturbios tras las declaraciones del demandante. Ni la Audiencia Provincial ni el Gobierno intentaron justificar la condena del demandante haciendo referencia a la incitación a la violencia o al discurso del odio.

Aunque el Tribunal Constitucional se refirió a un “sentimiento de intolerancia” transmitido por el demandante, no analizó si existían motivos suficientes para considerar que sus declaraciones suponían una incitación al odio, tales como la existencia de un trasfondo político o social o la capacidad de dichas declaraciones de tener consecuencias perjudiciales (véanse *Perinçek c.*

Suiza [GS], nº 27510/08, §§ 204-07, TEDH 2015, y *Erkizia Almandoz c. España*, nº 5869/17, § 40, de 22 de junio de 2021). El Tribunal además tiene en cuenta el hecho de que los comentarios se hicieron oralmente durante una protesta, por lo que el demandante no tuvo posibilidad de reformularlos, redefinirlos o de retractarse (véase *Otegi Mondragón*, citada anteriormente, § 54, y *Fuentes Bobo c.*

*España*, nº 39293/98, § 48, de 29 de febrero de 2000), y observa que el Gobierno no ha alegado que las declaraciones tuvieran una amplia repercusión pública.<sup>30</sup> Por otro lado, el Tribunal considera que el presente caso se diferencia de aquellos en los que la libertad de expresión se ha contrapuesto al derecho al respeto a la vida privada de un individuo (véanse, entre otros precedentes, *Axel Springer AG c.*

*Alemania* [GS], nº 39954/08, de 7 de febrero de 2012; *Von Hannover c. Alemania* (nº 2) [GS], nº 40660/08 y 60641/08, TEDH 2012; y *Mesić c. Croacia*, nº 19362/18, de 5 de mayo de 2022). Si bien el Tribunal SENTENCIA FRAGOSO DACOSTA c. ESPAÑA 11 está dispuesto a aceptar que las declaraciones provocativas dirigidas contra un símbolo nacional pueden herir la sensibilidad de las personas, el daño causado en su caso es de un carácter diferente comparado con aquel provocado por el ataque a la reputación de un individuo concreto.

En el presente caso, si bien la Audiencia Provincial declaró que el personal militar había experimentado “un intenso sentimiento de humillación” (véase el párrafo 10 supra), lo cierto es que las manifestaciones del demandante no iban dirigidas a una persona o a un colectivo. El Tribunal también observa que las declaraciones del demandante no produjeron daño personal o material alguno, el procedimiento penal se inició únicamente a iniciativa del Ministerio Fiscal (institución que, en el procedimiento seguido ante el Tribunal Constitucional, solicitó la admisión

del recurso de amparo) y que no se interpuso ninguna demanda civil en relación con las declaraciones del demandante (véase Fuentes Bobo, anteriormente citada, § 48).

31.El Tribunal no puede aceptar la afirmación del Gobierno y del Tribunal Constitucional de que las declaraciones del demandante no guardaban relación alguna con las protestas. Indica que las autoridades militares pidieron expresamente al demandante “rebajar el tono” de su protesta durante la ceremonia solemne (véanse los párrafos 6 y 9 supra).

Puede también considerarse que las referencias del demandante al silencio de la bandera (véase el párrafo 7 supra) estaban relacionadas con dicha petición, tal y como se indica en la sentencia del juzgado de lo penal, y suponer una expresión de frustración en contra de dicha petición. El Tribunal considera que no puede adivinar las intenciones del demandante, pero indica que sus declaraciones podrían ser consideradas razonablemente no como meras ofensas, sino como una crítica y una expresión de protesta y descontento contra el personal militar en su calidad de empleadores de los trabajadores de la compañía de limpieza (véanse, mutatis mutandis, Fuentes Bobo, anteriormente citada, § 48, sobre declaraciones ofensivas contra empleadores; Stern Taulats y Roura Capellera, anteriormente citada, § 38; y Genov y Sarbinska c.

Bulgaria, nº 52358/15, § 82, de 30 de noviembre de 2021). 32.El Tribunal observa asimismo que el demandante era un representante sindical que realizó las declaraciones durante una protesta en contra del impago de salarios. Puede por tanto admitirse que se trataba de un debate sobre una cuestión de interés general para los trabajadores de la empresa de limpieza (véase, mutatis mutandis, Palomo Sánchez y otros c.

España [GS], nº 28955/06 y otras 3, § 72, TEDH 2011). En este sentido, el Tribunal reitera que los miembros de un sindicato deben poder expresar a su empleador las reivindicaciones con las que pretenden mejorar la situación de los trabajadores de su empresa (ibíd., § 56; véase también, mutatis mutandis, Straume c.

Letonia, nº 59402/14, § 103, de 2 de junio de 2022). Asimismo, si bien cualquier individuo que participa en un debate público de interés general, como en el caso del demandante, no debe sobrepasar ciertos límites, concretamente en lo que se refiere al respeto de la reputación y los derechos SENTENCIA FRAGOSO DACOSTA c.

## ESPAÑA

12 de otros, se permite cierto grado de exageración o incluso de provocación; es decir, se permite cierto grado de exceso (véase Otegi Mondragon, anteriormente citada, § 54). 33.Finalmente, el Tribunal observa que el demandante fue condenado a pagar una multa de 1.260 euros, que podía ser sustituida por la privación de libertad en caso de impago.

En opinión del Tribunal, el importe de la multa impuesta al demandante era considerable y el hecho de que se podía imponer la privación de libertad como pena alternativa es particularmente relevante (véase Benítez Moriana e Iñigo Fernández c.España, nº 36537/15 y 36539/15, §§ 49 y 59, de 9 de marzo de 2021, y Rodríguez Ravelo c.

España, nº.48074/10, § 44, de 12 de enero de 2016). Aunque, en principio, corresponde a los tribunales nacionales fijar la pena, a la vista de las circunstancias del caso concreto existen criterios comunes que el Tribunal debe garantizar de conformidad con el principio de proporcionalidad. Estos criterios son el grado de culpabilidad del interesado, la gravedad de la infracción y la reincidencia (véase Skalka, antes citada, § 41).

Las consideraciones anteriores son suficientes para permitir al Tribunal concluir que la pena impuesta al demandante, en las circunstancias concretas de este caso, fue desproporcionada en relación con el objetivo perseguido.<sup>34</sup> Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el Tribunal no está convencido de que las autoridades nacionales hayan alcanzado un equilibrio justo entre los intereses relevantes en juego al condenar al demandante e imponerle una sanción excesiva.

#### En consecuencia, se ha producido una violación del artículo 10 del Convenio. II. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

35. El artículo 41 del Convenio establece que: “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

36. El demandante reclamó 19.260 euros en concepto de daños materiales y morales. No reclamó cantidad alguna en concepto de costas.<sup>37</sup> El Gobierno solicitó del Tribunal que desestimase la demanda de satisfacción equitativa. Afirmó que en caso de que se declarase una violación del Convenio, el demandante podría reclamar a las autoridades nacionales el reembolso del importe de la multa, y la cantidad reclamada en concepto de daños morales era desorbitada.

38. El Tribunal aprecia un vínculo de causalidad entre la violación constatada y el daño material reclamado, ya que se condenó al demandante a pagar una multa de 1.260 €. En consecuencia, concede dicho importe al demandante. Además, el Tribunal señala que la condena del demandante podría tener un efecto disuasorio en el ejercicio de su libertad de expresión.

SENTENCIA FRAGOSO DACOSTA c. ESPAÑA 13 Teniendo en cuenta las circunstancias concretas del asunto, es decir, el contexto de conflicto laboral y la condición del demandante como representante sindical, el Tribunal le concede 6.000 euros en concepto de daños morales, más cualquier impuesto exigible.

#### POR CUANTO ANTECEDE, EL TRIBUNAL POR UNANIMIDAD,

1. Declara la demanda admisible; 2. Afirmar que se ha vulnerado el Artículo 10 del Convenio; 3. Afirmar: a) que el Estado demandado deberá abonar al demandante, en un plazo de tres meses desde la firmeza de la presente sentencia, de conformidad con el artículo 44.2 del Convenio, los siguientes importes: (i) 1.260 euros (mil doscientos sesenta euros), más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños materiales; (ii) 6.000 euros (seis mil euros), más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños morales; b) que desde el vencimiento de los citados tres meses hasta su liquidación, se abonará un interés simple sobre las cantidades anteriores igual al tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo durante el periodo de mora, incrementado en un tres por ciento.

4. Desestima el resto de la satisfacción equitativa reclamada por el demandante. Redactado en

inglés, y notificado por escrito el 8 de junio de 2023, de conformidad con las reglas 77.2 y 3 del Reglamento del Tribunal. Martina Keller Georges Ravarani Secretaria de Sección adjunta  
Presidente