

FERNANDO VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SELJAS

Área de Derecho Penal
Universidade de Santiago de Compostela

**Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del
delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código Penal)**

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. BIEN JURÍDICO. III. SUJETOS Y OBJETO MATERIAL DEL DELITO. IV. CONDUCTAS TÍPICAS. IV.1. Panorama doctrinal y jurisprudencial: *A) S. de 26 de junio de 1969 (Ar. 3882). B) S. de 21 de noviembre de 1969 (Ar. 5559). C) S. de 31 de octubre de 1980 (Ar. 232). D) S. de 7 de febrero de 1981 (Ar. 500). E) S. de diciembre de 1985 (Ar. 5999). F) S. de 15 de marzo de 1989 (Ar. 2635). G) S. de noviembre de 1989 (Ar. 8548). H) S. de 7 de febrero de 1990 (Ar. 1287). I) S. de 26 de diciembre de 1996 (Ar. 1112).* **IV.2.** Conclusiones. **V. ELEMENTO SUBJETIVO. VI. CAUSAS DE ATIPICIDAD O JUSTIFICACIÓN. VII. CONCURSOS**

I. INTRODUCCIÓN

La quema o el deterioro de la bandera nacional puede considerarse como el modo prototípico, y en la práctica el más corriente, de perpetrar el delito de ultrajes del artículo 543 del Código penal¹. Es bien sabido, sin embargo, que esa clase de actos suele enmarcarse en el contexto de reivindicaciones autonómicas o separatistas, planteadas en ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16 CE) y de expresión (art. 20 CE). Aun reconociendo que, *de lege lata*, dichas situaciones jurídicas terminarán por amparar una buena parte de las conductas típicas, la doctrina española ha venido apostando

1 Sobre dicho precepto pueden verse J. C. Carbonell Mateu / T. S. Vives Antón, "Artículo 543", en T. S. Vives Antón, *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, Valencia, 1996, p. 2061; F. J. Puyol Montero, "Artículo 543", en C. Conde-Pumpido Ferreiro, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Madrid, 1997, pp. 1689 y ss.; J. M^o Tamarit Sumalla, "Artículo 543", en G. Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 20 ed., Pamplona, 1999, pp. 1553 y ss.; F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 13^a ed., Valencia, 2000, pp. 829 y ss.; A. Serrano Gómez, *Derecho penal. Parte Especial*, 5^a ed. Madrid, 2000, pp. 941 y 942; J. V. Reig Reig, "Artículo 543", en A. del Moral García / I. Serrano Butragueño, *Código penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, Granada, 2002, pp. 2651 y 2652. Sobre la regulación alemana, H.-J. Rudolph, "§ 90 a", en H.-J. Rudolph / E. Horn / E. Samson, *SK, Band II, Besonderer Teil*, Frankfurt a. M., 1981, pp. 42 y ss.; G. Willms, "§ 90 a", en H.-H. Jeschek / W. Russ / G. Willms, *LK*, 10. Aufl., 4. Band, Berlin, New York, 1988, pp. 100 y ss.; W. Stree, "§ 90 a", en A. Schönke / H. Schröder, *StGBK*, 25. Aufl., München, 1997, pp. 968 y ss.; T. Fischer, "§ 90 a", en H. Tröndle / T. Fischer, *Strafgesetzbuch*, 49. Aufl., München, 1999, pp. 704 y ss.

por dos posibles soluciones a ese aparente dislate legislativo. Un primer grupo de autores preconiza una interpretación restrictiva de la expresión "ofensas o ultrajes" que constituye el núcleo del tipo para alinearla con los menosprecios verdaderamente graves, con aquellas manifestaciones especialmente contundentes del delito de injurias. Otro sector de opinión se muestra, por el contrario, partidario de legitimar la punición de dichos comportamientos en consideración a los peligros de desestabilización del orden público que podrían acarrear.

Así las cosas, las cuestiones que permanecen abiertas en la interpretación del precepto parecen ser dos. La primera, la delimitación -con las dosis necesarias de seguridad jurídica- del radio de acción del tipo frente a todas aquellas actuaciones que puedan esfuermarse fruto de la discrepancia ideológica, es decir, preferentemente dirigidas a criticar la orientación política adoptada por el gobierno. La segunda, e íntimamente relacionada con la anterior, la identificación en las conductas de ultraje a una bandera de un contenido de desvalor ético-social lo suficientemente denso y representativo como para permitir conjurar los peligros de dar al traste con uno de los principios basilares del control democrático del poder: la libertad de pensamiento como libertad fundamentalmente política y práctica, capaz de comprender cualquier forma expresiva.

No cabe duda, en cualquier caso, de que lo que late tras el debate dogmático y político-criminal suscitado por la criminalización de los ultrajes es la deficiente técnica de tipificación empleada por el legislador en su regulación, plasmada en la propia equivocidad de los términos que integran la descripción legal y en su tendencia histórica a reproducir, en este ámbito, el marco conceptual y los modelos de protección que caracterizan a los delitos contra el honor de las personas físicas².

La evolución seguida por el ordenamiento jurídico español en orden a la protección penal del Estado y sus símbolos

2 Vid. en este sentido Reig Reig (n. 1), p. 265f.

encuentra su punto de partida en el artículo 21 de la Ley de 23 de marzo de 1906 "sobre represión de los delitos contra la Patria y el Ejército", que asimilaba a las ofensas contra la Nación y su bandera las perpetradas contra las regiones, provincias, ciudades y pueblos de España y sus símbolos y escudos³. Después de incorporarse al Código penal de 1928 (artículo 231), volver a tipificarse en la Ley de Seguridad del Estado, de 23 de enero de 1941 (artículo 37), tras haber sido derogado con la instauración de la Segunda República, y reingresar en el Código penal de 1944 (artículo 123), los ultrajes recibirán de la Ley de Reforma de 8 de abril de 1967 la estructura y configuración vigentes hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995⁴, al añadir a las ofensas a la Nación o al sentimiento de su unidad y a sus símbolos y emblemas, las dirigidas contra el Estado o su forma política, con la finalidad de evitar que las nuevas interpretaciones jurisprudenciales en el tema se tradujesen en la impunidad de dichos comportamientos⁵.

Al margen ya del Código penal, uno de los hitos del proceso de conformación histórica de esta figura vino representado por la Ley 39/1981, de 28 de octubre, cuyo artículo 10, además de aplicar una presunción de publicidad a los ultrajes dirigidos contra la bandera de España, determinando la imposición de la

3 Vid. J. M^o Tamarit Sumalla, "El delito de ultrajes a la Nación (I)", *AP*, 1989-2, pp. 2549 y 2550

4 Además de la obra de Tamarit Sumalla citada en la nota 3, pueden considerarse trabajos de referencia en el estudio del artículo 123 del Código penal Texto Refundido de 1973 los de J. J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial*, 2^a ed., Barcelona, 1992, pp. 761 y ss.; J. Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, Tomo III, Barcelona, 1978, pp. 29 y ss.; J. M^o Rodríguez Devesa / A. Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, 18^a ed., Madrid, 1995, pp. 626 y ss.

5 En su sentencia de 25 de octubre de 1965, el Tribunal Supremo había considerado que las ofensas al régimen político no podían tener cabida en la expresión típica "ultrajes a la Nación española" Sobre dicha reforma y sus implicaciones de todo género pueden verse Rodríguez Devesa / Serrano Gómez (n. 4), p. 627, nota 34; Muñoz Conde (n. 1), p. 830; J. M^o Tamarit Sumalla, "El delito de ultrajes a la Nación (y II)", *AP*, 1989-2, pp. 2612 y ss.

pena menos grave del tipo básico del artículo 123 del Código penal a las conductas que recaían sobre las de las Comunidades Autónomas, elevaba a la consideración de delito cualquier incumplimiento de lo ordenado por este mismo cuerpo legal en materia de “uso” de tales objetos. Estas disposiciones habían sido blanco de numerosas críticas doctrinales, en la medida en que suponían, además de una flagrante contradicción de los principios de taxatividad y determinación del ámbito de lo prohibido, la creación y agravación de ilícitos penales que llevaban aparejada la imposición de una pena privativa de libertad sin revestir el rango —exigido por el artículo 81. 1 de la Constitución— de ley orgánica⁶. La sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de septiembre de 1992 zanjaría definitivamente la polémica, al declarar la inconstitucionalidad de los números 2 y 3 del mentado artículo 10, convertidos hasta el momento en el epicentro de los argumentos críticos⁷.

El Código penal de 1995 optó por conservar esta incriminación, si bien proporcionándole una estructura mejor acomodada a las exigencias de la Constitución de 1978, al operar una significativa restricción del alcance del tipo y de su régimen punitivo y desvincularla definitivamente de los delitos de trai-

6 Cfr. Rodríguez Devesa / Serrano Gómez (n. 4), p. 627; Tamarit Sumalla (n. 1), p. 1553

7 El contenido de dicha norma era el siguiente: “1. Los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el art. 41 del presente texto (las de las Comunidades Autónomas cuyos estatutos reconozcan una bandera propia, que ‘se utilizará conjuntamente con la bandera de España en todos los edificios públicos civiles del ámbito territorial de aquella, en los términos de lo dispuesto en el art. 61 de la presente ley, relativo al lugar preferente que debe ocupar siempre la bandera de España cuando se utilice con otras banderas’), se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes.- 2. Las infracciones de lo previsto en esta ley se considerarán incurso en los establecidos en el art. 123 y concordantes del CP y, en su caso, en el art. 316 del CJM, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran proceder.- 3. Los ultrajes y ofensas a las banderas a que se refiere el art. 31 de esta ley se considerarán siempre como cometidas (sic) con publicidad a los efectos de lo dispuesto en el citado art. 123 del CP”.

ción⁸. Ubicados ahora entre los delitos contra la Constitución, los ultrajes acusan, en efecto, la eliminación de las alusiones típicas a la forma política y al sentimiento de unidad, la expresa incriminación sobre un plano de igualdad de las ofensas a las Comunidades Autónomas y la atipicidad de las conductas no rodeadas de publicidad. En el terreno de las consecuencias jurídicas, las desmesuradas penas privativas de libertad del artículo 123 —hasta prisión mayor cuando el delito se realizase por escrito y con publicidad— han dado paso a penas de multa —de siete a doce meses—, mucho más acordes con su trascendencia ético-social⁹.

Para concluir con estos apuntes histórico-legislativos, conviene dejar constancia de que la represión penal de los ultrajes a las banderas no constituye un fenómeno extraordinario en los ordenamientos penales de nuestro entorno jurídico. Los Derechos alemán e italiano, señaladamente, tipifican asimismo las ofensas a ciertos símbolos oficiales.

El §90 a del Código penal alemán contiene un delito de “ofensas al Estado y a sus símbolos”, encuadrado en el Título Tercero de su Parte Primera, que se dedica al tratamiento de los delitos que ponen en peligro al “Estado democrático de Derecho”. El origen de la figura se remonta al §135 del RStGB, habiendo sufrido posteriormente, tras su incorporación al §96

8 Subrayan las mejoras en la factura técnica del delito Reig Reig (n. 1), p. 2651; Muñoz Conde (n. 1), p. 831; Tamarit Sumalla (n. 1), p. 1554.

9 Los ultrajes vienen recogidos también en el artículo 89 del Código penal militar, aplicable, en perjuicio del común, cuando el delito sea perpetrado en tiempo de guerra o por persona que tenga la consideración de militar. Dicho precepto, ubicado en el Título IV (delitos contra Nación española y contra la institución Militar), dispone: “El militar que ofendiere o ultrajare a la Nación española, su bandera, su himno o alguno de sus símbolos, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo. Cuando el delito fuere cometido con publicidad o cualquier medio de difusión se impondrá la pena de tres a diez años de prisión”. En el ámbito militar los símbolos representativos de las ⁴Comunidades Autónomas se hallan protegidos en el artículo 9, número 26, y en el artículo 81, número 28, del Régimen Disciplinario de las Fas.

StGB, ciertos retoques de redacción y estructura determinados por la 8. StRÄndG, por la StRG y por la EGStGB¹⁰. En su actual configuración legal, sanciona a “Quien públicamente, en una reunión o a través de difusión por escrito (§ 11 Abs. 3): 1. Injuria o desprestigia maliciosamente a República Federal de Alemania o uno de sus Länder o su ordenamiento constitucional, o 2. ultraja los colores, la bandera, las armas o el himno de la República Federal de Alemania o uno de sus Länder”. El precepto incrimina también actuaciones como la destrucción o la retirada de una bandera ubicada en posición oficial, previendo *a fortiori* un tipo cualificado para los supuestos en que el autor atente, de forma intencionada, contra la estabilidad de la República o contra los principios constitucionales¹¹.

En Italia, el Código penal denomina “vilipendio” a ciertas figuras delictivas integradas en el Capítulo II —que lleva por rúbrica “De los delitos contra la personalidad interna del Estado”— del Título I de su Libro II, entre las que se cuenta la que tiene por objeto “la bandera” u “otro emblema del Estado”, del artículo 292. Su precedente inmediato se halla en el Código Zanardelli, que aspiraba a abarcar con ellas las actuaciones que no tenían acceso a la injuria o a la difamación¹². El Código Rocco, en coherencia con su impronta autoritaria, operó una importante extensión de su disciplina legal, al dar entrada al vilipendio de la Nación. A diferencia de lo acaecido en España, la Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la legitimidad del vilipendio de las instituciones (art. 290 c.p.), avalando en las sentencias 20/1974 y 7/1975 su plena conformidad con la Ley Fundamental¹³.

10 Vid. Willms (n. 1), p. 100.

11 Entienden que dicha cláusula conforma un tipo cualificado Stree (n. 1), p. 970; Fischer (n. 1), p. 708. La cataloga como regla de agravación de la pena Willms (n. 1), p. 106.

12 Cfr. G. Conso, “Contro i reati di vilipendio”, *JP*, 1970, p. 548

13 Ambas decisiones han sido abiertamente criticadas por un sector de la doctrina. Vid. E. Gallo / E. Musco, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, p. 140.

Si —como ha explicado sobradamente Tamarit Sumalla¹⁴— las figuras creadas por la Ley de 23 de marzo de 1906 no tenían otra aspiración que la de criminalizar la disidencia ideológica, ligado como se hallaba el nacimiento de la propia Ley a un fenómeno de crisis del “sentimiento patriótico” observado con preocupación por el estamento militar, el principio de vigencia de las normas jurídicas impone su acomodación a los requerimientos del Estado social y democrático de Derecho. Ése es el objetivo de las páginas que siguen: dotar a los ultrajes a la bandera de un armazón político-criminal con el que puedan resistir las críticas, inmanentes al sistema político democrático, de que deben ser objeto todos los instrumentos de represión de la mera insumisión política.

II. BIEN JURÍDICO

Las ideas de “patriotismo” y “prestigio de las instituciones públicas” son lugar común en las —escasas— reflexiones que la doctrina tradicional ha dedicado al problema del bien jurídico de los delitos de ultrajes.

Con arreglo a una primera lectura, en efecto, con ellos vendría a defenderse el sentimiento “patriótico” o “autonómico” —de pertenencia a una misma nación o comunidad autónoma— compartido por la generalidad de la población, que se vería afectado por las actitudes irrespetuosas con relación a ciertos principios o credos fuertemente implantados en la sociedad. Ajustada a los supuestos en que el objeto del delito son las banderas, la tesis se formularía diciendo que lo realmente perjudicado es el derecho de los ciudadanos a que no sean atacados o menospre-

14 Cfr. Tamarit Sumalla (n. 3), p. 2550.

ciados los sentimientos que les inspiran ciertos símbolos oficiales¹⁵.

Un objeto jurídico encarnado en esos sentimientos de patriotismo u orgullo nacional o autonómico adolecería, sin embargo, de tal grado de vaguedad e indeterminación que echaría por tierra las posibilidades de que la tipicidad que lo sustenta cumpliera función garantista alguna. En otro sentido, esta clase de construcciones aparece desprovista de todo respaldo de Derecho positivo, una vez que el Código penal de 1995 ha decidido dispensar un tratamiento indiferenciado a los españoles y a los extranjeros que protagonicen el delito, haciendo caso omiso así del hipotético quebrantamiento de los deberes de lealtad que el nacional tiene para con su Estado o con su Comunidad Autónoma. Por último, la propuesta responde a un planteamiento teórico autoritario y discriminatorio, pues al no poder conocerse a ciencia cierta la vigencia real de dichos sentimientos en la sociedad debería concluirse que el legislador penal había decidido presumirlos, suscitándose inmediatamente la cuestión de por qué circunscribir la tutela a ellos, y arrinconar los de las minorías¹⁶.

15 Acuden a esta perspectiva Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, para quienes sujeto pasivo del delito es la colectividad "en cuanto a través de estos símbolos se siente integrada en una unidad nacional". Cfr. Rodríguez Devesa / Serrano Gómez (n. 4), p. 627. Para Muñoz Conde, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, el "sentimiento de la unidad de España" - "uno de los temas más recurridos cuando se trata de justificar el castigo de los supuestos 'ultrajes'" - haría relación a una suerte de "representación colectiva unitaria... frente al exterior" compatible con aquellas concepciones que aboguen por sistema federalista o por el derecho a la autodeterminación de las regiones o pueblos que integran la nación. Cfr. Muñoz Conde (n. 1), p. 831. Reig Reig ubica la regulación de los ultrajes en el texto punitivo derogado en el marco ideológico del "patriotismo". Cfr. Reig Reig (n. 1), p. 2651.

16 Incide en ello Queralt Jiménez, que escribe que "al lado del sentimiento de perplejidad o imitación que determinadas acciones pueden generar en parte de la población, en otros sectores merecen aplauso y la más cabal de las indiferencias". Cfr. Queralt Jiménez, (n. 4), p. 762.

Bien mirada, efectivamente, la tesis del "patriotismo" presupone una homogeneización de las opciones ideológicas y personales desarrolladas por la ciudadanía frente al Estado o a las Comunidades Autónomas y a sus símbolos, presentándolas bajo la forma de una unidad monolítica que debería ser preservada frente a las posiciones políticas discrepantes y a sus diversas formas de expresión y manifestación. Esta premisa no podría tener otra conclusión que el reconocimiento de las dificultades para encajar a los ultrajes en el actual marco constitucional, al mostrarlos como una figura contradictoria con el pluralismo, reconocido como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1. 1 de la Ley Fundamental, y con la facultad "de no sentirse personalmente vinculado a una conciencia colectiva nacional", inherente al derecho fundamental a la libertad ideológica asimismo preservado por ella (art. 16)¹⁷. Por ello, de tener que situar a la incriminación sobre ese plano de tutela habría que dar la razón a Conso cuando opone a su disciplina "aristocrática" el pleno respeto al principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, como valor innato de las normas penales asentadas sobre la ofensa al honor individual¹⁸.

No han faltado tampoco opiniones, como se indicaba, que traen a primer plano la idea del prestigio de las instituciones representadas por las banderas ultrajadas. Ésa es la imagen que de estas figuras ofrece la literatura alemana, en la que aparece claramente debilitada su posible conexión con las agresiones a la estructura jurídico-constitucional del Estado, para acentuarse su sentido de degradación de los ordenes constitucionales —ya no simplemente de los aparatos burocráticos— del Estado fede-

17 Cfr. Tamarit Sumalla (n. 3), p. 2559. Este mismo autor subraya en otro lugar los riesgos de "dar entrada a juicios de desvalor sobre opciones ideológicas minoritarias" inherentes a la "subjetivización" de los delitos de opinión, J. M^o Tamarit Sumalla, *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Barcelona, 1989, p. 311.

18 Cfr. Conso (n. 12), pp. 550 y ss.

ral y de los Estados federados¹⁹. Este tipo de discurso es lo que ha permitido a Willms escribir que el intento de abrogar el § 90 a bajo el pretexto de su contradicción con los artículos 5 y 18 de la Constitución alemana sólo puede entenderse como resultado de la falta de comprensión de los principios que fundamentan la esencia del sistema político republicano²⁰.

Los problemas que suscita un razonamiento de esta índole son también múltiples. Lo primero que debe decirse es que si lo que se ubica en el trasfondo de estas figuras fuese verdaderamente el prestigio del Estado o de la Comunidad Autónoma, lo coherente habría sido tipificar también las conductas de quema o de menosprecio cuando tuviesen por objeto las banderas o los emblemas distintivos de las entidades que participan de la estructura esencial del Estado, pues no cabe duda de que ellas serían también portadoras de aquel "eminente" prestigio²¹. Por otra parte, resulta dudoso que el prestigio inherente a las instituciones democráticas pueda encontrar y merecer tutela penal, teniendo en cuenta que ni puede concebirse de otra forma que como el resultado del buen funcionamiento de las mismas, ni protegerse de modo apriorístico e independiente de aquél, ni, mucho menos, prevalecer sobre la libertad de manifestación del pensamiento en tanto principio basilar de un sistema democrático-liberal²². Incidiendo en esta última afirmación, no puede perderse de vista que, verificándose en la conducta de ultraje una

19 Vid. Rudolphi (n. 1), p. 43; Willms (n. 1), pp. 100 y 101, citando en su apoyo la doctrina del BGH (6 325). Fischer apela expresamente al "alto rango" de los símbolos y emblemas relacionados en el § 90 a. Cfr. Fischer (n. 1), p. 706. En Italia sustenta este planteamiento G. Zuccalà, "Vituperio politico e libera manifestazione del pensiero nell'ordinamento positivo italiano", en R. D. Herzberg, *Festschrift für Dietrich Oetler zum 70. Geburtstag*, Köln, Berlin, Bonn, 1985, pp. 623 y 624.

20 Cfr. Willms (n. 1), p. 100.

21 Reflexionan sobre las posibilidades de menospreciar al Estado de forma "mediata" Rudolphi (n. 1), p. 43; Fischer (n. 1), p. 705.

22 Acuden a estos argumentos Gallo / Musco (n. 13), p. 140.

manifestación de pensamiento en sentido estricto²³, la propuesta objeto de examen debería dar cuenta de la relación existente entre el susodicho prestigio y la libertad de expresión misma, esto es, demostrar que representa uno de los límites que la Constitución impone al ejercicio de ésta, de tal forma que su transgresión pudiese justificar la aparición de un hecho típico y antijurídico. Ahora bien, como es sabido, el art. 20.1 CE, que consagra el derecho fundamental a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, no fija otros límites para su ejercicio que el respeto al honor, la intimidad y la propia imagen, la protección de la juventud e infancia, el respeto a los derechos de los demás reconocidos en el Título I CE, la cláusula de conciencia o de secreto profesional y "cualesquiera otros que se establezcan en los preceptos de las leyes que lo desarrollen", a los que debe añadirse —por imperativo de lo dispuesto en el artículo 10. 2 de la Carta Magna— la necesidad de respetar lo estatuido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. De la Ley Fundamental no puede deducirse en modo alguno, por lo tanto, que el prestigio de las instituciones políticas pueda restringir la operatividad del derecho fundamental en cuestión. Con la mirada puesta en ese dato, la disciplina penal de los ultrajes viciaría de inconstitucionalidad al texto punitivo²⁴. Finalmente, la noción

23 Una vez otorgada a la libertad de expresar las propias opiniones la máxima amplitud en el terreno de los contenidos, no se alcanza a comprender por qué no habría de verse en la quema de una bandera una de sus formas de manifestación.

24 Cfr. Queralt Jiménez (n. 4), p. 761, a cuyo juicio mantener viva la incriminación supone pasar por alto que las libertades ideológica y de expresión "están por encima de la protección abstracta de si bien Queralt propone estudiar el símbolos y sentimientos". En el mismo sentido se pronuncia Tamarit Sumalla (n. 1), p. 1555. Como él mismo señala en otro lugar, resulta contradictorio con la Constitución cualquier planteamiento que sujete a la libertad de expresión a "límites internos". Vid. Tamarit Sumalla (n. 18), p. 315.

de prestigio —evanescente donde las haya²⁵— carece de las propiedades imprescindibles para permitir articular un juicio de peligro, lo que significa tanto como que la determinación del ámbito de tipicidad del artículo 543 arrojaría unos márgenes desmesurados²⁶. Una interpretación teleológica ajustada a ese canon traería como resultado la tipicidad de todas las conductas que se ajustasen a la definición formal del ultraje contenida en aquél.

Superados —por inasumibles— tanto los intentos de ver el rasgo esencial de los ultrajes en el intento de preservar el prestigio del Estado o de la Comunidad Autónoma como los de concitarlo alrededor de la necesidad de amparar la manifestación o propaganda de los ideales políticos o sociales del grupo dominante en los mismos, la doctrina moderna se enfrenta al reto de encontrar un punto de equilibrio entre el respeto a los principios sobre los que se construye el Estado de Derecho y la justificación político-criminal de la existencia de un grupo de delitos contra la simbología pública. Puesto en esa testitura, para un sector de opinión apuesta por su abolición, como salida lógica a la imposibilidad de reconocer para ellos un bien jurídico de los ya citados. Entretanto, y participando del postulado de excluir del ámbito de la incriminación, no sólo las expresiones de crítica y de censura políticas, sino también las faltas de respeto o los actos incómodos o molestos, quienes se adscriben a esta corriente teórica propugnan recurrir a la eximente de ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión (art. 20. 7 CP) al

25 Como señala Padovani, mientras “un prestigio fuerte no necesita de tutela penal, ya que ningún desprecio, ninguna denigración puede en realidad agredir su consistencia, un prestigio frágil y precario no puede consolidarse con la sanción impuesta a las censuras bastas y gratuitas, utilizable incluso como instrumento de represión de críticas menos bastas y gratuitas, pero más penetrantes e incisivas”. Cfr. T. Padovani, “Bene giuridico e delitti politici”, en A. M. Stile, *Bene giuridico e riforma della Parte Speciale*, Napoli, 1985, p. 276.

26 Vid. en este sentido Tamarit Sumalla (n. 17), p. 316. No en vano Zuccalà atribuye a los delitos de vilipendio la naturaleza de figuras de peligro abstracto. Cfr. Zuccalà (n. 19), p. 316.

objeto de deducir responsabilidades penales exclusivamente de las manifestaciones más graves de las conductas injuriosas²⁷.

A nuestro modo de ver, este planteamiento no supone ninguna ganancia con vistas a circunscribir razonablemente el radio de acción del delito.

Hallar y formular un criterio que permita discriminar las manifestaciones de pensamiento prohibidas de las permitidas sin recurrir a consideraciones metajurídicas no es una empresa sencilla. Identificar el sentido último de la actuación del agente obligaría a los órganos judiciales a realizar complejas valoraciones sobre las circunstancias del hecho, las costumbres sociales y hasta la praxis democrática. Además, la distinción entre ultraje y crítica introduce en el debate, como indican Gallo / Musco, un fuerte elemento de "mistificación" y de "equivoco", al permitir el establecimiento de una forma de control judicial absolutamente extraña a la relación gobernantes-gobernados²⁸. En un sistema democrático, continúan explicando estos autores, las instituciones no tienen necesidad que las formas de pensamiento sean sometidas a control judicial; bien al contrario, su fortaleza radica precisamente en el hecho de verse continuamente criticadas y censuradas, que es lo que a la postre conducirá a su mejora y desarrollo²⁹. Todo ello sin contar con que contraer la vigencia material de los ultrajes a la bandera únicamente a las acciones o manifestaciones de pensamientos ofensivos o degradantes no justificables a la luz de la eximente del art. 20.7 del texto punitivo abocaría a una inversión de los términos regla-excepción en que se plantea la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad en las figuras delictivas, pues en última instancia

27 Vid. Queralt Jiménez (n. 4), p. 762, trayendo a colación la jurisprudencia norteamericana (casos *Minerville School Dis. Et al. versus Gobitis et al.*, de 3 de junio de 1940, y *Texas versus Johnson*, de 21 de junio de 1989); Tamarit Sumalla (n. 1), p. 1554.

28 Vid. Gallo / Musco (n. 13), p. 140.

29 Cfr. Gallo / Musco *op. loc. cit.*

los hechos justificables serían mucho más que los no justificados.

Otros autores parecen defender, en cambio, la conveniencia de conservar en el Código penal común un núcleo mínimo de delitos de ultraje, con el objetivo de subrayar el valor de los principios inherentes a una convivencia pacífica y ordenada en el marco de un sistema democrático y pluralista. A tal fin, se indica, la política criminal debería impulsar una reformulación interna de la figura que evitase situaciones poco respetuosas con el principio de igualdad y la preservase de los intentos de utilizarla como mecanismo de imposición de ciertas creencias políticas y de opresión de quienes no las profesen. Coherentemente con ello, esta línea de trabajo subraya la exigencia de que los ultrajes se apliquen en consonancia con las directivas y principios jurídico-políticos correspondientes al modelo de Estado derivado de la Constitución de 1978, lo que lleva a sus patrocinadores a identificar la esencia de su injusto con la ejecución de atentados a la convivencia, y no con una idea de "traición ideal" -inaceptable, como se ha apuntado, para un Derecho penal respetuoso con la libertad ideológica-. En estos términos se pronuncian Carbonell Mateu y Vives Antón, que señalan que para construir "una objetividad jurídica digna de protección e independiente del honor de los españoles o de los ciudadanos de las CCAA es preciso recurrir al orden público o a la paz pública", de tal modo que "sólo allí donde la conducta típica represente un peligro concreto para uno u otra podrá ser castigada"³⁰.

Ésta es la tesis que vamos a asumir en este trabajo, por entender que es la única que hace valer, a un tiempo, la dialéctica constitucional entre los conceptos de paz pública, orden público, libertad de expresión y pluralismo político, por una parte, y el principio de ofensividad de las conductas típicas como límite material del *Ius puniendi*, por otra. Varios son los argumentos que pueden traerse en su apoyo.

30 Cfr. Carbonell Mateu / Vives Antón (n. 1), p. 2061.

En primer lugar, salta a la vista que ninguna de las orientaciones anteriormente reseñadas llega a proporcionar una explicación convincente o a resistir una adecuada valoración crítica. La tesis de Carbonell Mateu y Vives Antón, en cambio, reviste a los ultrajes de un desvalor asumible en el Derecho penal moderno y los hace plenamente conciliables con la libertad de expresión como derecho fundamental reconocido y, a la vez, limitado por la Constitución. A este último respecto debe recordarse que aunque la necesidad de preservar el orden público es ajena a la "cláusula de advertencia" del artículo 20. 4 de la Ley Fundamental, sí aparece mencionada en el párrafo 21 del art. 10 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que avala las limitaciones del ejercicio del derecho a la libertad de expresión procedentes de la adopción de aquellas "medidas necesarias, en una sociedad democrática para la defensa del orden".

En segundo lugar, la tarea de cohonestar esta interpretación con el tenor literal de la ley arroja resultados positivos. Es cierto que, en general, se ha partido de la base de que lo que subyace a las conductas típicas de "ultraje" es pura y simplemente un juicio de valor análogo al que toma cuerpo en el delito de injurias³¹. Pero habrá de convenirse en que, si no es posible lesionar la dignidad o menoscabar la fama de una bandera, ni atentar contra la estimación que sienta hacia sí misma, por reproducir las modalidades típicas contenidas en el artículo 208 del Código penal, la única posibilidad de justificar la permanencia de los ultrajes en la órbita conceptual de dicha figura será con el argumento transversal de ver en sus formas de realización un agravio al sujeto al que aquélla representa, esto es, acudiendo a una transpersonalización del bien jurídico "honor" claramente

31 Vid. Córdoba Roda (n. 4), p. 34; Queralt Jiménez (n. 4), p. 762; Serrano Gómez (n. 1), p. 942; Reig Reig (n. 1), p. 2651; con matices, como se indica en el texto, Carbonell Mateu / Vives Antón (n. 1), p. 2061. En la Jurisprudencia, las SSTs de 13 de julio de 1956 (Ar. 2569), de 16 de febrero de 1957 (Ar. 268), de 6 de diciembre de 1985 (Ar. 5999), de 3 de noviembre de 1989 (Ar. 8548) y de 7 de febrero de 1990 (Ar. 1287), entre otras.

contradictoria con la idea de la dignidad humana como epicentro del orden social, jurídico y político³².

Todo ello lleva concluir que la referencia normativa "ultraje" no se caracteriza, ni mucho menos, por esa univocidad significativa que parecen atribuirle la doctrina y la Jurisprudencia dominantes. Bien al contrario, si el concepto legal que se desprende del artículo 543 no puede permanecer ajeno a los postulados del principio de vigencia de las normas jurídicas, que impele a pensar que se inspira en los principios de dignidad de la persona humana y de igualdad de todos ante la ley, parece que su sentido habrá de ser, por fuerza, distinto del que posee el de injuria³³, y que esa diversidad deberá alcanzar también —lógicamente— al bien jurídico del que se alimentan ambos.

Finalmente, un tercer dato que autoriza a perseverar en esta línea de trabajo es la colocación sistemática de esta figura delictiva. Bajo la vigencia del Código penal Texto Refundido de 1973, Vives Antón consideraba que su ubicación en el seno del Título I del Libro II forzaba al intérprete a exigir la presencia en su estructura de un peligro para la seguridad exterior del Estado, elemento que a su modo de ver convertía al tipo en prácticamente inaplicable³⁴. Este mismo argumento hermenéutico nos proporciona una pauta interpretativa esencial para restringir el alcance de su previsión legal en el texto punitivo vigente, como vamos a ver a continuación.

A pesar de vincularse de forma directa con los contenidos del Título XXII, los ultrajes vienen descritos en el Título XXI, Libro II, del Código penal de 1995, que disciplina los deli-

32 Vid. Tamarit Sumalla (n. 1), p. 1554; mismo autor (n. 17), p. 316; mismo autor (n. 3), pp. 2556 y 2557; Queralt Jiménez (n. 4), p. 762.

33 Vid. en este sentido Rodríguez Devesa / Serrano Gómez (n. 4), p. 627, en cuya opinión la absoluta equiparación entre ambos "va más lejos de lo que dice la ley".

34 Expone la tesis de Vives Tamarit Sumalla (n. 3), pp. 2559 y 2560, mostrando sus reservas sobre la compatibilidad de la misma con el tenor literal del artículo 123 CPTR73 y con la técnica legislativa empleada en él.

tos que afectan al modelo de organización política del Estado y de relaciones entre éste y la ciudadanía. Además, y frente a lo que podría parecer más razonable, su régimen jurídico-penal no se incluye ni en la Sección 10 del Capítulo III, que acoge los delitos contra las instituciones del Estado —entre ellos, las injurias contra sus altos organismos— ni en la Sección 10 del Capítulo IV, verdadero “cajón de sastre” en el que se integran normas que tutelan los derechos y libertades constitucionales y figuras cuyo injusto estriba, por el contrario, en su abuso —como las asociaciones, manifestaciones y reuniones ilícitas—³⁵. Antes al contrario, su *sedes materiae* es el último de los Capítulos de que consta dicho Título, el VI.

Puede aventurarse que las razones que han animado al legislador a dispensarles ese tratamiento sistemático son de dos órdenes. En el Título XXII se reúnen aquellos delitos “contra la seguridad interior del Estado”, en la terminología del CPTR73, “reconducibles a una mera protección del orden público”³⁶. La agrupación no deja de tener, por lo tanto, un cierto fundamento histórico-legislativo que motivaría su desplazamiento de los ultrajes —absolutamente ajenos al mismo— al mucho más heterogéneo y genérico Título XXI.

Prescindiendo de ese dato, no obstante, tenemos la convicción de que su asentamiento en el artículo 543 es expresión de una tendencia político-criminal muy atendible. En efecto, mientras todos los ilícitos que han pasado a conformar el Título XXII (la sedición, los atentados, los desórdenes públicos, la tenencia de armas y los delitos de terrorismo) son reducibles a figuras de lesión del orden público, por entrañar sus conductas típicas una perturbación directa, inmediata, de las condiciones

35 Vid. J. M^o Tamarit Sumalla, “Artículo 510”, en G. Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2^o ed., Pamplona, 1999, p. 1469, de quien tomamos la expresión.

36 Vid. J. M^o Tamarit Sumalla, “Artículo 472”, en G. Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2^o ed., Pamplona, 1999, p. 1405.

de seguridad para el ejercicio de los derechos fundamentales, la estructura típica de los ultrajes presenta las características propias de los delitos de peligro³⁷. De ahí su erradicación de aquél. Su propia "pseudoautonomía" sistemática *ab interno* de las ofensas a la Constitución, esto es, la voluntad del legislador de evitar que otra clase de ubicaciones pudieran desdibujar sus caracteres definitorios, corrobora la bondad del argumento. Por lo demás, la catalogación como "delito contra la Constitución" de una figura de peligro concreto contra el orden público tampoco habrá de resultar excesivamente extraña, teniendo en cuenta que entre las incriminaciones de los Títulos XXI y XXII se advierte una zona mixta, en la que confluyen valores de uno y otro signo y en la que se sitúan, además del terrorismo, los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, cuyo sentido radica en la protección de la carta de derechos que, como proyección del principio de dignidad de la persona, representa el fundamento del orden público y de la paz social (art. 10. 1 CE)*.

Así individualizada su *ratio*, los ultrajes se sitúan en las mismas coordenadas que los desórdenes públicos, superando sobradamente la prueba de su constitucionalidad. En prevención de malentendidos queremos subrayar, eso sí, que nuestra reconstrucción de su injusto típico no pasa por atribuirles la calificación de actos de provocación directa, inmediata, a la realización de atentados contra el orden público, tal y como sugiere un sector de la doctrina italiana³⁸. A la vista de la descripción típi-

37 Dejando a un lado otras consideraciones en las que no podemos detenernos ahora, hay que dar la razón a Tamarit Sumalla cuando señala que de la apelación a la idoneidad de una conducta para alterar la convivencia humana no es posible obtener rendimiento alguno con vistas a definir su perfil ofensivo. Cfr. Tamarit Sumalla (n. 1), p. 1554. Trabajamos con la noción —mucho más estricta— de "orden público" propugnada, entre otros, por M^o E. Torres Fernández, *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Madrid, Barcelona, 2001, p. 239.

38 Vid. Tamarit Sumalla (n. 36), p. 1405.

39 Vid. S. Panagia, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova, 1980, pp. 153 y 154.

ca, éstos no son, obviamente, los supuestos a los que quiere afundir el legislador. Lo que no excede de los límites de lo autorizado por aquélla es, en cambio, reclamar para ellos la naturaleza de actuaciones proyectadas y dirigidas sobre la voluntad ajena —sea de individuos determinados, sea *ad incertam personam*— y dotadas de una cierta eficacia provocadora. Así los presentamos en este trabajo, en términos mucho más precisos, como se ve, de lo que lo hace su elaboración tradicional.

III. SUJETOS Y OBJETO MATERIAL DEL DELITO

Los ultrajes a la bandera constituyen un delito de sujeto indiferenciado. Podrá ser cometido, por consiguiente, tanto por los nacionales como por extranjeros, a pesar de carecer el texto vigente de una disposición como la del artículo 141 del CPTR73⁴⁰ y de no resultar ya de aplicación lo previsto en el actual artículo 586 para los extranjeros residentes en España⁴¹. El

40 Dicho precepto rezaba: "el extranjero que cometiere alguno de los delitos comprendidos en este título, si se hallare en España o se hubiere conseguido su extradición, será castigado con la pena señalada al delito cometido, salvo lo establecido por tratados o por el derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos, y sin perjuicio de las medidas de policía que puedan adoptarse respecto a dicho culpable extranjero".

41 El artículo 586 ("El extranjero residente en España que cometiere alguno de los delitos comprendidos en este capítulo será castigado con la pena inferior en grado a la señalada para ellos, salvo lo establecido por Tratados o por el Derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos, consulares y de Organizaciones internacionales"), integrado en el capítulo I del Título XXIII, Libro II, del Código penal es heredero del artículo 124 del CPTR73, a cuyo tenor "El extranjero que cometiere alguno de los delitos comprendidos en este título, si se hallare en España o se hubiese conseguido su extradición, será castigado con la pena señalada al delito cometido, salvo lo establecido por tratados o por el derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos, y sin perjuicio de las medidas de policía que puedan adoptarse respecto a dicho culpable extranjero".

sujeto pasivo habrá de identificarse con la comunidad o la colectividad, como titular del interés en la preservación de las condiciones de normalidad necesarias para el ejercicio de los derechos fundamentales.

Integran el objeto material del delito la bandera nacional, cuyo uso viene regulado por la ya mencionada ley 39/81, de 28 de octubre, y las de las Comunidades Autónomas. No resultarán subsumibles en el tipo las ofensas a las banderas de las instituciones oficiales de una y otra entidades político-territoriales (la Corona, las Cámaras Legislativas, el Gobierno, etc.)⁴².

Se ha suscitado la cuestión de si por tales enseñas debe entenderse sólo las banderas que, poseyendo las medidas reglamentarias, incorporan los escudos constitucional o de la Comunidad Autónoma de que se trate. A nuestro modo de ver, es la interpretación teleológica del tipo la que debe fijar la verdadera extensión —en los términos habitualmente empleados por la filosofía analítica del lenguaje— del elemento normativo “bandera”. Sobre ese plano, la postura más coherente es la que extiende la tipicidad a las agresiones a todas las banderas que posean la cualidad de representar a las entidades mencionadas en el artículo 543, representatividad que, como apuntan Córdoba Roda y la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo, habrá que reconocerles cuando sociológicamente o de hecho sean aceptadas como símbolos externos de aquéllas⁴³, al margen de que cumplan o no otros requisitos formales. En cualquier caso, la polémica no deja de ser estéril, pues privar de la consideración de “banderas” a tales objetos, al entender —como hace Queralt Jiménez⁴⁴— que por sus defectos carecen de un reconocimiento jurídico expreso, no sería óbice para que una acción dirigida contra ellos pudiera —de acreditarse la nota de la representatividad y el contenido de desvalor necesario— acceder al

42 Vid. Queralt Jiménez (n. 4), p. 763.

43 Cfr. Córdoba Roda (n. 4), p. 34. Acepta la tesis Puyol Montero (n. 1), p. 1691.

44 Cfr. Queralt Jiménez (n. 5), p. 763.

tipo por suponer un ultraje a "símbolos y emblemas" nacionales o autonómicos.

Objeto de debate es también la tipicidad de los ultrajes referidos a banderas situadas de modo no oficial o con carácter ornamental, decorativo o festivo, optando el Tribunal Supremo por la afirmativa⁴⁵ y Tamarit Sumalla por la negativa, al considerar preferible que por su emplazamiento aquéllas desempeñen la función de representación oficial en los "edificios públicos y actos oficiales" que les asigna el artículo 4. 2 de la Constitución⁴⁶.

Tenemos para nosotros que la propuesta de Tamarit no guarda relación con la naturaleza jurídica de los ultrajes. Hay que volver a recordar que la subsistencia del delito se hace depender de que se produzca una situación de peligro concreto para el orden público por consecuencia de actuaciones con las que se afecta a la función simbólica —de representación nacional o autonómica— de las banderas. La existencia de un riesgo de perturbación del orden público es el coeficiente valorativo que deberá aplicarse a las acciones o manifestaciones dirigidas contra las banderas para decidir su relevancia jurídico-penal. En estos términos, no deberá resultar forzado atribuir la condición de sustrato natural del delito a las ofensas de que aquéllas sean objeto cuando son portadas en manifestaciones, protestas o concentraciones.

En suma, ni cualquier "ofensa" a las banderas que ondean en los edificios públicos supone la realización de un delito, ni la propiedad de la "representatividad" viene condicionada a su uso en actos de carácter oficial. Otro entendimiento llevaría a pensar que el Derecho penal reviste un carácter puramente accesorio, sancionando, en última instancia, el incumplimiento de las disposiciones constitucionales sobre los lugares y las condiciones de utilización de las enseñas públicas.

45 Vid. las SSTTS de 31 de octubre de 1980 (Ar. 5999), de 7 de febrero de 1981 (Ar. 500) y de 6 de diciembre de 1985 (Ar. 5999).

46 Cfr. Tamarit Sumalla (n. 1), p. 1555.

IV. CONDUCTAS TÍPICAS

IV. 1. Panorama doctrinal y jurisprudencial

Ya se ha indicado que tanto la doctrina como la Jurisprudencia mayoritarias asimilan los ultrajes al concepto de injurias del actual artículo 208 del Código penal a la hora de establecer el espectro de conductas típicas. La primera sustenta un planteamiento restrictivo, entendiendo que, si bien el artículo 543 incorpora la amplia variedad de formas y medios comisivos que caracteriza a las injurias, al prever la comisión de palabra, por escrito o mediante la realización de hechos particularmente significativos, para dar vida a los ultrajes se precisaría una injuria potenciada, ejecutada mediante acciones objetivamente constitutivas de un menosprecio u ofensa graves, como las de prender fuego, destrozarse, pisotear o arrastrar por el suelo la bandera⁴⁷. La Jurisprudencia, en cambio, ha llevado a su extremo dicha equiparación, interpretando muy laxamente la idea de menosprecio ínsita en el vocablo, hasta hacerla equivalente prácticamente a la mera expresión de una valoración o un pensamiento negativos. Consecuentemente, ha admitido la existencia de ultrajes en supuestos como los que a continuación sintetizamos.

A) S. de 26 de junio de 1969 (Ar. 3882)

Tras serle requerido por una telefonista el previo pago de una conferencia que pretendía celebrar con Londres, el procesado, "que no llevaba suficiente dinero", arrojó una bandera española del mástil en el que estaba enarbolada en el puerto "y sacándola al muelle la impregnó de gasolina y la quemó". La sen-

⁴⁷ Ésas son las hipótesis mencionadas por Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, a pesar de que a estos autores la asimilación del ultraje a la injuria les parece "discutible". Cfr. Rodríguez Devesa / Serrano Gómez (n. 4), pp. 627 y 628. Tamarit añade la realización de actos ofensivos sobre las enseñanzas. Cfr. Tamarit Sumalla (n. 1), p. 1554.

tencia lo condena por un delito de ultrajes con la concurrencia de publicidad. Para sostener el fallo, los magistrados aducen que el hecho "fue cometido en lugar público y ante la presencia de quince o veinte personas, las que, estupefactas e indignadas, observaron sus actos y cuya exactitud en el número no es precisa, siendo bastante con que varias lo presenciaron".

B) S. de 21 de noviembre de 1969 (Ar. 5559).

Se condena como autores de un delito de ultrajes a varios sujetos que fueron a la Ermita de la Virgen de Izaskun, en el término municipal de Ibarra (Guipuzcoa), y una vez dentro de ella "comenzaron a efectuar manipulaciones" en una bandera nacional que estaba suspendida desde la bóveda del templo, "hasta conseguir desprenderla". El estrépito provocó la presencia de la encargada de la limpieza que cerró con llave la ermita pasando aviso a la Guardia Civil". La enseña ultrajada llevaba las inscripciones: "Dios, patria y Rey", "Las Margaritas a los heroicos requetés", por un lado y en el otro "ACompañía de Tolosa", "Primeros voluntarios de Guipuzcoa", "19 de julio de 1936". Según se consigna en la sentencia, "el hacer caer deliberadamente al suelo una insignia de tal alto significado" representa un acto "Adenigrante" que porta en sí mismo un "Airreversible ánimo injurioso". Los magistrados tampoco dudan de que una bandera de España con el emblema del Movimiento Nacional pueda integrar el objeto material de los ultrajes, argumentando que la enseña no pierde aquel carácter "Apor la circunstancia de las inscripciones que llevaba" ni "Apor estar ofrendada, con el concepto de 'ex voto'".

C) S. de 31 de octubre de 1980 (Ar. 232).

Se procesa y condena a varios individuos que, cuando regresaban de una manifestación en favor de la autonomía de Andalucía, "poniendo en práctica lo que previamente se había

acordado entre ellos”, se detuvieron frente a un puesto de la Cruz Roja en el que ondeaba una bandera nacional, la retiraron y la arrojaron debajo de un puente. Como tantas otras, la sentencia se hace eco de la similitud entre los ultrajes y las injurias. La acción premeditada de bajar del coche, arrancar y tirar la bandera bajo un puente —señala—, fue una forma perversa de injuriar a tal símbolo en presencia de las personas que se encontraban en el puesto de socorro. Acuyos sentimientos fueron agredidos al representar en pequeña escala los que integran por tradición, historia, lenguaje, cultura y territorio nacional los componentes del pueblo español”. A juicio del tribunal resultó especialmente significativo, además, que el ultraje se dirigiese contra la insignia nacional, “mientras respetaban la bandera de la Cruz Roja, de tan diferente entidad, valor y representatividad”.

D) S. de 7 febrero de 1981 (Ar. 500).

En el relato de hechos probados se explica cómo el procesado prendió fuego y destruyó Ahasta 14 banderas españolas, que intercaladas con otras de la región valenciana, estaban colocadas en los palcos y balcones, acción recriminada por el numeroso público que lo presenció”. La sentencia lo condena por delito de ultrajes, señalando que la ignición alcanzó sucesivamente a banderas “separadas y disgregadas a través de los diversos lugares de la Plaza principal de la población en que fueron colocadas”, por lo que no cabía atribuirle otro significado “que el voluntario, libre y consciente propósito del inculpado de ultrajar y menospreciar a la nación española mediante la destrucción por el fuego del símbolo de tan alto significado”.

E) S. de 6 diciembre de 1985 (Ar. 5999).

Los hechos fueron los siguientes: los procesados detectaron la existencia de una bandera española, pendiente de una

cuerda atada a dos balcones, a dos metros y medio del suelo. Tras tirar fuertemente de ella para hacerla caer al suelo, la trasladaron a una pequeña plaza, donde uno de ellos le prendió fuego con un mechero. La sentencia los condena por la realización de "actos unívocos reveladores del ánimo de menospreciar, de ultrajar, en suma, el emblema referido". Con relación al objeto material del delito, sus pronunciamientos revisten especial interés, al incidir en dos cuestiones no siempre debidamente resueltas por la doctrina. El Tribunal sostiene, en primer lugar, la posibilidad de apreciar la existencia de delito en las conductas dirigidas contra banderas que no ondean en edificios oficiales, pues en el caso de autos la bandera había sido cedida por el ayuntamiento con ocasión de la celebración de las fiestas patronales del barrio y no se hacía mención, en el relato fáctico, de que en su colocación se hubiesen seguido indicaciones municipales ni de que las fiestas tuviesen carácter oficial. Pero los magistrados dan también carta de naturaleza a los ultrajes a banderas que, además de no hallarse "en servicio" en las instituciones y organismos oficiales, tampoco cumplimentan todos los requisitos formales legalmente preceptuados. Efectivamente, en su opinión, sería suficiente con que el símbolo en cuestión viniese revestido de carácter representativo de una forma puramente fáctica o sociológica para poder calificarlo de "emblema de la Nación española". Bandera y escudo —reza la sentencia— "representan conceptos diferenciables según resulta del artículo 4. 1 de la Constitución, para el que la bandera de España está formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas, sin precisarse la incorporación del escudo de la Nación". El hecho de que en el caso de autos no llevase el escudo oficial no impedía, por lo tanto, afirmar la tipicidad de los hechos, una vez que en la relación fáctica se había hecho constar que "su configuración" era la de una bandera española, al ofrecer unas dimensiones de tres metros de largo, por tres de ancho y haber sido utilizada oficialmente por el Ayuntamiento con anterioridad.

F) S. de 15 de marzo de 1989 (Ar. 2635)

Los hechos probados son éstos: cinco inspectores del Cuerpo Superior de Policía se encontraban de servicio en la Plaza del Toral de Santiago de Compostela, en la que se celebraba una manifestación de carácter nacionalista. Al término de la misma, varios concurrentes desplegaron una bandera española sostenida por un trozo de madera, a la que cuatro o cinco individuos prendieron fuego. Uno de ellos, el que la portaba, es el procesado. El Tribunal Supremo desestima el recurso del procesado contra la sentencia de la Audiencia, condenándole como autor de un delito de ultrajes.

G) S. de 3 de noviembre de 1989 (Ar. 8548)

Según el criterio fáctico, dos miembros de la Guardia Civil, que cubrían la información sobre el desarrollo de los actos celebrados con motivo del día nacional de Cataluña, identificaron a uno de los procesados como el sujeto que prendió fuego a la bandera española y a los otros como los que la aireaban para que se quemara. Tras seguir al primero por varias calles, sin perderlo de vista, lograron detenerlo, encontrándosele un panfleto de propaganda independentista y una pegatina con el dibujo de un enmascarado portando una bandera española ardiendo y la leyenda «fora, fora, fora, la bandera espanyola». La sentencia es interesante, ya que el Tribunal Supremo trae a colación la afinidad de los ultrajes con el delito de injuria para justificar la concurrencia del tipo tanto en la actuación de incendiar la bandera como en la de airearla. Concretamente, en la parte que más nos interesa dice el Alto Tribunal que *Aparticiparon en el ultraje al símbolo de la Nación en un mismo nivel participativo, tanto el que prendió fuego a la enseña nacional como los que la sostuvieron y airearon para facilitar la combustión haciendo pública ostentación de su menosprecio*".

H) S. de 7 de febrero de 1990 (Ar. 1287)

Dos concejales retiran la bandera española que, juntamente con las banderas autonómica y local, ondeaba en el ayuntamiento de la ciudad con motivo de las fiestas del 15 de agosto. A tal fin, los procesados rompieron el candado de la puerta que daba acceso al lugar en que se ubicaba. La enseña, que había sido izada "por el sentir de la mayoría del Concejo", fue hallada posteriormente en el piso segundo del Ayuntamiento en zona de tránsito entre dos oficinas. En consideración a estos hechos probados, el Tribunal condena a los concejales como autores de un delito de ultrajes, apreciando la existencia de la agravante prevista en el artículo 140 del Código penal Texto Refundido de 1973. De las relaciones entre los ultrajes y la causa de justificación de ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión se ocupa específicamente en el fundamento de derecho segundo. Ésta es su argumentación: "el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 20 de la Constitución española, precepto invocado por los recurrentes" no es un derecho absoluto "capaz de dejar sin efecto el animus iniuriandi, ya que la propia Constitución le señala sus justos límites, y cuando se traspasan los límites reconocidos los derechos fundamentales y libertades públicas para ejecutar acciones de descrédito y menosprecio como los realizados a la bandera de España. tal conducta antijurídica encuentra su punición en el Código penal como ultraje a la bandera".

I) S. de 26 de diciembre de 1996 (Ar. 1112)

El Tribunal Supremo condena como autor de un delito de ultrajes a Fabio F. M., que, encontrándose en la Plaza de García Arias de la localidad de Chantada (Lugo), quemó una bandera española, colgándola posteriormente, en presencia de otros sujetos Aque jaleaban su actitud", en una señal de stop. Los magistrados admiten la posibilidad de incurrir en ultrajes aunque la concurrencia del ánimo de injuriar no sea objeto de fundamen-

ración especial, al considerarse implícito en "todas las acciones que rodearon al hecho núcleo de la quema de la bandera".

IV. 2. Conclusiones

Gramatical y coloquialmente el verbo "ultrajar" se abre, ciertamente, a un ámbito de tipicidad ambiguo e impreciso, teóricamente comprensivo de todos aquellos comportamientos que impliquen ajar, injuriar o despreciar. A pesar de ello, no hay que perder de vista que la noción típica de ultraje es, ante todo, una noción normativa, cuya exacta delimitación se implica con argumentos de orden constitucional y sistemático, entre los que se cuentan —además de los ya conocidos— la incorporación a la descripción legal del artículo 543 de la conducta de "ofender" y la exigencia de que la ejecución del hecho venga acompañada de publicidad.

A la asimilación entre los términos "ultrajar" y "ofender" cabe reconocerle un importante valor aclaratorio. El sentido de esa fórmula dual no puede ser otro que el de corroborar que el primero de ellos no equivale simplemente a "tener por vil" o a "manifestar desprecio", sino que, por el contrario, debe ponerse en relación con actuaciones más graves, de mayor contundencia⁴⁸. La parificación de ambos comportamientos no debe considerarse, pues, ni peligrosa ni, mucho menos, superflua⁴⁹.

El vocablo "publicidad" ha de ser interpretado, tal y como explicaba Córdoba Roda, conforme a su significación literal, como equivalente a la toma de conciencia de los ultrajes por parte de una cierta comunidad de personas⁵⁰. Por ello, cualquier medio que asegure la difusión de la conducta —no necesariamente los de comunicación social— será adecuado para dar vida

48 De esta opinión, Tamarit Simalla (n. 1), p. 1554.

49 No compartimos, pues, las reflexiones de Queralt Jiménez en el sentido de que la mención a la "ofensa" amplíe "aun más el tipo... colocándolo nuevamente al borde de la inconstitucionalidad". Cfr. (n. 4), p. 763.

50 Cfr. Córdoba Roda (n. 4), p. 34.

al tipo⁵¹. Habiendo desaparecido la agravante genérica de realizar el delito a través de un medio que facilite la publicidad del antiguo art. 10.4 CPTR73, y habida cuenta de su diversa naturaleza material, no cabrá sostener la necesidad de atenerse, a la hora de dar contenido al referido concepto, a lo previsto en el artículo 211⁵².

Ahora, ese matiz, el dato de que por imperativo legal el autor deba buscar resonancia pública a su acción, dice mucho sobre la naturaleza de este delito —pues sí se puen las injurias sin publicidad⁵³—, y, especialmente, sobre el sentido de la intervención penal. Interesa recordar a este respecto que el Tribunal Supremo ha apelado a la imposibilidad de que la paz pública se vea afectada por desórdenes realizados en recintos cerrados y, por consiguiente, sin posibilidad de trascender al exterior, de afectar al público en general o de perjudicar el normal desarrollo de la vida ciudadana⁵⁴. Esas reflexiones son trasladables a la figura de los ultrajes. Si extender su ámbito de aplicación hasta abarcar actos que tienen lugar en solitario, clandestina o reservadamente —v. gr. en el domicilio—, aunque sean percibidos o presenciados por algún sujeto, tiene mucho que ver con su entendimiento como instrumento de “educación de las conciencias”, asociar su existencia a una cierta trascendencia o relevancia social de la acción se pone en línea con su construcción como delito de peligro concreto para el orden público.

Una definición genérica de los comportamientos delictivos atenta al fundamento del injusto típico del artículo 543 los describiría, en conclusión, como las conductas despreciativas —si quiere mantenerse el sentido peyorativo del término— dirigidas contra banderas españolas españolas o autonómicas y que tengan una entidad suficiente como para comportar un peligro

51 Cfr. Queral Jiménez (n. 4), p. 763; Poyol Montero (n. 1), p. 1690.

52 En cambio, por esta última opción se decanta Tamarit Sumalla (n. 1), p. 1555.

53 Cfr. art. 209 CP.

54 Vid. las SSTs de 14 de enero y de 29 de noviembre de 1994.

concreto de alteración del orden público. Queda claro, de esta forma, que permanecerán fuera del tipo, además de todos los comportamientos omisivos⁵⁵, actuaciones como la falta de respeto debido o acostumbrado a la bandera en ciertas ceremonias (no saludarla en una celebración militar) o el no cumplimiento de las disposiciones legales vigentes sobre su uso (v. gr. el hecho de arriar o quitar una bandera del lugar donde legítimamente se encuentra ejerciendo una función de representación o la no utilización conjunta de las banderas nacional y autonómica en los edificios públicos y en los actos oficiales, preceptuada por el artículo 4. 2 de la Constitución).

Estas sucintas reflexiones nos llevan a censurar el excesivo rigor en que ha venido incurriendo la Jurisprudencia en la aplicación de los preceptos correspondientes del texto punitivo (arts. 123 CPTR73 y 543 CP). Buena muestra de ellos son los supuestos narrados en las sentencias examinadas, en los que el delito cobra vida con abstracción de la concreta situación fáctica que rodeaba a la realización de la ofensa, sin comprobación alguna de sus propiedades materiales.

V. ELEMENTO SUBJETIVO

Coherentemente con su reconstrucción de la estructura de los ultrajes a imagen y semejanza de la del delito de injurias, tanto la doctrina como la Jurisprudencia han venido exigiendo la concurrencia en los mismos del elemento subjetivo del injusto que caracteriza a aquéllas: el *animus iniuriandi*⁵⁶. Pues bien, a

55 La predeterminación de los medios comisivos hará imposible la realización del tipo a título de comisión por omisión. Cfr. Tamarit Sumalla (n. 1), p. 1554.

56 En la Jurisprudencia pueden verse las SSTs de 6 de diciembre de 1985 (Ar. 5999), de 15 de marzo de 1989 (Ar. 2635) y de 28 de abril de 1989 (Ar. 3555), si bien ocasionalmente el Tribunal Supremo entiende que la inten-

nuestro juicio, las mismas razones que abogan por desechar su consideración como una forma especial de injurias obligan a hacer dejación de ese componente típico. La conducta típica, emparentada, repetimos una vez más, con los delitos contra el orden público, no requiere ninguna tendencia interna intensificada. El contenido subjetivo e intencional del artículo 543 se agota en la voluntad de que las palabras o hechos ofensivos lleguen al conocimiento de una pluralidad de sujetos y en la consciencia del peligro concreto para el orden público en que han desembocado. Son del todo irrelevantes los motivos particulares (v. gr. un afán por denigrar al Estado) que puedan haber inducido al autor a perpetrar el hecho⁵⁷.

Con todo, hay que reconocer que merced al requerimiento de una específica intención ofensiva en la acción ejecutada la doctrina ha podido limitar el amplísimo abanico de conductas que se ajustarían formalmente al tipo. Se convendrá, no obstante, en que la mayor restricción del elemento objetivo del tipo aquí operada permite un menor grado de discrecionalidad a la hora de afirmar la concurrencia de los presupuestos del delito que la tesis de las "injurias" cualificadas⁵⁸.

Tampoco estamos de acuerdo con que las posibilidades de imputar subjetivamente el delito se cifien al dolo directo⁵⁹. Desvinculada la dinámica delictiva del *animus injuriandi*, cabrá la realización del tipo con dolo eventual tanto en relación con las

ción de injuriar se halla fútsita en la acción ejecutada. Vid. Muñoz Conde (n. 1), p. 831; Puyol Montero (n. 1), p. 1691; Reig Reig (n. 1), p. 2651; Tamarit Sumalla (n. 1), p. 1555.

57 En este sentido, con relación al § 90 a StGB, Stree (n. 1), p. 969.

58 Para excluir del radio de acción del delito actuaciones como las del fabricante de banderas que, habiéndose posicionado abiertamente en contra del Estado de las autonomías, destruye en su taller una enseña nacional por estar mal confeccionada, no es necesario apelar a la ausencia del elemento subjetivo del delito de injurias. Al igual que otros inscribibles en el desarrollo de actividades artísticas, teatrales o musicales, el mencionado supuesto fáctico se sitúa, a todas luces, al margen de los conceptos sobre los que pivota la incriminación y de su sentido valorativo.

59 De esa opinión, en cambio, Serrano Gómez (n. 1), p. 942.

modalidades de realización del delito como en lo que concierne a la generación del peligro concreto para el orden público⁶⁰.

VI. CAUSAS DE ATIPICIDAD O JUSTIFICACIÓN

Con arreglo al planteamiento tradicional, en el caso de que la conducta incriminada representase la expresión de un juicio político sería reconducible a la esfera de operatividad del art 20. 7 del texto punitivo⁶¹, lográndose así una restricción del ámbito de operatividad de la conducta aconsejada tanto por motivos tanto técnicos como político-criminales.

En línea de principio, y a la vista de las circunstancias concurrentes, no deberá resultar difícil delimitar las conductas de reivindicación de derechos o de expresión de críticas u opiniones políticas y aquéllas otras que, al poner de relieve un *modus operandi* subversivo, de "pseudopromoción" de incidentes de especial cariz, realizan plenamente el tipo del artículo 543. Aun contando con ello, no deja de ser cierto que el peligro de alteración del orden público puede proceder de la exteriorización de una protesta, y que, en esas circunstancias, debe situarse dentro de los límites de lo permitido en un Estado social y democrático y de derecho, en el que los lugares públicos son asimismo "espacios de participación"⁶². En consecuencia, habrá que aceptar la posibilidad de que la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho pueda hallar un ámbito de operatividad en los delitos de ultrajes.

60 Da por sentado que el dolo eventual es compatible con las modalidades de realización del § 90 a StGB Wilms (n. 1), p. 106.

61 Vid. Tamarit Sumalla (n. 1), p. 1555; Carbonell Mateu / Vives Antón (n. 1), p. 2061.

62 Cfr. Torres Fernández (n. 37), p. 239.

Sucede, sin embargo, como apunta Torres Fernández, que "quienes ejercen un derecho legítimamente, esto es, ajustándose a los límites inherentes a su contenido, actúan dentro del margen de las condiciones de normalidad que reclama la convivencia pacífica"⁶³. Traído a nuestro terreno, significa ello que la caracterización de los ultrajes como un delito de peligro concreto para el orden público, entendido éste en el sentido de "condiciones de normalidad para el ejercicio de los derechos fundamentales", se salda con el resultado de la atipicidad de los comportamientos "justificados". Si las expresiones o acciones ofensivas ejecutadas contra las banderas se corresponden, por la dialéctica en la que se desenvuelven los hechos, con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (por ejemplo de un sentimiento u opinión de rechazo de la forma política vigente o de una posición política independentista, apátrida o contraria a la existencia de una Comunidad Autónoma), decae el componente valorativo del tipo, al ser parte integrante de la precitada normalidad⁶⁴.

VII. CONCURSOS

Los principales problemas concursales de los ultrajes se suscitan con los delitos de desórdenes públicos del artículo 557, cuyo contenido de injusto se sustancia en la alteración del orden público, como resultado lesivo, a través de los medios estatuidos por el propio precepto (causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios). En buena lid, los supuestos de concurrencia entre ambas figuras

⁶³ Cfr. Torres Fernández (n. 37), p. 277.

⁶⁴ Vid. Torres Fernández (n. 37), p. 277.

deberían solventarse con arreglo a la técnica del concurso de leyes, al situarse los respectivos injustos típicos en línea de progresión. El carácter de "numerus clausus" del referido listado de medios y, en cualquier caso, la previsión legal de imposición de la pena de los desórdenes públicos sin "perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código", impedirán, no obstante, que la aplicación del tipo del artículo 557 desplace a la norma del artículo 543. Debemos hablar aquí, por lo tanto, de un concurso real de delitos.

La misma solución habrá de aplicarse a los supuestos de concurrencia con los delitos relativos a las reuniones y manifestaciones ilícitas y a las injurias dirigidas contra los altos organismos de la nación.