

# BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXXVII

Núm. 2.267

Septiembre de 2023



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-15-001-5

<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ>

---

**Enlaces**

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

**Edita**

Ministerio de Justicia  
Secretaría General Técnica

**Maquetación**

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

**ISSN**

1989-4767

**NIPO**

051-15-001-5

**Depósito Legal**

M.883-1958

---

## PRESENTACIÓN

El **Boletín del Ministerio de Justicia** es una publicación periódica oficial de carácter científico del Ministerio. Comenzó en 1852 con el título de *Boletín Oficial del Ministerio de Gracia y Justicia*, y mediante Orden del Ministro de Justicia de 19 de febrero de 2009 se dispuso la edición electrónica del Boletín del Ministerio de Justicia cesando así su edición en papel. En la actualidad el Boletín del Ministerio de Justicia da un paso más hacia su consolidación como una revista electrónica que, manteniendo su rigor académico e informativo, se ajusta además a los criterios de calidad propios de una publicación de prestigio.

La Orden JUS/218/2018, de 23 de febrero, por la que se regulan las publicaciones oficiales periódicas del Ministerio de Justicia con contenido científico recoge, en su Disposición adicional primera, que «El Boletín del Ministerio de Justicia es también una publicación periódica oficial de carácter científico del Ministerio».

El Boletín del Ministerio de Justicia tiene periodicidad mensual, carácter multidisciplinar y está gestionado por un equipo directivo compuesto por un Director, un Secretario y un consejo de redacción. Publica estudios doctrinales referentes a todos los ámbitos del Derecho, reseñas de libros jurídicos, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, condecoraciones de la Orden de San Raimundo de Peñafort, traducciones de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

El Boletín del Ministerio de Justicia está especialmente dirigido a los principales operadores jurídicos, pero también quiere ofrecer a la ciudadanía toda la información que pudiera ser relevante para facilitar el ejercicio efectivo de sus derechos, en general, y del derecho a la información, en particular.

El Ministerio de Justicia da, con esta iniciativa, un paso más en su política de transparencia hacia los ciudadanos en temas que son de su competencia.

---

CONSEJO DE REDACCIÓN  
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

*Registrador de la Propiedad y académico de número de la Real Academia  
de Jurisprudencia y Legislación (España)*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

*Profesor titular de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

*Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

D. Francisco Marín Castán

*Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo (España)*

D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías

*Vicepresidenta emérita del Tribunal Constitucional  
Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Barcelona (España)*

D.<sup>a</sup> Magdalena Nogueira Guastavino

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.<sup>a</sup> Nieves Fenoy Picón

*Catedrática de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Ángel Menéndez Rexach

*Catedrático emérito de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.<sup>a</sup> Teresa Armenta Deu

*Catedrática de Derecho Procesal  
Universidad de Girona (España)*

---

## SUMARIO

AÑO LXXVII • SEPTIEMBRE 2023 • NÚM. 2.267

Sentencia:

- *Asunto Frágoso Dacosta c. España.*
- *Asunto Olivarez Zúñiga c. España*

*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.

## SECCIÓN QUINTA

### **ASUNTO FRAGOSO DACOSTA c. ESPAÑA**

*(Demanda n.º 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.*

## 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 (n.º 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.

3. El Gobierno estuvo representado por su Agente, A. Brezmes Martínez de Villarreal.

4. Los hechos del caso pueden resumirse como sigue.

5. 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 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.

6. 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.

7. 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.

8. 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.

9. El 22 de marzo de 2017, el Juzgado de lo Penal n.º 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.

10. 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.

11. 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 n.º 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.

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:

(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.

...

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*, [n.º 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.

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 tedes 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 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.

## 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], n.º 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*, n.º 9540/07, § 60, de 21 de octubre de 2014; *Animal Defenders Internacional c. Reino Unido* [GS], n.º. 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*, n.º 2034/07, TEDH 2011, y *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, n.º 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], n.º 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], n.º 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.).

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 n.º 24, y *Handzhiyski c. Bulgaria*, n.º 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*, n.º 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], n.º 27510/08, §§ 204-07, TEDH 2015, y *Erkizia Almandoz c. España*, n.º 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*, n.º 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.

30. 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], n.º. 39954/08, de 7 de febrero de 2012; *Von Hannover c. Alemania* (n.º 2) [GS], n.º 40660/08 y 60641/08, TEDH 2012; y *Mesić c. Croacia*, n.º 19362/18, de 5 de mayo de 2022). Si bien el Tribunal 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*, n.º 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], n.º 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*, n.º 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 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*, n.º 36537/15 y 36539/15, §§ 49 y 59, de 9 de marzo de 2021, y *Rodríguez Ravelo c. España*, n.º 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.

34. 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.

37. 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. 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. *Afirma* que se ha vulnerado el Artículo 10 del Convenio;
3. *Afirma*:
  - 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:
    - ii) 1.260 euros (mil doscientos sesenta euros), más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños materiales;
    - iii) 6.000 euros (seis mil euros), más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños morales;
  - d) 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  
Secretaria de Sección adjunta

Georges Ravarani  
Presidente

**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.

SECCIÓN QUINTA

**ASUNTO OLIVARES ZÚÑIGA c. ESPAÑA**  
(Demanda n.º 11/18)

SENTENCIA

Artículo 6.1 (civil) • Acceso a jueces y tribunales • Inadmisión del recurso de amparo a causa de un requisito no previsto de agotar un recurso previo.

ESTRASBURGO

15 de diciembre de 2022

FIRME

15/03/2023

*Esta sentencia ha devenido firme de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 del Convenio. Puede ser objeto de revisión editorial.*

## En el asunto Olivares Zúñiga contra España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta), reunido en Sala integrada por:

Georges Ravarani, *Presidente*,  
Carlo Ranzoni,  
Mārtiņš Mits,  
Stéphanie Mourou-Vikström,  
María Elósegui,  
Mattias Guyomar,  
Mykola Gnatovskyy, *Jueces*,  
y Victor Soloveytchik, *Secretario de Sección*,

Teniendo en cuenta:

la demanda (n.º 11/18) interpuesta contra el Reino de España el 13 de diciembre de 2017 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 una ciudadana mexicana, Sra. Mónica Ileana Olivares Zúñiga («la demandante»);

la decisión de dar traslado al Gobierno español («el Gobierno») de las quejas relativas al artículo 6.1 y de declarar inadmisibles el resto de la demanda;

las observaciones de las partes;

Tras deliberar a puerta cerrada el 22 de noviembre de 2022, dicta la siguiente sentencia adoptada en esa fecha:

## INTRODUCCIÓN

1. El presente asunto se refiere al derecho de la demandante a un proceso equitativo en un procedimiento laboral en el que el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles su recurso de amparo por falta de interposición del incidente de nulidad de actuaciones, a pesar de que la demandante había recurrido en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y en casación ante el Tribunal Supremo.

## HECHOS

2. La demandante nació en 1978 y reside en Parla. Estuvo representada por J. García de Blanck, abogada en ejercicio en Madrid.

3. El Gobierno estuvo representado por su Agente, Heide-Elena Nicolás Martínez, Co-agente de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4. Los hechos del caso, tal como han sido expuestos por las partes, pueden resumirse como sigue.

5. El 19 de marzo de 2013 la demandante fue despedida de su puesto de abogada en una empresa por motivos disciplinarios. La demandante impugnó el despido ante el Juzgado de lo Social n.º 41 de Madrid, solicitando que fuera declarado nulo o, subsidiariamente, improcedente.

6. El 20 de enero de 2014 tuvo lugar un primer acto de conciliación ante el secretario judicial, en el que la empresa reconoció que el despido había sido improcedente. La demandante, sin embargo, solicitó que el despido se declarase nulo. La vista sobre el fondo tuvo lugar el mismo día.

7. Mediante sentencia de 24 de febrero de 2014, el Juzgado de lo Social estimó parcialmente la demanda de la demandante, declarando el despido improcedente, pero desestimó su pretensión de que se declarase nulo. Consideró que los hechos alegados por la demandante no habían quedado acreditados y que los hechos probados no podían dar lugar a la situación jurídica de nulidad solicitada. El Juzgado de lo Social condenó a la empresa a indemnizar a la demandante con la cantidad de 14.377,42 euros o a readmitirla en su puesto de trabajo. La empresa decidió abonar la indemnización.

8. La demandante recurrió en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, alegando que el Juzgado de lo Social no había recogido debidamente todos los hechos relevantes en la sentencia y que el despido debía ser declarado nulo porque estaba protegida por una «garantía de indemnidad» para no ser despedida sobre la base de un conflicto laboral en relación con el cual intentó ejercer sus derechos laborales.

9. Mediante sentencia de 5 de febrero de 2015, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó su recurso. Consideró que los hechos probados habían quedado correctamente acreditados y que, de acuerdo con la jurisprudencia relevante del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, no podía llegarse a un resultado distinto en cuanto a la nulidad del despido, porque la «garantía de indemnidad» solo la protegería en caso de que hubiera planteado una reclamación previa a la vía judicial o hubiera realizado gestiones preparatorias para plantearla, lo que no había quedado acreditado en la vista.

10. Recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, basándose en presuntas contradicciones entre la sentencia dictada en su caso y aquellas dictadas en otros casos ante el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares y el Tribunal Constitucional.

11. Mediante sentencia de 18 de octubre de 2016, el Tribunal Supremo declaró inadmisibile el recurso de la demandante, por la falta de identidad sustancial entre los hechos acreditados en su caso y aquellos de las sentencias de contraste, por lo que no concurría contradicción.

12. La demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, invocando, *inter alia*, el artículo 24 de la Constitución Española, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Se quejaba, en primer lugar, de que los hechos probados del caso, según se establecieron por los tribunales, no incluyeron adecuadamente las pruebas practicadas en la vista; en segundo lugar, se quejaba de que el despido debería haber sido declarado nulo porque, en relación con un conflicto laboral, estaba protegida por una «garantía de indemnidad».

13. El 29 de mayo de 2017 el Tribunal Constitucional inadmitió a trámite el recurso de amparo por falta de agotamiento de los medios procesales previstos. En concreto, señaló que debía haber interpuesto un incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia.

## MARCO JURÍDICO Y PRÁCTICA PERTINENTES

14. La disposición pertinente de la Ley Orgánica del Poder Judicial (modificada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo) establece lo siguiente:

### Artículo 241 (1)

«No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario (...)».

15. La disposición pertinente de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificada mediante Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, dispone lo siguiente:

### Artículo 44(1)(a)

« Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u

omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial (...).

16. La disposición pertinente de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social, dice lo siguiente:

### Artículo 218

«Son recurribles en casación para la unificación de doctrina, las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia».

17. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 39/2003, de 27 de febrero de 2003, declaró:

«Ciertamente, el art. 44.1 LOTC, que regula el recurso de amparo contra resoluciones de órganos judiciales establece, entre otras, la exigencia de agotar todos los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria como consecuencia del carácter subsidiario del recurso de amparo, ya que la tutela general de los derechos y libertades corresponde conforme al art. 53.2 CE, en primer lugar, a los órganos del Poder Judicial. En consecuencia, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de interponerse antes de acudir a este Tribunal

(...)

Esta exigencia, lejos de constituir una formalidad vacía, supone un elemento esencial para respetar la subsidiariedad del recurso de amparo y, en última instancia, para garantizar la correcta articulación entre este Tribunal y los órganos integrantes del Poder Judicial, a quienes, hemos de reiterarlo, primeramente corresponde la reparación de las posibles lesiones de derechos invocadas por los ciudadanos, de manera que la jurisdicción constitucional sólo puede intervenir una vez que, intentada dicha reparación, la misma no se ha producido, quedando agotada la vía judicial.

De acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, hemos de concluir que, en este caso, el recurrente no agotó, antes de interponer su demanda

de amparo, los cauces procesales legalmente previstos para que la lesión de su derecho pudiera ser reparada previamente en la vía judicial.

(...)

una vez firme la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia como consecuencia del Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2001, el recurrente Sr. Moreno Noguera debió instar ante la citada Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y dentro del plazo de veinte días la nulidad de actuaciones fundada en la existencia de un vicio de incongruencia, y, al no hacerlo así, le negó al órgano judicial la posibilidad de reparar la lesión que ahora denuncia a través del presente recurso de amparo».

18. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2019, de 3 de octubre de 2019, resumió la anterior interpretación judicial de la ley y la situación actual como sigue:

«a) De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, en estos supuestos para agotar la vía judicial es necesario interponer incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial que dictó la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales. Así lo ha exigido el Tribunal, entre otros casos, cuando la vulneración de derechos fundamentales se imputa a la sentencia que resuelve el recurso de suplicación y el recurso interpuesto con el fin de obtener la tutela judicial del derecho fundamental que se estima lesionado —el recurso de casación en unificación de doctrina— ha sido inadmitido. En estos supuestos, según la jurisprudencia constitucional, para poder acudir en amparo es necesario previamente interponer un incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial que resolvió el recurso de suplicación. Según se afirmó en la STC 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3, en estos casos la exigencia de agotar la vía judicial, «lejos de constituir una formalidad vacía, supone un elemento esencial para respetar la subsidiariedad del recurso de amparo y, en última instancia, para garantizar la correcta articulación entre este Tribunal y los órganos integrantes del Poder Judicial», pues son a los órganos judiciales a quienes «primeramente corresponde la reparación de las posibles lesiones de derechos invocadas por los ciudadanos». Por esta razón, la sentencia citada sostiene que «cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de interponerse antes de acudir a este Tribunal».

(...)

c) El Tribunal, sin embargo, tras la debida reflexión, decide modificar esta doctrina y considerar que en estos supuestos no es preciso interponer un incidente de nulidad de actuaciones para cumplir el requisito que exige agotar la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo (...) por las razones que seguidamente se exponen.

d) El requisito de agotar la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo, según ha sostenido la jurisprudencia constitucional, «ha de ser interpretado de manera flexible y finalista» (...) y «no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso» (...), «sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente».

De la normativa procesal que regula el incidente de nulidad de actuaciones no cabe deducir que en supuestos como el que ahora se examina proceda de manera clara su interposición (...).

Por otra parte, la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo no exige en estos casos la interposición de este incidente (...).

En el supuesto que ahora se examina el carácter subsidiario del recurso de amparo ha sido respetado, pues frente a la resolución judicial que se estima lesiva de derechos fundamentales se interpuso el recurso que, de acuerdo con la legislación procesal, es, en principio, procedente para obtener esa tutela —el recurso de casación— y este recurso se ha interpuesto cumpliendo los requisitos de tiempo y forma que establece la referida normativa.

(...)

f) (...) Resulta, por tanto, que la interposición del incidente de nulidad de actuaciones en supuestos como el que ahora se examina, al no derivarse de forma clara su procedencia del tenor del 241.1 LOPJ, no será un requisito necesario para agotar la vía judicial previa al amparo ante este Tribunal (...).

## DERECHO

### I. PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO

19. La demandante se quejó de que el Tribunal Constitucional se había negado indebidamente a examinar su recurso de amparo, y de que las conclusiones de los tribunales nacionales vulneraron los derechos reconocidos en el artículo 6.1 del Convenio, que establece lo siguiente:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...), por un Tribunal (...), que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...).».

#### A. Admisibilidad

20. El Gobierno alegó que la demandante no había agotado los recursos internos, tal y como exige el artículo 35.1 del Convenio. En particular, no interpuso el incidente de nulidad ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, lo que dio lugar a la inadmisión de su recurso de amparo por falta de agotamiento de los medios de impugnación previstos en las normas procesales. Este hecho impidió el examen del caso por parte del Tribunal Constitucional, y dado que había sido enteramente culpa de la demandante, su recurso debía inadmitirse.

21. La demandante no presentó observaciones al respecto.

22. El Tribunal observa que la cuestión esencial de la pretensión de la demandante ante dicha instancia es precisamente que su recurso de amparo había sido indebidamente inadmitido, ya que la exigencia de interponer previamente un incidente de nulidad vulneraba los derechos reconocidos por el artículo 6 del Convenio. Por tanto, la necesidad de interponer un incidente de nulidad y la compatibilidad de dicho requisito con el artículo 6 constituye el objeto del litigio, que debe ser resuelto en cuanto al fondo.

23. El Tribunal observa que la queja de que el Tribunal Constitucional se negó injustificadamente a examinar su recurso de amparo no carece manifiestamente de fundamento ni es inadmisibles por cualquier otro motivo enumerado en el artículo 35 del Convenio. Por tanto, debe ser declarada admisible.

24. En cuanto a la queja sobre otros aspectos del derecho a un proceso equitativo, en el presente caso, el Tribunal señala que, en las distintas fases del procedimiento, la demandante pudo alegar lo que consideró pertinente para su defensa y los órganos jurisdiccionales nacionales expusieron sus motivos de hecho y de derecho para desestimar sus pretensiones. Además, el Tribunal señala que el Juez de lo Social estimó parcialmente su demanda, declarando el despido improcedente, al tiempo que desestimó su pretensión de que se

declarara nulo (véase el apartado 7 supra). No se ha demostrado que los órganos jurisdiccionales nacionales actuaran de forma ilegal o arbitraria en la valoración de las pruebas aportadas por las partes y en la interpretación que hicieron de las mismas.

25. Por lo tanto, esta queja debe declararse inadmisibile de conformidad con el artículo 35.3 del Convenio, por carecer manifiestamente de fundamento.

## **B. Fondo**

### *1. Alegaciones de las partes*

#### **(a) La demandante**

26. La demandante alegó que en su caso no había sido necesario interponer un incidente de nulidad, ya que había invocado sus derechos constitucionales en todas las instancias jurisdiccionales. También alegó que la posición del Gobierno era contraria a la argumentación del Tribunal Constitucional para declarar inadmisibile el recurso de amparo, y que el Tribunal Constitucional no había indicado ante qué órgano jurisdiccional concreto debería haber interpuesto el incidente de nulidad.

#### **(b) El Gobierno**

27. El Gobierno objetó las alegaciones de la demandante. En cuanto a la decisión del Tribunal Constitucional de declarar inadmisibile el recurso de amparo por no haber interpuesto un incidente de nulidad, el Gobierno alegó que dicho requisito estaba claro tanto en la ley como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sentencia 39/2003, de 27 de febrero de 2003 (véase el apartado 17 supra). La demandante, siendo ella misma abogada, debía conocer el requisito, pero optó por ignorarlo. Además, la demandante no podía considerar superfluo el incidente de nulidad, ya que ante el Tribunal Constitucional había alegado nuevas violaciones de derechos que no habían formado parte de su demanda ante el Tribunal Superior de Justicia, vulnerando así el carácter subsidiario del recurso de amparo, por lo que el Tribunal Constitucional no había podido pronunciarse sobre ellas.

### *Valoración del Tribunal*

#### **(a) Principios generales**

28. El Tribunal reitera que el «derecho a la justicia», del que el derecho de acceder a jueces y tribunales es solo un aspecto, no es absoluto (véase, en particular, *Golder c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975, § 36, Serie A n.º 18); está sujeto a limitaciones permitidas implícitamente, en particular cuando se trata de las condiciones de admisibilidad de un recurso, ya que por su propia

naturaleza exige una regulación por parte del Estado, que goza de cierto margen de apreciación a este respecto (véanse *García Manibardo c. España*, n.º 38695/97, § 36, CEDH 2000-II, y *De la Fuente Ariza c. España*, n.º 3321/04, § 22, de 8 de noviembre de 2007). No obstante, las limitaciones aplicadas no deben restringir el acceso conferido al individuo de tal forma o hasta tal punto que se menoscabe la esencia misma del derecho. Además, una limitación será incompatible con el artículo 6.1 si no persigue un objetivo legítimo y si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar (véase *Zubac c. Croacia* [GS], n.º 40160/12, § 78, de 5 de abril de 2018, y *Arribas Antón c. España*, n.º 16563/11, § 41, de 20 de enero de 2015). El derecho de acceso a jueces y tribunales se ve menoscabado cuando las normas dejan de servir a los objetivos de seguridad jurídica y de una correcta administración de la justicia y constituyen una suerte de barrera que impide al recurrente que el órgano jurisdiccional competente resuelva sobre el fondo de su asunto (véase *Kart c. Turquía* [GS], n.º 8917/05, § 79, TEDH 2009).

29. El Tribunal también reitera que el artículo 6 del Convenio no obliga a los Estados contratantes a crear tribunales de apelación o de casación, y menos aún, tribunales competentes para conocer de los recursos de amparo. No obstante, en caso de que existan tales tribunales, el Estado debe velar por que proporcionen a los recurrentes acceso a las garantías fundamentales del artículo 6 (véanse *Zubac*, § 80, y *Arribas Antón*, § 42, ambas citadas anteriormente). Además, la compatibilidad de las limitaciones establecidas en la legislación nacional con el derecho de acceso a un tribunal garantizado por el artículo 6 depende de las características específicas del procedimiento en cuestión. El Tribunal ha declarado en varias ocasiones que la imposición por los órganos jurisdiccionales nacionales de la obligación de cumplir determinadas formalidades para interponer un recurso puede vulnerar el derecho de acceso a un tribunal. Este es el caso cuando una interpretación excesivamente formalista de una disposición legal impide *de facto* el examen sobre el fondo de un recurso interpuesto por un recurrente (véase, por ejemplo, *Zvolský y Zvolská c. República Checa*, n.º 46129/99, §§ 48-55, TEDH 2002-IX; *De la Fuente Ariza*, anteriormente citada, §§ 24-28; y *Ferré Gisbert c. España*, n.º 39590/05, §§ 28-33, de 13 de octubre de 2009). Debe tenerse en cuenta el procedimiento interno en su conjunto y el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional, aunque las condiciones para admitir un recurso de amparo pueden ser más estrictas que en el caso de un recurso ordinario (véase *Arribas Antón*, anteriormente citada, § 42).

30. Por último, el Tribunal reitera el principio fundamental de que corresponde a las autoridades nacionales, en particular a los tribunales, interpretar y aplicar el Derecho interno (véase *Brualla Gómez de la Torre c. España*, de 19 de

diciembre de 1997, § 31, *Recopilación de sentencias y decisiones 1997-VIII*). Por tanto, el Tribunal no cuestionará la sentencia de los tribunales nacionales en lo que respecta a supuestos errores de Derecho, salvo que sus conclusiones puedan considerarse arbitrarias o manifiestamente irrazonables (véase *Bochan c. Ucrania* (n.º 2) [GS], n.º 22251/08, § 61, TEDH 2015).

**(b) Aplicación al presente caso**

31. Por lo que se refiere a la inadmisión del recurso de amparo de la demandante sobre la base de que la interposición de un incidente de nulidad era un requisito previo a la interposición de un recurso de amparo, el Tribunal concede especial importancia a si el procedimiento que debía seguirse para interponer dicho recurso, como recurso previo a la interposición de un recurso ante el Tribunal Constitucional, podía considerarse previsible, en el momento pertinente, desde el punto de vista del recurrente. Señala a este respecto que el Gobierno se basó en una sentencia del Tribunal Constitucional de 2003 en la que se establecían los criterios para determinar cuándo era necesaria la interposición de un incidente de nulidad antes de interponer un recurso de amparo (véase el apartado 18 supra).

32. El Tribunal observa, no obstante, que el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sólo prevé este mecanismo procesal extraordinario (incidente de nulidad) si no existe un recurso ordinario o extraordinario contra la resolución fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental (véase el apartado 4 supra). A este respecto, cabe señalar que la posibilidad contemplada en el ordenamiento jurídico español de interponer recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo contra las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en el ámbito laboral (véase el apartado 16 supra), puede ser razonablemente entendida, como efectivamente hizo la demandante, en el sentido de que en las circunstancias concurrentes en su caso, no procedía interponer incidente de nulidad contra dichas sentencias. La demandante podía considerar razonablemente que no tendría la posibilidad de interponer un incidente de nulidad como medio de invocar las vulneraciones de derechos fundamentales que implicaban las sentencias de los tribunales inferiores, una vez que el Tribunal Supremo hubiera resuelto sobre su recurso de casación.

33. No obstante, el Tribunal Supremo declaró inadmisibile el recurso de casación de la demandante (véase el apartado 11 supra). Parece convincente el argumento de la demandante ante este Tribunal de que, en estas circunstancias particulares, dado que había invocado sus derechos constitucionales en todas las instancias jurisdiccionales, existían dudas en cuanto a las modalidades para agotar el requisito de interponer un incidente de nulidad.

34. El Tribunal señala, además, que el propio Tribunal Constitucional consideró que debía modificar su planteamiento sobre cuándo interponer un incidente de nulidad en estos casos. En su sentencia de 2019 (véase el apartado 8 supra), sostuvo que el requisito de agotar la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino sólo aquellos normales que «de manera clara» se puedan ejercitar, «sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente» y que «de la normativa procesal que regula el incidente de nulidad de actuaciones no cabe deducir que en supuestos como el que ahora se examina proceda de manera clara su interposición». Por tanto, puede concluirse que el Tribunal Constitucional modificó su doctrina porque reconoció que el sistema anteriormente vigente había creado incertidumbre y que faltaba previsión sobre el agotamiento de los medios de impugnación disponibles o, mejor dicho, necesarios antes de recurrir en amparo.

35. Las consideraciones anteriores son suficientes para que el Tribunal concluya que, en las circunstancias del presente caso, no era previsible la necesidad de interponer un incidente de nulidad de actuaciones. En consecuencia, el Tribunal considera que la decisión de declarar inadmisibile el recurso de amparo por falta de agotamiento de los recursos previos limitó indebidamente el derecho de acceso a jueces y tribunales de la demandante.

36. En consecuencia, por este motivo se ha producido una violación del artículo 6.1 del Convenio.

## II. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

37. El artículo 41 del Convenio establece:

«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».

### A. Daños

38. La demandante reclamó 113.100 euros en concepto de daños materiales. Considera que debería haber recuperado su puesto de trabajo y haber percibido una cantidad de dinero en concepto de «salarios de tramitación» según la Ley de Procedimiento Laboral, equivalente a la totalidad de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido. También reclamó 30.000 euros en concepto de daños morales.

39. El Gobierno no reconoció suma alguna por este concepto.

40. El Tribunal no discierne ningún nexo causal entre la violación constatada y los daños materiales alegados, por lo que desestima esta pretensión. En cambio, concede a la demandante 9.600 euros en concepto de daños morales, más cualquier impuesto exigible.

## **B. Costas y gastos**

41. La demandante también reclamó 15.920 euros en concepto de costas y gastos. Esta cantidad se dividía de la siguiente manera: 1.720 euros por los honorarios de la asistencia letrada devengados en el procedimiento ante el Juzgado de lo Social n.º 41 de Madrid; 1.200 euros por defenderse a sí misma en el recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid; 2.500 euros por defenderse a sí misma en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo; 3.500 euros por defenderse a sí misma en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; y 7.000 euros por los honorarios de la asistencia letrada devengados en el procedimiento ante el Tribunal. Indicó que las cantidades correspondientes a su propia defensa se habían calculado sobre la base de los honorarios profesionales según el Colegio de Abogados de Madrid.

42. El Gobierno se opuso a estas cantidades.

43. De conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, un demandante tiene derecho al reembolso de sus costas y gastos únicamente si se demuestra que son reales, necesarios y razonables en cuanto a su cuantía (véase *Iatridis c. Grecia* (satisfacción equitativa) [GS], n.º 31107/96, § 54, ECHR 2000-XI). De ello se deduce que no puede conceder una indemnización por este concepto en relación con las horas que los propios demandantes dedican a trabajar en el asunto, ya que ese tiempo no representa el coste en el que realmente incurren (véase *Dudgeon c. Reino Unido* (artículo 50), sentencia de 24 de febrero de 1983, serie A n.º 59, p. 10, § 22, y *Robins c. Reino Unido*, sentencia de 23 de septiembre de 1997, *Informes* 1997-V, pp. 1811-12, §§ 42-44). En el presente caso, habida cuenta de que la demandante se defendió a sí misma en algunos de los procedimientos internos, así como de la documentación obrante en su poder y de los criterios anteriormente expuestos, el Tribunal considera razonable conceder la suma de 8.720 euros por el total de las costas, más cualquier impuesto exigible a la demandante.

## **C. Intereses de demora**

44. El Tribunal considera adecuado aplicar un tipo de interés moratorio sobre la base del tipo de interés marginal interbancario establecido por el Banco Central Europeo incrementado en tres puntos porcentuales.

**POR CUANTO ANTECEDE, ESTE TRIBUNAL POR UNANIMIDAD,**

1. *Declara* admisible la queja en virtud del artículo 6 del Convenio, relativa a la inadmisión del recurso de amparo de la demandante, y declara inadmisibile el resto de la demanda;
2. *Declara* que se ha producido una violación del artículo 6.1 del Convenio;
3. *Afirma*
  - a) que el Estado demandado abone a la demandante, en el plazo de tres meses a partir de la fecha en que la sentencia adquiera firmeza de conformidad con el artículo 44, apartado 2, del Convenio, las siguientes cantidades:
    - ii) 9.600 euros (nueve mil seiscientos euros), más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños morales;
    - iii) 8.720 euros (ocho mil setecientos veinte euros), más cualquier impuesto exigible a la demandante, en concepto de costas y gastos;
  - d) que desde la expiración de los tres meses antes mencionados hasta la liquidación se devengarán intereses simples sobre los importes antes mencionados a un tipo igual al tipo marginal de crédito del Banco Central Europeo durante el periodo de impago más tres puntos porcentuales;
4. *Desestima* el resto de la demanda de satisfacción equitativa de la demandante.

Redactado en inglés y notificado por escrito el 15 de diciembre de 2022, de conformidad con el artículo 77, apartados 2 y 3, del Reglamento del Tribunal.

Victor Soloveytchik  
Secretario

Georges Ravarani  
Presidente

